

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ············ nr 1. 2004

thema 

Literatur & Recht

debatte

Ein Recht auf Kreatürlichkeit?

recht & gesellschaft

Spannung

Angriff der Klonegegner

Quote und Familiennachzug

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · 02Z032221 · Euro 9,50 · ISSN 1019-5394

 **VERLAG
ÖSTERREICH**
VORMALS VERLAG DER K.U.K.
HOF- UND STAATSDRUCKEREY

Für Context herausgegeben von

··········
Iris Eisenberger · Ronald Faber · Christian Hiebaum

Inhalt

debatte

Erwin Bernat	Gibt es ein „Recht auf Kreativlichkeit“?	4
Peter Strasser	Ungeborenssein als ethische Position	11

recht & gesellschaft

Stefan Barriga	Episode 3: Angriff der Klonegegner	18
Peter Warta	Eine spannende Festschrift	21
Barbara Weichselbaum	Hochsaison für Familiennachzug?	24
Wilfried Ludwig Weh	Das Ende der Quotenregelung	29

thema: literatur & recht

Elisabeth Holzleithner	„Ulysses ist nicht leicht zu lesen“	33
Bernd-Christian Funk	Literatur – Recht – kommunikative Macht	41
Norbert Leser	Literatur und Recht	43
Alfred J. Noll	„Das nicht mehr abwendbare Wort“	47
Christian Hiebaum	Recht-Schreiben	52

rubriken

vor.satz	Christian Hiebaum Sublimier Zynismus und aufgeklärte Naivität	2
merk.würdig	Bernhard Painz Kein Eheglück für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften	3
nach.satz	Iris Appiano Kugler Frau sein allein	56
impressum	10

Sublimier Zynismus und aufgeklärte Naivität

Christian Hiebaum

Kaum jemand spricht noch darüber, der Finanzminister reagiert auf vereinzelte Nachfragen schon mehr als geizig:

Die Industriellenvereinigung hat bekanntlich einen nicht geringen Geldbetrag einem „Verein zur Förderung der New Economy“ zukommen lassen, von dem ein Teil in die Errichtung einer Homepage zur Bewerbung des Finanzministers geflossen ist. Was genau mit dem Rest geschehen ist, harrt noch der Aufklärung. *Grasser* und sein Kabinettschef standen dafür einige Zeit unter Beschuss. Die IV ist bislang ziemlich ungeschoren davon gekommen.

Bemerkenswert wenige Beobachter des politischen Geschehens haben bisher öffentlich ausgesprochen, was eigentlich nahe liegt: nämlich dass die IV entweder einen extrem legeren Umgang mit ihrem Geld pflegt oder sich eine Politik gekauft hat (zB die Senkung der Körperschaftsteuer auf einen Prozentsatz, von dem „die Wirtschaft“ nicht einmal geträumt zu haben vorgab, oder steuerliche Vergünstigungen bei Unternehmenskäufen) – und dass die zweite Option wesentlich plausibler anmutet.

Angenommen, wir haben es hier wirklich mit einem Fall von Korruption zu tun, und angenommen, alle wissen es. Bedarf es dann noch einer öffentlichen Skandalisierung? Haben die Beteiligten sich nicht ohnehin schon desavouiert? Die Antwort lauten: Ja (auf Frage 1) und Nein (auf Frage 2). Abgesehen davon, dass Glaubwürdigkeit und guter Ruf nicht alles sind und Erinnerungen bisweilen schnell wieder verblassen, brachte bekanntlich erst das naive Kind den nackten Kaiser in die Bredouille, indem es des Kaisers offensichtliche Nacktheit öffentlich konstatierte. Worauf es also ankommt, ist, was öffentlich geglaubt wird.

Darf man dem slowenischen Philosophen und Psychoanalytiker *Slavoj Žižek* Glauben schenken, so existierten die sozialistischen Regime in Ost- und Südosteuropa nicht deshalb so lange, weil alle manipuliert und geblendet waren. Im Gegenteil, sie taten es, weil niemand die herrschende Ideologie wirklich ernst genommen hat. Privat riss

man seine Witzchen über die Partei und in der Öffentlichkeit verhielt man sich konformistisch. Die Machthaber in Jugoslawien beispielsweise wurden *Žižek* zufolge immer dann besonders unruhig, wenn Leute mit der „Arbeiterselbstverwaltung“ ernst machen wollten.

Im Unterschied zu autoritären Regimes lebt die Demokratie aber davon, dass ihre Versprechen ernst genommen werden. Man könnte auch sagen, Demokratie ist auf ein recht hohes Maß an entgegenkommender Naivität angewiesen. War es für die Regimes des ehemaligen Ostblocks schlimm, wenn sie jemand beim Wort nahm, so ist gerade dies für eine Demokratie essenziell. So etwas wie aufgeklärte Naivität ist eine demokratische Tugend. Wenn die moderne Gesellschaft einen bestimmten Persönlichkeitstyp benötigt, dann weniger die „liberale Ironikerin“ (*Richard Rorty*) als die aufgeklärt-naive Demokratin.

„Naiv“ ist die Demokratin, insofern sie gegen jeden Augenschein auf die Möglichkeit politischer „Sauberkeit“ vertraut. „Aufgeklärt“ ist sie, weil ihre Naivität nicht einfach Wunschenken ist. Die Realität, die demokratischen Standards nicht gerecht wird, wird nicht geleugnet. Vielmehr wünscht sich die Demokratin eine (soziale) Realität, die gerechter ist, und glaubt darüber hinaus, dass Menschen nicht von der Natur auf egoistisches Kalkulieren programmiert sind und dass Realität nicht *ausschließlich* aus nichtintendierten Nebeneffekten menschlichen Handelns besteht. Besser steht der Zyniker auch nicht da – mit einer Geschichtsphilosophie oder Gesellschaftstheorie, die auf unverfügbare „Logiken“ und „Sachzwänge“ abstellt, sogar noch um einiges schlechter.

Aber der Zynismus muss nicht als Vulgärmachiavellismus auftreten. Es gibt ihn auch in einer sublimeren Variante. *Andreas Unterbergers* Analyse der IV-Grasser-Affäre in der Presse vom 6. 2. 2004 wäre dafür beispielhaft.

Unterberger glaubt offenbar auch nicht, dass der IV lediglich an der Förderung der „New Economy“ gelegen war. Das Geld sei wohl für die „Einmann-(Nicht-)Partei“ *Grasser* gedacht

gewesen. Und das sei in der Tat „keinesfalls unbedenklich“. Andererseits: „Auch wenn die Oppositionsparteien *Grasser* vorwerfen, dass sich die Industriellenvereinigung durch knapp 300.000 Euro das politische Wohlwollen des freilich ohnedies sehr wirtschaftsorientierten *Grassers* erkaufte habe, so trifft das“, meint *Unterberger*, „mit anderen Vorzeichen etwa auch auf das Verhältnis zwischen Gewerkschaft und SPÖ zu. Es fließt Geld von Lobbys zur Politik. Es wandern aber auch lebende Subventionen: Qualifizierte Mitarbeiter der Interessensvertretungen wechseln in Ministerkabinette und Klubs – bleiben aber auf der Gehaltsliste ihrer alten Organisation.“

Der raffinierte Zyniker gibt sich also nicht als detachierter Dandy, sondern besorgt. Seine Sorge gilt aber nur mehr den Zuständen im Allgemeinen. Und die sind für ihn so komplex, dass er überhaupt keine Unterschiede und Abstufungen mehr gelten lassen will. Alles das Gleiche, Einflussnahme ist gleich Einflussnahme. Als ob es nicht auf die Mittel und Methoden der Einflussnahme ankäme. Nicht nur für ihre moralische, sondern auch für die rechtliche Beurteilung. Einflussnahme ist das Geschäft politischer Akteure, aber wie sie erfolgt, darauf kommt es an. Schließlich enthält das Strafgesetz noch Tatbestände wie „verbotene Geschenkkannahme“, „Bestechung“ und „verbotene Intervention“. Die Anwendung dieser Bestimmungen ist ohne Unterscheidung zwischen verschiedenen Formen der Einflussnahme gar nicht denkbar.

Doch auch das Lob der aufgeklärten Naivität wirft einige knifflige Fragen auf: Wie lässt sich eine solche Haltung kultivieren? Und wie verhindert man, dass daraus eine Dauererregung entsteht, die nach und nach immer mehr Menschen abstößt oder ermüdet, bis sie schließlich in ihr Gegenteil zurückkippt, in kollektive Gleichgültigkeit? Wie verhindert man eine Ritualisierung des Verdachts?

Aber diese Fragen zeigen nur an, dass weitere Aufklärung vonnöten ist.

Kein Eheglück für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften

Die Bf beantragten beim Standesamt Wien-Ottakring die Durchführung eines Verfahrens zur Ermittlung der Ehesfähigkeit und meldeten die Trauung an. Der Antrag wurde mit der Begründung abgewiesen, die Eheschließung sei nur unter Personen verschiedenen Geschlechts möglich (§ 44 ABGB). Die Berufung wies der LH von Wien unter Hinweis auf VwSlg 14.748 A/1997 ab.

Im Verfahren B 777/03 erachteten sich die Bf in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichheit vor dem Gesetz, Achtung des Privat- und Familienlebens und Unversehrtheit des Eigentums verletzt. Sie brachten vor, dass das Wesen der Ehe in einer grundsätzlich lebenslangen umfassenden Gemeinschaft liege. Nach geltendem Recht sei diese nicht mehr schlechthin unauflöslich und die Vereinbarung der Kinderlosigkeit zulässig. Der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Ehe sei infolgedessen sachlich nicht mehr zu rechtfertigen. Das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK gelte auch für die sexuelle Orientierung. Eine Verletzung des Eigentumsrechts gründen die Bf auf die Schlechterstellung gegenüber Ehegatten im Erbrecht.

Unter Hinweis auf die Gleichstellung der Homosexuellen – in welcher Form auch immer – in sämtlichen wesentlichen europäischen Ländern stellten die Bf fest, dass Österreich auf diesem Gebiet Schlusslicht sei und es wünschenswert wäre, wenn der VfGH die vorliegende Beschwerde zum Anlass nähme, den Gesetzgeber darauf aufmerksam zu machen, Defizite aufzuheben.

Der VfGH führte in seinem Erk v 12. 12. 2003 dazu aus, dass weder der Gleichheitssatz noch Art 12 EMRK eine Ausdehnung der auf die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft ausgerichteten Ehe auf Beziehungen anderer Art gebieten. Am Wesen der Ehe ändert auch nichts, dass eine Scheidung (Trennung) möglich ist und es Sache der Ehegatten ist, ob sie tatsächlich

Kinder haben können oder wollen. Der EGMR hat in seiner E v 27. 9. 1990, Nr. 10843/84, Cossey (betreffend die besondere Lage transsexueller Personen, vgl ÖJZ 1991, 173 ff), die Beschränkung auf diese „traditionelle“ Ehe für sachlich gerechtfertigt befunden. Die inzwischen vollzogene Änderung in der Rsp zum besonderen Problem der Transsexuellen (EGMR 11. 7. 2002, Nr. 28957/95, Goodwin) lässt keinen Schluss auf eine Änderung in der Beurteilung der hier in Rede stehenden allgemeinen Frage zu. Dass gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften mit ein Teil des Privatlebens sind und solcherart den Schutz des Art 8 EMRK genießen, verpflichtet daher nicht zur Änderung des Eherechts.

Seine Ausführungen schloss der VfGH mit der Bemerkung: „Ob und in welchen Rechtsgebieten der Gesetzgeber gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften dadurch unzulässigerweise diskriminiert, dass er für Ehegatten Besonderes vorsieht, ist im vorliegenden Fall nicht zu prüfen. Ebensowenig ist es Aufgabe des Gerichtshofs, dem Gesetzgeber in verfassungsrechtlicher oder gar rechtspolitischer Hinsicht Ratschläge zu erteilen.“

Rechtlich ist dem VfGH wohl zuzustimmen, auch der EGMR betrachtet Art 12 EMRK nur auf das klassische Ehemodell für anwendbar (Goodwin, ob zit, wobei in diesem Fall jedoch eine Verletzung von Art 12 festgestellt wurde, da der Bf nach einer Geschlechtsumwandlung das Eingehen einer Ehe unter ihrer neuen sexuellen Identität verwehrt wurde). Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften sind nach dessen Rsp zwar vom Begriff des Privatlebens, jedoch nicht vom Recht auf Familienleben im engeren Sinne umfasst (zuletzt EGMR 10. 5. 2001, Nr. 56501/00, Mata Estevez mwN). Auch wenn in immer mehr Vertragsstaaten der EMRK gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften rechtliche Anerkennung finden, wird der EGMR sich wohl (noch) nicht zu der Beurteilung

durchringen, dass in dieser Frage ein gesamteuropäischer Konsens vorliegt und er so zu einer Verletzung von Art 8 EMRK kommen würde.

Nur wenn besondere Aspekte einer Benachteiligung von Homosexuellen hinzutreten, stellt der EGMR, meist iVm Art 14 EMRK, Verletzungen von Art 8 EMRK fest. So ist zB im Fall Smith and Grady (EGMR 27. 9. 1999, Nr. 33985/96 und 33986/96) die Entlassung der Bf aus dem Dienst der Royal Air Force auf Grund ihrer Homosexualität als Verletzung beurteilt worden. Weiters ist auf den Fall Salgueiro da Silva Mouta (EGMR 21. 12. 1999, Nr. 33290/96) hinzuweisen, in dem dem Bf das Sorgerecht für seine Tochter ausschließlich auf Grund seiner sexuellen Orientierung nicht zugesprochen wurde. Die Anwendbarkeit von Art 8 wurde hier durch die auf dem Spiel stehende Vater-Tochter Beziehung begründet. Auch das Urteil im Fall Karner (EGMR 24. 7. 2003, Nr. 40016/98, vgl ecolx 2003, 799) erscheint erwähnenswert. Der EGMR stellte eine Verletzung fest, da der Bf als Lebensgefährte seines verstorbenen Partners kein Eintrittsrecht in dessen Mietvertrag hatte. Die Anwendbarkeit von Art 8 EMRK wurde hier auf das Recht auf „Achtung der Wohnung“ gestützt.

Keine Verletzung sah der EGMR allerdings etwa in der Verweigerung einer Witwerpension nach dem Tod eines gleichgeschlechtlichen Lebensgefährten (Mata Estevez, ob zit) oder im Fall eines Bf, dem auf Grund seiner sexuellen Orientierung die Möglichkeit, Kinder zu adoptieren, verweigert blieb (EGMR 26. 2. 2002, Nr. 36515/97, Frette).

Schlechterstellungen gegenüber Ehegatten in einzelnen Rechtsgebieten, etwa wie oben gezeigt im Mietrecht, möglicherweise auch im Erbrecht, können sehr wohl Unvereinbarkeiten mit der EMRK aufwerfen. Diese Tür hat sich auch der VfGH offen gehalten. Unterstützung im grundsätzlichen Anliegen auf umfassende Gleichstellung und rechtliche Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften ist aus Strassburg für die Bf zur Zeit aber nicht zu erwarten. Der Ball liegt, wie schon der VfGH in seinem Schlusssatz lapidar bemerkte, bei der Politik!

Bernhard Painz

Gibt es ein „Recht auf Kreatürlichkeit“?

Erwin Bernat

1.

Biomedizin und Genetik eröffnen eine Vielfalt von Möglichkeiten, in den Prozess des menschlichen Lebens einzugreifen. Immer drängender stellt sich daher die altbekannte Frage, ob der Mensch denn alles tun darf, was er tun kann.

Umstritten sind insbesondere Techniken, die den Prozess des menschlichen Lebens an dessen Beginn und an dessen Ende beeinflussen: Sind die Methoden der Fortpflanzungsmedizin (künstliche Insemination, In-Vitro-Fertilisation) in all ihren Facetten (Stichwort: Leihmütter, Samenspender, Eispenderinnen) legitim? Ist die Abtreibung ein Menschenrecht oder verletzt sie das Recht des Ungeborenen auf sein Leben? Soll die Therapie des irreversibel komatösen Patienten fortgesetzt oder besser abgebrochen werden? Gibt es ein Recht auf einen menschenwürdigen Tod? Dürfen Organe des hirntoten Patienten entnommen werden, um dadurch das Leben eines anderen Menschen zu retten oder seine Gesundheit wiederherzustellen?

Im Kern richten sich diese – und eine Reihe weiterer – Fragen „in erster Linie“ an den Ethiker (sei er nun Philosoph oder Theologe), der – von Berufs wegen – über jene Regeln und Prinzipien „nachdenkt“, die uns angeben, was gesellschaftlich verboten und welches Verhalten daher nicht nur empfehlenswert, sondern gesellschaftlich geboten ist; und zwar für alle Personen gleichermaßen. Wenn ich davon spreche, dass sich die im Gefolge des wissenschaftlichen Fortschritts auftretenden normativen Fragen „in erster Linie“ an den Ethiker richten, so will ich damit Folgendes zum Ausdruck bringen. Im

Grunde können die meisten rechtspolitischen Debatten – von den biopolitischen ganz zu schweigen – gar nicht losgelöst von moralischen Überlegungen entschieden werden. Kurz gesagt: Eine *gehaltvolle* rechtspolitische Diskussion kann nur geführt werden, wenn sich die Diskussionspartner darüber im Klaren sind, dass sie sich mit einem Gegenstand beschäftigen, der *auch* – und mitunter sogar *ausschließlich* – dem Bereich der Moral zugehört.

Ich möchte nicht missverstanden werden. Das Recht hat nicht die Aufgabe, die „freiwillige Übererfüllung“ von Pflichten zu erzwingen. Das Recht darf sich (gewöhnlich) also nicht in den Dienst einer sog. „Tugendethik“ stellen. Sieht man davon aber einmal ab, dann ist wohl nicht zu bestreiten, dass es das ureigenste Anliegen der Rechtsordnung ist, all den Normen der sog. Pflichtmoral soziale Geltung zu verschaffen, die im Dienste des Schutzes *gewichtiger menschlicher Interessen* stehen. Man spricht auch vom sog. „ethischen Minimum“. Der Inhalt der Rechtsnormen darf sich also tendenziell keinesfalls vom Inhalt der Moralnormen unterscheiden. Für diese These spricht auch unsere empirische Erfahrung: Unmoralische Rechtssätze haben *à la longue* keinen Bestand. (Das heißt freilich nicht notwendigerweise, dass das positive Gesetz als „unrichtiges Recht“ von der Moral a priori verdrängt wird, wenn sein Widerspruch zur Moral ein völlig „unerträgliches Maß“ erreicht¹.) Der wichtigste Unterschied zwischen Recht und Moral ist demzufolge die Art des Zustandekommens der Normen. Rechtsnormen entstehen durch einen Akt des Gesetzgebers, Moralnormen hingegen durch einen Akt subjektiver

Entscheidung des autonomen Menschen, des sog. „moral agent“.

Es ist eine Binsenweisheit, dass die Menschen ganz unterschiedliche, inhaltlich divergierende moralische Ansichten vertreten. Wir wissen auch, dass ein und dasselbe Verhalten in einer Rechtsordnung erlaubt, in einer anderen aber kategorisch verboten sein kann. – Denken wir nur an die fortschreitende Legalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in Europa und sein rigoroses Verbot in Irland²); oder an die Freigabe der „aktiven Teilnahme am Suizid“ in den Niederlanden und die weit weniger permissiven Regelungen des ärztlich assistierten Selbstmords im Rest der Welt³). Aus dieser empirischen Erkenntnis folgt freilich keineswegs, dass es überhaupt nur eine Frage des „guten Geschmacks“ oder gar der Deziision ist, welche der miteinander konkurrierenden Moralens letztendlich der gesetzlichen Regelung zugrunde gelegt werden soll.

Ethische Normen sind nach weithin geteilter Auffassung universell gültig, das heißt allgemein verbindlich. Jeder, der ein moralisches Urteil trifft, bringt damit auch zum Ausdruck, dass es „von einem überparteilichen, objektiven Standpunkt aus abgegeben wurde und dass es einer rationalen Überprüfung standhält“⁴). Hat die moralische Norm aber die Eigenschaft, universell gültig zu sein, dann hat dies logischerweise zur Folge, dass eine moralische Frage nicht „beliebig“ beantwortet werden darf. Anders gesagt: Zwei inhaltlich divergierende moralische Auffassungen können nicht beide gültig sein. Was ist die Folge dieses metaethischen Konzepts? Wenn A etwa meint, dass die Leistung aktiver Sterbehilfe moralisch ausnahmslos verboten ist, B hingegen für die Legitimität solcher Eingriffe (wenn auch nur in genau umschriebenen Fällen) plädiert, dann stellen sowohl A als auch B ihre eigene Auffassung in eine „intersubjektive Forde-rungsstruktur“⁵). A und B verlangen also wechselseitig, dass der Diskurspartner seine eigene Meinung „auf-

1) *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in ders., *Der Mensch im Recht* (1961) 111 (119).
2) *Mercurio*, Abortion in Ireland: An

Analysis of the Legal Transformation Resulting From Membership in the European Union, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 11 (2003) 141-180.

3) *De Haan*, The New Dutch Law on Euthanasia, *Medical Law Review* 10 (2002) 57-75.
4) *Hoerster*, Ethik und Moral, in *Birn-bacher/Hoerster* (Hrsg.), *Texte zur*

Ethik (1976) 9 (22).
5) *Tugendhat*, Dritte Vorlesung: „gut“ und „schlecht“, in ders., *Vorlesungen über Ethik* (1997) 49 (64).

gibt“, weil es ein Widerspruch wäre, ein und dasselbe Verhalten als erlaubt (bzw. als geboten) und gleichzeitig als verboten auszuweisen.

Zwar wird es in der Praxis häufig – wenn nicht gar regelmäßig – so sein, dass sich die politischen Kontrahenten letztendlich auf eine Kompromissformel einigen, die einen Ausgleich zwischen den in der Gesellschaft oftmals polarisierten Wertüberzeugungen schafft. Aber der Jurist, der eine normative Frage auch *ethisch* beantworten möchte, sollte sich stets vor Augen führen, dass „nicht alle Kompromisse, die in der politischen Realität unverzichtbar sein mögen, auch als durchdachte Zielvorstellungen individueller Meinungsbildung einen Sinn ergeben“⁶⁾. Schließlich sollten die für das Zustandekommen der gesetzlichen Lösung Verantwortlichen eines nicht vergessen: Je transparenter die Stärken einer bloßen „Kompromissformel“ gemacht werden, desto eher wird die gefundene Lösung – für alle Normunterworfenen – konsensfähig sein. Und je durchdachter der in der Norm verankerte Kompromiss zum Ausdruck gebracht wird, desto weniger läuft die positivierte Regelung Gefahr, wegen Verstoßes gegen allgemeine Grundsätze der Sachlichkeit als *unvernünftig* oder gar als *verfassungswidrig* erkannt zu werden.

2.

Die objektiven und subjektiven Züge moralischer Normen stehen in einer eigentümlichen Spannungslage: „Moralische Normen haben einerseits objektiven Sinn, weil sie allgemeine Geltung beanspruchen, unterliegen andererseits aber subjektiver Entscheidung, weil ihre Geltung auf freier Anerkennung beruht. Da solche Normen infolgedessen nur dann zurecht allgemeine Geltung beanspruchen können, wenn sie allgemeine Anerkennung verdienen, ist zu ihrer Begründung der Nachweis zu erbringen, dass sie von allen betroffenen Personen übereinstimmend als allgemein gültige Richtlinien ihres Verhaltens anerkannt werden sollten“⁷⁾.

Sind Moralnormen überhaupt rational begründbar? Von den empirischen Sätzen unterscheiden sich die Sätze der Moral grundlegend dadurch, dass sie – einer Ansicht zufolge – nicht Bestandteil einer objektiven Wirklichkeit sind. Ich kann eindeutig beweisen, dass ich am 26. 3. 1958 geboren bin, an der Universität Graz zwischen 1976 und 1981 Rechtswissenschaften studiert und in letzter Zeit auch Texte zu bioethischen Fragen verfasst habe. Ebenso kann ich beweisen, dass die Mitwirkung am Selbstmord in Österreich bei Strafe verboten ist (§ 78 StGB). Wie aber soll ich den Nachweis erbringen können, dass die Moralnorm „Schwerkranke Personen haben (unter bestimmten Bedingungen) das Recht, ärztliche Hilfe bei der Selbsttötung in Anspruch zu nehmen“ Gültigkeit hat? Eine Moralnorm fällt ja – im Gegensatz zu meinen biographischen Daten und im Gegensatz zu einer gültigen Rechtsnorm (etwa § 78 StGB) – nicht in den Bereich empirischer Erfahrung.

Die Moral könnte – losgelöst von empirischer Erkenntnis – Bestandteil der objektiven Wirklichkeit sein, wenn es einer metaphysischen Theorie gelingen sollte, ein dem Menschen vorgegebenes, objektives Sollen nachzuweisen. Bekanntlich haben einige der größten Denker der abendländischen Philosophie auch tatsächlich den Versuch unternommen, eine objektivistisch-metaphysische Ethiktheorie zu entwickeln.

Am einflussreichsten unter den Vertretern solcher Ethiktheorien ist heute wohl immer noch *Immanuel Kant* (1724–1804). Seinem kategorischen Imperativ zufolge gilt: „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“ sowie: „Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst“⁸⁾. Indes lassen sich all die Probleme, die im Zuge des biotechnischen Fortschritts auftreten, unter Berufung auf den kategorischen Imperativ nicht

einmal annähernd lösen. Gibt es ein biotechnisches Verfahren, von dem gesagt werden kann, dass man es – rein logisch betrachtet – *nicht* wollen kann? (Vielleicht kann man – aber nur unter pragmatischen, nicht aber unter logischen Gesichtspunkten – ein biotechnisches Verfahren nicht wollen, das höchstwahrscheinlich dazu beiträgt, die Menschheit auszurotten.) Unter welchen Voraussetzungen bedient sich der Mensch eines anderen Menschen als *bloßes* Mittel zur eigenen Zweckverfolgung? (Was unterscheidet die Leihmutter vom gewöhnlichen Arbeitnehmer? Dient die „Instrumentalisierung“ in beiden Fällen nicht *auch* dem „Objekt“, also dem Arbeitnehmer *und* der Leihmutter, die sich beide durch Vertrag – also autonom – zur Erbringung einer bestimmten Leistung verpflichtet haben?) „Passt“ die Objektformel (der Kategorische Imperativ in der zweiten Fassung) dem Grunde nach *auch* auf den Ungeborenen? (*Kant* selbst müsste die Frage wohl verneint haben, hätte er sie sich explizit gestellt, denn Ungeborene sind – im Kantischen Sinn – *keine* Personen⁹⁾.)

Einen anderen Weg, eine dem Menschen im ontologischen Sinn objektiv, also unabhängig vom Willen des Menschen oder der Gesellschaft vorgegebene Moralordnung zu begründen, beschreiten die christlichen Kirchen. Sie leiten die wichtigsten Moralnormen bekanntlich aus einer göttlichen Offenbarung ab. So lehrt etwa die katholische Kirche, dass das fünfte Gebot („Du sollst nicht morden.“ – Ex 20, 13) auch die aktive Sterbehilfe missbilligt¹⁰⁾. Die Geltung von Moralnormen, die durch einen allmächtigen Gottvater verkündet sein sollen, „steht und fällt“ freilich mit der Annahme, dass es den allmächtigen Gottvater auch tatsächlich gibt. Moralnormen, deren Existenz sich einer göttlichen Offenbarung verdankt, haben insofern einen recht schwachen Geltungsgrund. Denn ihr Bestand hängt allein vom *Glauben* des Menschen ab. Dieser Einsicht kann nicht entgegnet werden, dass offenbarungstheologisch

6) *Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat. Argumente gegen den § 218², (1995) 54.

7) *P. Koller*, Praktische Rationalität und empirisches Wissen in der ethisch-politischen Theoriebildung, in

Geiger/Merle/Scarano (Hrsg), Modelle politischer Philosophie. Otfried Höffe zum sechzigsten Geburtstag (2003) 163.

8) *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in *Weischedel* (Hrsg),

Kant Werke IV (1956) 11 (51 und 61).

9) Vgl *Ebbinghaus*, Rechtsfähigkeit des Menschen, metaphysische Embryologie und politische Psychiatrie, *Kant-Studien* 49 (1957/58) 36-48; *Gerhardt*, Die Frucht der Freiheit, Die Zeit

vom 27. 11. 2003, 47.

10) *Katechismus der katholischen Kirche* (1993) 579.

begründete Normen verallgemeinerungsfähige humane Einsichten nur vertiefen und „radikalisieren“¹¹). Der gläubige Christ sollte sich nämlich die folgende Frage beantworten: Ist etwas moralisch richtig, weil Gott es geboten hat, oder hat Gott lediglich geboten, was moralisch richtig ist? Hat Gott – seine Existenz einmal vorausgesetzt – lediglich geboten, was moralisch richtig ist, dann ist es gar nicht nötig, seine Autorität ins Spiel zu bringen, um Moralnormen zu begründen.

Mir persönlich scheinen all die Versuche, Moralnormen als etwas objektiv Seiendes nachzuweisen, nicht zu gelingen. Demzufolge sollte sich eine rationale Ethiktheorie „bescheidener“ Ziele setzen. Eines wird jeder außer Streit stellen. Unsere Gesellschaft kann auf Moralnormen nicht verzichten. Denn wir benötigen eine Ordnung unserer gegenseitigen Beziehungen. Daher müssen wir wissen, welches Verhalten uns gesellschaftlich erlaubt, geboten oder verboten ist. Welchen Erfordernissen muss eine Norm, von der wir sagen wollen, sie sei eine gültige Moralnorm, nun entsprechen? Gibt es überhaupt eine rationale Ethiktheorie, die die objektive Geltung von Moralnormen bestreitet? Ich denke schon. Die Norm muss, um als rationale Moralnorm zu gelten, zwei Erfordernissen entsprechen.

Erstens ist die Norm nur dann hinreichend begründet, wenn die empirischen Voraussetzungen der Norm zutreffend sind. Gebietet die Norm N etwa das Mittel X, um das Ziel Y zu erreichen, stellt sich aber heraus, dass X völlig untauglich ist, Y herbeizuführen, dann ist N eine nicht hinreichend begründete Norm. Wenn beispielsweise das Verbot der Mitwirkung am Selbstmord des sterbenskranken Patienten das ausschließliche Ziel verfolgt, Morde zu verhindern, die als getarnte Suizidbeihilfe begangen werden, und nachgewiesen werden kann, dass zwischen der Freistellung der Mitwirkung am Suizid des sterbenskranken Patienten und der gesamtgesellschaftlichen Häufigkeit von Mordtaten überhaupt kein Zusammenhang besteht (etwa durch Studien,

die in Ländern durchgeführt werden, die die Mitwirkung am Suizid des sterbenskranken Patienten erlauben), dann ist das Verbot der Mitwirkung am Selbstmord des sterbenskranken Patienten keine hinreichend begründete Norm.

Zweitens muss die Norm die Aufgabe haben, ein individuelles oder kollektives Interesse zu bewahren oder zu fördern. Das Vorhandensein eines Interesses ist somit eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Anerkennung eines subjektiven Rechts. Nicht jedes Interesse „verdient es“, in den Rang eines subjektiven Rechts „erhoben“ zu werden. Es gibt einerseits Interessen, die von der Norm zwar angemessen zu berücksichtigen sind, die aber nicht zur Zuschreibung eines subjektiven Rechts führen. Andererseits gibt es Interessen, die – von einem unparteilichen Standpunkt aus betrachtet – moralisch gar nicht „zählen“. Das sind jene Interessen, die im Konflikt mit anderen, „höherwertigeren“ Interessen stehen.

Einer an den Interessen orientierten Ethiktheorie wird häufig entgegengehalten, dass sie wissenschaftlich nicht unter Beweis stellen kann, welches Interesse im Konfliktfall den Vorrang verdient¹²). In der Tat gibt es keine empirische Methode, das „Gewicht“ von Interessen zu „wiegen“. Aber genauso wenig gibt es eine Methode, von Gott oder der Natur „gegebene“ Normen unter Beweis zu stellen.

Die Ethik verbürgt nach der hier zugrundegelegten Auffassung keine „ewigen“ Normen, weil Moralnormen nicht objektiv erkennbar sind. Ihr Inhalt wird vielmehr von den – empirisch wahrnehmbaren – Interessen bestimmt, die im Laufe der Zeit für den Einzelnen ebenso wandelbar sind, wie es in einer Gesellschaft gegensätzliche Interessen gibt, die nicht gleichzeitig erfüllt werden können. Welches Interesse „höherwertig“ ist, ist – bedauerlicherweise – nicht mehr rational zu klären, sondern wird – auf der praktisch-politischen Ebene – durch die jeweils herrschenden Machtverhältnisse entschieden. Aus diesem Befund sollten meines Erach-

tens aber keinesfalls relativistische oder skeptische Schlüsse gezogen werden. Es ist nicht „völlig offen“, ob ein bestimmtes Verhalten erlaubt, geboten oder verboten ist, weil nur jenes Verhalten erlaubt (oder gar geboten) sein darf, dessen Erlaubtsein (oder gar Gebotensein) durch ein bestehendes Interesse legitimiert ist. (Die Intersubjektivität der Begründung der Norm umfasst freilich nur jene Personen, welche übereinstimmende Interessen haben.)

3.

1. Angenommen, ein genetischer Eingriff an den Keimzellen von zeugungsfähigen Männern und fruchtbaren Frauen hätte zur Folge, dass alle Menschen, die nach solchen Eingriffen gezeugt werden, wesentlich glücklicher sind, als der Durchschnitt jener Menschen, die ihre Existenz gentechnisch nicht manipulierten Keimzellen verdanken. Freilich, das „Glück“, das die genetisch manipulierten Menschen erfahren, ist kein „selbstverdientes“. Aus diesem Grund, so wollen wir weiter annehmen, wird in der Gesellschaft überwiegend die Meinung vertreten, dass es Unrecht sei, solche Menschen zu zeugen. Unrecht sei die genetische Manipulation, wird gesagt, weil sie die Manipulierten in ihrem „Recht auf Kreatürlichkeit“ verletzt. Beruht diese Auffassung auf Überlegungen, die in sich wohldurchdacht sind, oder beruht sie auf einem „Vorurteil“?

Gegen die Auffassung der Mehrheit könnte vorgebracht werden, sie „übersehe“, dass die durch genetische Manipulation Gezeugten ja „gar keine andere Wahl“ hätten. Entweder sie existieren als das Individuum, das sie sind, oder sie existieren gar nicht. Jedenfalls könne der gentechnische Eingriff, so lautet ein weiteres Argument, keinesfalls die Autonomie der genetisch veränderten Individuen verletzt haben bzw. verletzen, weil dieser Eingriff in einem Zeitpunkt durchgeführt wird, in dem der später (vermeintlich) Betroffene noch lange nicht autonom ist. Kurz gesagt: Wer es – ex post betrachtet – gar nicht bedauert, Objekt einer genetischen Manipulation geworden zu sein, der hat

11) *Remele*, Stammzellenforschung und Religion, Die Presse vom 15. 3. 2002, 2.

12) *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? (2000) 16-20.

keinen guten Grund zu behaupten, sein „Recht auf Kreatürlichkeit“ sei verletzt worden. Und da das manipulierte Individuum seine Existenz – so wie sie ist – in der Tat nicht im geringsten bedauert, weil es ja glücklicher ist als der Durchschnitt der genetisch nicht manipulierten Individuen, sei zu folgern, dass ein „Recht auf Kreatürlichkeit“ nicht das wohldurchdachte Ergebnis individueller Meinungsbildung ist.

Der Argumentation der Mehrheit dürfte allenfalls, so sagen ihre Gegner, beigepflichtet werden, wenn der genetische Eingriff zu Folgen führt, die das Individuum wirklich – und zwar im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Theorie – schädigt. So wäre etwa denkbar, dass ein psychischer oder physischer Schaden tatsächlich *durch* eine genetische Manipulation *in vitro* herbeigeführt wird. Ob das der Fall ist, lässt sich durch Beantwortung der folgenden Frage ermitteln: Wäre der psychische oder physische Schaden auch aufgetreten, wenn dieselben Keimzellen vor Zeugung nicht manipuliert worden wären? Wird diese empirische Frage *verneint*, dann war die genetische Manipulation ursächlich für den Schaden des Betroffenen.

Indes, kann man mit guten Gründen sagen, trifft dieser Fall gar nicht den Kern des Arguments vom „Recht auf Kreatürlichkeit“. Kann naturwissenschaftlich nämlich bewiesen werden, dass die genetische Manipulation Ursache eines psychischen oder physischen Schadens des Manipulierten ist, dann handelt es sich bei dieser Manipulation um eine „ganz gewöhnliche“ Verletzungshandlung, die gar nichts mit der Beeinträchtigung eines „Rechts auf Kreatürlichkeit“ zu tun hat. Der Umstand, dass in den der Verletzung eines „Rechts auf Kreatürlichkeit“ bloß ähnlichen Fällen Verletzungshandlung und Verletzungserfolg zeitlich auseinander fallen, stört nur auf den ersten Blick. Denn es ist – vor dem Hintergrund der Äquivalenztheorie – gar nicht daran zu zweifeln, dass ein Mensch durch sorgloses Verhalten im Zeitpunkt t_1 einen psychischen oder physischen Schaden eines anderen Menschen, der im Zeit-

punkt t_2 auftritt, verursachen kann, obwohl der Verletzte im Zeitpunkt t_1 noch gar nicht gezeugt war. Wenn beispielsweise eine Schultafel so schlecht montiert wird, dass sie – fünfzehn Jahre nach der Montage – umfällt und einen achtjährigen Schüler (einen Menschen also, der im Zeitpunkt der Montage noch gar nicht gezeugt war) unter sich begräbt, kann sicherlich nicht bestritten werden, dass der Monteur der Schultafel für den Personenschaden haftet, wenn ihm nachgewiesen wird, dass er die Schultafel sorglos montiert hat und der Schaden bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt nicht eingetreten wäre¹³).

2. Kehren wir zurück zu jenen Fällen, die es tatsächlich verdienen, unter dem Gesichtspunkt eines „Rechts auf Kreatürlichkeit“ diskutiert zu werden. Peter Strasser hat in seinem Text „Kategorien des Unantastbaren“¹⁴) den Versuch unternommen, die Existenz eines „Rechts auf Kreatürlichkeit“ unter Hinweis auf die Vertragstheorie von John Rawls (1921–2002) unter Beweis zu stellen. Strasser schreibt:

Bei Rawls wissen die Leute, die moralisch rasonieren, nicht, welche Position sie in der Gesellschaft tatsächlich einnehmen. Dadurch soll gewährleistet werden, dass sie nur jene Gesellschaft als gerecht qualifizieren, in der sie auch unter der Voraussetzung leben wollen, dass sie zu den Schlechtgestellten gehören. Rawls drückt das so aus, dass er sagt, zwischen den moralisch Rasonierenden und ihrer tatsächlichen Stellung in der Gesellschaft wird ein *veil of ignorance*, ein „Schleier des Nichtwissens“, ausbreitet, hinter dem man nichts weiß, außer das, was es in der Welt an allgemeinem Wissen gibt, sei es nun theoretischer oder praktischer Art.

Denken wir uns nun die Rawlssche Situation als dahingehend zugespitzt, dass ich hinter dem Schleier des Nichtwissens nicht einmal weiß, ob ich schon geboren bin. Schließlich ist mein Geburtsdatum ebenso wenig etwas, was zum allgemeinen Wissensschatz gehören kann, wie etwa mein Intelligenzquotient. Wenn ich hinter dem Schleier des Nichtwissens nicht weiß, ob ich in der realen Gesellschaft zu den Klugen oder Dummen gehöre, dann muss ich wohl auch nicht wissen, ob ich schon geboren bin.

Hinter dem verdichteten Schleier des Nichtwissens kann ich dann zwei Typen von Individuen und die ihnen zugeordneten Situationen miteinander vergleichen: Individuen vom Typ A, die den menschlichen Durchschnitt verkörpern, und Individuen vom Typ B, die aus den Zellen von A-Individuen dadurch hervorgegangen sind, dass A-Zellen genetisch manipuliert und zu B-Zellen umgeformt wurden. Der Zweck der Manipulation möge darin bestehen, Individuen zu kreieren, die, vom Standpunkt der Manipulatoren aus, aufgrund ihrer Persönlichkeit ein besseres Leben führen können als ihre genetisch nicht zurechtgeschneiderten Artgenossen, die den bisherigen menschlichen Durchschnitt verkörpern.

Es ist klar, dass ich mir hinter dem Schleier des Nichtwissens keine Gedanken darüber zu machen brauche, ob ich einem Persönlichkeitswandel zustimmen sollte. Denn die gedankenexperimentelle Voraussetzung ist ja, dass ich nicht weiß, ob ich bereits geboren bin. Es ist für mich also zunächst vernünftig anzunehmen, mich im „schwächsten“ Zustand zu befinden, nämlich dem, erst als Zelle oder Zellverband zu existieren. Als A-Zelle habe ich zwar *Anlagen* zu einer bestimmten Persönlichkeit, aber ich habe noch keine bestimmte Persönlichkeit, die ich *verlieren* könnte.

[...] Wenn ich als Individuum vom Typ A, d. h. als *nicht* genmanipuliertes Individuum, geboren worden bin, werde ich die immerhin denkbare Möglichkeit, als genmanipuliertes Individuum vom Typ B geboren worden zu sein, *im Allgemeinen* ablehnen. Der Durchschnittsmensch hat ein Selbstkonzept, das eine fundamentale Selbstidentifizierung einschließt: *Man möchte kein anderer sein als der, der man ist.*

Sicher, die meisten von uns würden gerne glücklicher sein, als sie es tatsächlich sind, aber dabei möchten sie doch die bleiben, die sie sind, und zwar durch alle Wechselfälle des Lebens hindurch. Hinter dem Schleier des Nichtwissens weiß ich freilich auch, dass, falls ich als genetisch manipuliertes B-Individuum zur Welt komme, das glücklicher ist als der Durchschnitt der A-Individuen, ich dann, im Zustand des Manipuliertseins, nichts dagegen haben werde, ein B-Individuum zu sein. Ist es also moralisch nicht zulässig und womöglich sogar geboten, ein

13) Vgl. *Feinberg*, *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol I: Harm to Others (1984) 96.

14) *Strasser*, *Kategorien des Unantastbaren*. Würde, Autonomie, Kreatürlichkeit, in *Fleischhacker* (Hrsg.),

Der Schutz des Menschen vor sich selbst. Eine Ethik zum Leben (2002) 49-88.

genetisches Design für B-Individuen zu entwickeln?

Nun, hinter dem Schleier des Nichtwissens kenne ich sowohl den Standpunkt der A-Individuen als auch den der B-Individuen. Soll ich mich für eine Gesellschaft der B-Individuen entscheiden? Ich denke, die richtige Antwort ist nein. Denn hinter dem Schleier des Nichtwissens bin ich mir dessen bewusst, dass die A-Individuen die Existenz als B-Individuen ablehnen. Das Argument der A-Individuen lautet: „Würden die B-Individuen unseren Standpunkt, den Standpunkt der A-Individuen, verstehen, so würden sie ebenfalls nicht als B-Individuen geboren sein wollen, denn ihre eigene Existenz laboriert an einem grundlegenden Mangel: Ihre Autonomie wurde intolerabel beschädigt, und da die Beschädigung in den Genen liegt, ist sie unumkehrbar und nicht wieder gutzumachen.“¹⁵⁾

Strassers Beweisführung lässt zwei ganz grundlegende Fragen zu.

Erstens. Steht es im Einklang mit den Gesetzen der Logik, zukünftige Personen, Wesen also, die es noch gar nicht gibt, im Schleier des Nichtwissens über ihre genetische Konstitution entscheiden zu lassen?

Zweitens. Wenn wir die erste Frage verneinen, wie sollen wir dann das Konzept eines „Rechts auf Kreatürlichkeit“ deuten?

Rawls geht bekanntlich in „Eine Theorie der Gerechtigkeit“¹⁶⁾ von einer sog. „Ursprungssituation“ aus, in der Personen in einem Zustand der Gleichheit die Form, die Grundstruktur und die fundamentalen Normen ihrer Gesellschaft wählen. Dabei orientieren sich die Verfassungswähler ausschließlich an ihren eigenen Interessen, sie sind rationale Nutzenmaximierer. Die Gerechtigkeitsprinzipien, die von den Verfassungswählern des Urzustands ermittelt werden, sind das Ergebnis einer rationalen Einigung unter fairen Bedingungen, wobei fair eben heißt, dass die Gerechtigkeitsprinzipien hinter einem Schleier des Nichtwissens gewählt werden. Diese „Konstruktion“ hat die Aufgabe, die Unparteilichkeit des Verfassungswählers zu garantieren. Kurz gesagt: Der Schleier des Nichtwissens

entzieht „alles diskriminierungsrelevante Wissen der eigenen Interessenkalkulation“¹⁷⁾. Rawls' Verfassungswähler leidet also in der Tat an „partieller Amnesie“. Über sich weiß er nichts, über das, was man aus Lehrbüchern über die Welt erfährt, weiß er hingegen alles. Rawls nimmt nun an, dass die Menschen im Urzustand an einem möglichst umfassenden Erwerb der sog. Grundgüter interessiert sind. „Die wichtigsten Arten der gesellschaftlichen Grundgüter sind Rechte, Freiheiten und Chancen sowie Einkommen und Vermögen. (Ein sehr wichtiges Grundgut ist das Selbstwertgefühl [...])“¹⁸⁾.

Zur ersten Frage. Ich denke, dass es die Gesetze der Logik verletzt, eine zukünftige Person in den Kreis der Verfassungswähler zu stellen. Wenn der Verfassungswähler nichts über sich selbst weiß, aber Kenntnis über alle empirischen, metaphysischen und normativen Gegebenheiten dieser Welt hat, wenn er gewissermaßen ein „wandelndes Lexikon“ ist, dann kann es nicht sein, dass er eine bloß metaphysische Gestalt hat. Der Verfassungswähler muss vielmehr „aus Fleisch und Blut“ und darüber hinaus höchst gebildet sein, will er all die Aufgaben bewältigen, die er zu erledigen hat. Wie steht es im Übrigen mit Tieren, Pflanzen oder gar Verstorbenen? Könnten diese Entitäten nicht ebenso zu verschleierte Verfassungswählern „gekürt“ werden? Die Frage stellen heißt sie zu verneinen.

Zur zweiten Frage. Die Gesetze der Logik werden ganz und gar nicht verletzt, wenn ich den verschleierte Verfassungswähler entscheiden lasse, ob Menschen das Recht haben, ihre Keimzellen manipulieren zu lassen. Eigentlich ist es diese Frage, die Strasser wirklich interessiert. Die Frage, ob es ein „Recht auf Kreatürlichkeit“ gibt, bringt wohl nur metaphorisch zum Ausdruck, worum es in der Sache selbst geht: Haben die derzeit lebenden Menschen, die willens sind, sich fortzupflanzen, das Recht, ihr Keimgut verändern zu lassen, und zwar unabhängig von therapeutischen Zielsetzungen? Oder ist die gegenteilige Auffassung

zutreffend: haben sie die Pflicht, (jedenfalls nicht-therapeutische) Eingriffe in das Erbgut zu unterlassen?

Welcher Auffassung wird der Rawls'sche Verfassungswähler zuneigen? Wird er tatsächlich, wie Strasser annimmt, die Meinung vertreten, nicht-therapeutische Eingriffe in die Keimzellen sind moralisch unzulässig?

Rawls unterscheidet zwei Kategorien von Grundgütern. Da gibt es einerseits die Kategorie der materiellen Güter (Einkommen und Vermögen) und andererseits die Kategorie der immateriellen Güter (Rechte, Freiheiten und Chancen).

Für die Verteilung der materiellen Güter gilt nach Rawls das sog. Differenzprinzip. Dieses besagt, dass Einkommen und Vermögen an sich gleich zu verteilen sind, es sei denn, eine sozioökonomische Ungleichheit gereicht jedermann zum Vorteil. Da der Verfassungswähler ja nicht weiß, in welcher sozioökonomischen Situation er sich nach der „Entschleierung“ tatsächlich befindet, wird ihm zugesonnen, immer „das Schlechteste“ zu erwarten (dh das für ihn ungünstigste Ergebnis) und sich an die sog. Maximin-Regel zu halten: „Wähle das Maximum der Minima, the best of the worse“! Die Geltung einer solchen Regel versteht sich zwar nicht von selbst, sie erscheint in einer Entscheidungssituation des Nichtwissens über die eigenen sozioökonomischen Verhältnisse (insbesondere wenn man von einem wenig risikofreudigen Verfassungswähler ausgeht) aber recht plausibel¹⁹⁾. Ist es in einer Entscheidungssituation der Unsicherheit nicht tatsächlich ratsam, die sozioökonomische Ungleichheit unter die Bedingung allgemeiner distributiver Vorteilhaftigkeit zu stellen, weil man ja damit rechnen muss, auf der gesellschaftlichen Stufenleiter „ganz unten“ zu stehen?

Die immateriellen Güter unterliegen nach Rawls der Gleichverteilungsregel, seine Theorie ist insoweit strikt egalitär: „Jedermann soll gleiches Recht auf das umfangreichste System gleicher Grundfreiheiten haben, das mit dem gleichen System für alle anderen verträglich ist“²⁰⁾. Wenn es so etwas wie ein Recht

15) Strasser, Kategorien 63-66.

16) Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (1975).

17) Kersting, John Rawls zur Einführung (2001) 44.

18) Rawls, Theorie 112.

19) Vgl. P. Koller, Neue Theorien des Sozialkontrakts (1987) 56.

20) Rawls, Theorie 81.

auf genetische Manipulation des Keimgutes gibt, dann muss dieses Recht – dem *Rawls'schen* Ansatz entsprechend – gleich verteilt werden, dh allen Männern und Frauen im zeugungsfähigen Alter zustehen. Wie entscheiden sich nun die verschleierte Verfassungswähler, die über alle Prinzipien und Regeln der herkömmlichen Ethiktheorien Bescheid wissen? *Rawls* meint:

Nun hat vermutlich jede dieser [herkömmlichen Ethiktheorien] ihre Stärken und Schwächen; es gibt Gründe für und gegen die Möglichkeit, die man wählt. Dass eine Vorstellung einer Kritik ausgesetzt ist, spricht nicht unbedingt entscheidend gegen sie, und dass sie gewisse wünschenswerte Eigenschaften hat, spricht nicht immer endgültig für sie. Die Entscheidung der Menschen im Urzustand hängt [...] von einer Abwägung verschiedener Gesichtspunkte ab. In diesem Sinn greift [meine] Theorie der Gerechtigkeit an ihrem Grunde auf die Intuition zurück.²¹⁾

Rawls' Theorie führt nicht einmal zu einer annähernd schlüssigen Antwort auf unsere Grundfrage. Denn wir wissen nicht, auf welche normative Ethik, auf welche inhaltlichen Regeln und Prinzipien sich die verschleierte Verfassungswähler letztendlich einigen werden, wenn eine Frage im Diskurs umstritten ist. Aus diesem Grund ziehe ich eine Ethiktheorie, die auf der Ebene empirischer Erfahrung intersubjektiv begründen kann, warum ein bestimmtes Verhalten erlaubt, geboten oder verboten ist, anderen Ethiktheorien vor.

3. Nach der von mir vertretenen Ethiktheorie gibt es kein „Recht auf Kreativität“. Rechte sind notwendigerweise mit Subjekten verknüpft. Da es aber im Zeitpunkt der genetischen Manipulation noch kein Subjekt gibt, das Träger eines solchen Rechts sein könnte, ist das Konzept eines „Rechts auf Kreativität“ – losgelöst von metaphysischen Annahmen – nicht nachvollziehbar. Das heißt freilich nicht umgekehrt, dass es vor dem Hintergrund einer interessenorientierten Ethik keine guten Gründe geben kann, die genetische Manipulation zu verbieten. Ich sehe – vor dem Hintergrund unseres

derzeitigen empirischen Wissens – zwei gute Gründe, die genetische Manipulation zu verbieten.

a) Die genetische Manipulation an den Keimzellen lässt befürchten, dass das Individuum, das aus solchen Keimzellen entsteht, einen Schaden erleidet, der notwendige Folge der genetischen Manipulation ist. Wenn das Verfahren der genetischen Manipulation wegen unzureichender Kenntnis tatsächlicher Zusammenhänge unverhältnismäßig *gefährlich* ist (vergleichbar vielleicht mit einem dem Stand der Technik nicht entsprechenden Kernreaktor), dann ist es vor dem Hintergrund des Gebotes „Primum nil nocere“ illegitim. Die Pflicht, etwas nicht zu tun, was absehbar (oder wenigstens wahrscheinlich) zum Eintritt von Schäden führt, ist nicht nur Bestandteil unserer konventionellen Moralvorstellungen und des Rechts, sondern lässt sich auch vor dem Hintergrund einer metaphysikfreien Ethik ganz einfach begründen. Jeder lebt sein Leben gerne ohne psychische oder physische Beeinträchtigung. Daher gebietet es die Moral, jene Sorgfaltsregeln zu beachten, die dazu beitragen, Personenschäden zu verhüten.

b) Unterstellen wir, dass die genetische Manipulation vor dem Hintergrund der Pflicht, jene Sorgfaltsregeln zu beachten, die dazu beitragen, Personenschäden zu verhüten, vertretbar (geworden) ist. Glückt die genetische Manipulation, hat das Individuum, das aus den manipulierten Keimzellen hervorgeht, an sich „keine Beschwer“. Im Fall der therapeutisch indizierten genetischen Manipulation wird es von einer Erbkrankheit „befreit“, die es hätte, wenn die „naturbelassenen“ Keimzellen seiner Eltern verschmolzen worden wären. Und im Fall eines „verbessern“ genetischen Eingriffs wird ihm etwas „gegeben“, was es ohne den Eingriff nicht hätte. In beiden Fällen wird das Individuum – an sich – also besser gestellt.

Diese Bewertung setzt freilich voraus, dass wir uns darüber im Klaren sind, was es heißt, besser gestellt zu werden.

Im Fall der therapeutisch indizierten genetischen Manipulation ist die Bewertung unschwer vorzunehmen. Krankheit hat in unserer Gesellschaft keinen positiven Stellenwert. Sie wird nicht nur vom Kranken, sondern auch von seinen Familienangehörigen, ja von allen, die sich in die Lage versetzen können, krank zu sein, als „Minus“ gegenüber dem Zustand des Gesundheitseins bewertet. Daher besteht kein Zweifel, dass therapeutische Eingriffe in die Keimzellen unter dem Gesichtspunkt des Prinzips der „beneficence“²²⁾ erlaubt und wohl auch geboten sind, vorausgesetzt das Risiko dieser Eingriffe hält sich in den Grenzen der Sozialadäquanz.

Schwieriger ist die Bewertung im Fall der therapeutisch nicht indizierten genetischen Manipulation vorzunehmen, weil die Interessen aller vom Eingriff Betroffenen nicht von vornherein „gleichläufig“ sein werden. Stellen wir uns folgenden Fall vor²³⁾:

B und C wird von einer IVF-Klinik ein „Programm zur genetischen Verbesserung des Nachwuchses“ angeboten, das generell geeignet sein soll, die Zufriedenheit im Leben des genetisch manipulierten Nachwuchses erheblich zu steigern. B und C wählen eine Programmvariante, die beinhaltet: überdurchschnittliche Größe (mindestens 1,85 m), IQ von mindestens 140, ein perfektes Gehör sowie braune Augen und schwarzes Haar. Die genetische Manipulation „gelingt“. A wird geboren und entwickelt all die Eigenschaften, die sich seine Eltern „bestellt“ haben. Schon im Alter von siebenundzwanzig Jahren ist A auf dem Zenit einer professionellen Pianisten-Karriere. Sein Talent, sein perfektes Gehör, seine Intelligenz sowie sein gutes Aussehen haben zu diesem beruflichen Erfolg zweifelsohne beigetragen. Im Alter von dreißig Jahren denkt A über sein bisheriges Leben nach. Einerseits freut er sich – wie praktisch alle genetisch manipulierten Erdenbürger –, dass ihm seine Eltern bessere „Startchancen“ ermöglicht haben. Andererseits hat A Identitätsprobleme. Er fühlt sich „nicht authentisch“ und meint, er sei um seine „wirkliche

21) *Rawls*, Theorie 147.

22) Vgl. *Beauchamp*, The Promise of the Beneficence Model for Medical Ethics, The Journal of Contemporary

Health Law and Policy 6 (1990) 145-155.

23) Nach *Berry*, Genetic Enhancement in the Twenty-First Century: Three

Problems in Legal Imaging, Wake Forest Law Review 34 (1999) 715 (729 f).

Identität“ gebracht worden. Mit seiner „wirklichen Identität“, sagt A, habe er schon „Kontakt verloren“, bevor er überhaupt gezeugt worden ist. A gesteht sich allerdings ein: „Meine wirkliche Identität hat mit mir, A, eigentlich nichts zu tun, denn ich bin nun einmal der, der ich nun bin. Ich wäre kein erfolgreicher Konzertpianist geworden, hätten sich meine Eltern nicht dazu entschlossen, ihre Keimzellen genetisch manipulieren zu lassen.“ Im Alter von dreiunddreißig entwickelt A aufgrund seiner Identitätsprobleme eine psychiatrische Erkrankung, von der er sich nicht mehr erholt.

Haben die Ärzte sowie B und C eine psychiatrische Erkrankung verursacht? Die Frage ist eindeutig zu bejahen. Denkt man sich nämlich die genetische Manipulation weg, hätte es kein Subjekt A gegeben. Vielleicht hätte es (anstelle von A) ein „natürlich gezeugtes“ Subjekt – nennen wir es A₁ – gegeben, vielleicht aber überhaupt keinen „Ersatz“ für A, weil B und C kein Interesse an genetisch nicht „aufgebessertem“ Nachwuchs haben. Im einen wie im anderen Fall (Zeugung von A₁ oder gar keine Zeugung) tritt keine psychiatrische Erkrankung auf, die A jetzt hat. Folglich haben die Ärzte, aber auch B und C eine psychiatrische Erkrankung verursacht.

Haben die Ärzte sowie B und C A geschadet? Die Frage ist eindeutig zu verneinen. Einen genetisch nicht manipulierten A – nennen wir ihn A₀ – hat es nie gegeben und wird es nie geben. A₀ lässt sich freilich hypothetisch denken: A₀ ist der Mensch, der aus denselben Keimzellen von B und C entstanden

wäre, aus denen – nach der genetischen Manipulation – A hervorgegangen ist. A₀ ist – mit großer Wahrscheinlichkeit – kein erfolgreicher Konzertpianist, weniger intelligent und gutaussehend wie A. Kurz gesagt: A₀ ist ein ganz anderer Mensch, weil es ihm an der Identität mangelt, die der Identität von A entspricht. (A₀ und A haben weniger gemeinsam als eineiige Zwillinge, die sich ja im Hinblick auf die genetische Ausstattung überhaupt nicht voneinander unterscheiden.)

A's psychiatrische Erkrankung ist vor dem Hintergrund einer rein individualistisch ausgerichteten Ethiktheorie moralisch „neutral“, weil diese Erkrankung in casu eine Folge der ganz spezifischen Individualität des A ist. Wenn wir das Schicksal von A universalisieren und annehmen, dass dieses Schicksal eine geradezu typische Folge von genetischer Manipulation ist, dann taucht die Frage auf, ob es sich eine Gesellschaft „leisten will“, die Zeugung von Individuen zuzulassen, deren Existenz à la longue nicht dazu beiträgt, das gesamtgesellschaftliche Glück zu fördern. Wer eine metaphysikfreie Ethik für überzeugend hält, wird entweder den individualistischen oder den kollektiven Standpunkt für richtig halten. Tertium non datur.

Ao. Univ.-Prof. Dr. Erwin Bernat lehrt am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Karl-Franzens-Universität Graz; erwin.bernat@uni-graz.at.

Impressum

juridikum

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

HerausgeberInnen

Univ.-Ass. Mag^a. Iris Eisenberger, MSc. (LSE),
Mag. Ronald Faber, LL. M. (Yale),
ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Hiebaum

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21
A-1070 Wien, Tel. 01/610 77,
Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589,
e-Mail: order@verlagoesterreich.at,
http://www.jusline.at

Redaktionsassistent: Mag. Walther Gatterbauer

Preis: Jahresabonnement Euro 34,- ,
StudentInnenabonnement Euro 25,-,
Förderabonnement Euro 55,-,
exkl. Euro 8,- Porto- und Versandkosten (Inland)

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Mag^a. Simone Dieplinger, Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Elisabeth Hödl, Dr. Roland Kier, Mag^a. Elke Hasibeder, Drⁱⁿ. Nora Melzer-Azodanloo, Lukas Oberndorfer, RAA Dr. Florian Oppitz, Mag. Oliver Scheiber, Mag^a. Marianne Schulze, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Dominik A. Thompson, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, RAⁱⁿ. Drⁱⁿ. Maria Windhaber

AutorInnen dieser Ausgabe:

Iris Appiano Kugler, Stefan Barriga, Erwin Bernat, Bernd-Christian Funk, Christian Hiebaum, Elisabeth Holzleithner, Norbert Leser, Alfred J. Noll, Bernhard Painz, Peter Strasser, Peter Warta, Wilfried Ludwig Weh, Barbara Weichselbaum

Offenlegung

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

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

Erscheinungsort: Wien

Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Mag^a. Iris Eisenberger, MSc. (LSE):
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Universität Wien, Schottenbastei 10-16,
1010 Wien, Tel.: 01/4277-35474,
Fax: 01/4277-35479;
iris.eisenberger@univie.ac.at

Mag. Ronald Faber, LL. M. (Yale):
ronald.faber@wu-wien.ac.at

ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Hiebaum:
christian.hiebaum@uni-graz.at

Das **juridikum** ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge werden anonym an externe Gutachter ausgesandt, bevor über eine Veröffentlichung entschieden wird.

Thema Heft 2/2004

markt – macht – europa

Ungeborene als ethische Position

Peter Strasser

1. Was heißt unantastbar?

Vom menschlichen Leben heißt es, dass mit ihm als Tatsache schon das Recht mitgegeben sei, einen absoluten Schutz vor äußeren Angriffen zu genießen. Die Unantastbarkeit des menschlichen Lebens wird man sich allerdings nicht so vorzustellen haben, dass es unter keinen Umständen angetastet werden darf. Nicht einmal das katholische Lehramt bezweifelt heutzutage, dass beispielsweise eine Abtreibung als Maßnahme der Schwangeren zum Schutz der eigenen Gesundheit zulässig sei. Das zu betonen scheint deshalb wichtig, weil noch immer wahr ist, dass, wer A sagt, auch B sagen muss. Wer eine medizinische Indikation zulässt, weil er es für grausam hielte, die Mutter an ihrer Schwangerschaft sterben zu lassen, oder wer – um ein anderes Beispiel zu nennen – es dem bedrohten Staat erlaubt, seine jungen Männer in den Krieg zu schicken, der kann nicht mehr darauf pochen, dass er einen gleichsam *absolut absoluten* Schutz des menschlichen Lebens vertritt. Denn er bindet den Lebensschutz an gewisse Überlegungen folgenreicher Art. Die Frage ist dann freilich, was Unantastbarkeit *bedeutet*.

Diese Frage stellt sich hinsichtlich aller Kategorien des Unantastbaren, so auch mit Bezug auf die Kreatürlichkeit des Menschen. „Kreatürlichkeit“ ist ein normatives Merkmal, mit dem das Recht einhergeht, vor allen Eingriffen in die eigene Natur geschützt zu werden, die so geartet sind, dass ich, als das Objekt des Eingriffs, ihnen nicht aus freien Stücken zustimmen könnte. Bis heute gibt es eine kaum angezweifelte Grenze, der zufolge ich Eingriffen gewiss nicht zustimmen kann, mittels derer sich andere Menschen anmaßen, meine genetische Verfasstheit *im Sinne ihrer eigenen Interessen zu manipulieren*. Die Kreatur anderer zu sein, verletzt meine Würde und beeinträchtigt meine Autonomie. Davon ausgenom-

men – so lautet ein vielfach akzeptierter Standpunkt – sind Eingriffe, die über die genetische Reparatur und Ausschaltung von drohenden Behinderungen dazu dienen, meine Autonomie im Sinne meiner körperlichen und psychischen Integrität zu sichern.

Man darf also nicht sagen, dass normative Merkmale, die als unantastbar gelten, einen strikt metaphysischen Charakter hätten, indem sie immun gegen Konsequenzen, dh gänzlich unabhängig von empirischen Umständen ihres Auftretens wären. Was aber, so fragt der Kritiker, rechtfertigt es dann überhaupt, von „Unantastbarkeit“ zu sprechen oder davon, dass etwas einen absoluten Wert hat? Zunächst – so müssen wir antworten – besitzen wir eine intuitive, aber höchst vage Vorstellung davon, dass es einen Kern von Merkmalen gibt, die allen Menschen unabhängig davon zukommen, wie sich die Umstände gestalten: Würde, Leben, Kreatürlichkeit. Angenommen, wir lehnen jede Art von pränataler Diagnostik unter Hinweis auf solche Merkmale ab. Wir argumentieren, dass die vorgeburtliche Ausforschung des Embryos dazu führt, dass dieser in den Dienst von Interessen tritt, welche in erster Linie die der Lebenden sind. Damit wird das Recht des Ungeborenen auf Kreatürlichkeit gefährdet, denn wozu will man wissen, was seine natürlichen Eigenschaften sind, wenn dahinter nicht der Wunsch lauert, notfalls im Sinne der Elternwünsche oder sozialer Präferenzen „nachzubessern“? Außerdem wird die Würde des Ungeborenen attackiert, denn in den Nachbesserungsphantasien der Lebenden drückt sich aus, dass der Embryo nicht unbedingt als Zweck an sich zu achten sei. Schließlich gefährdet die pränatale Diagnostik den absoluten Wert des menschlichen Lebens. Stellt sich nämlich aufgrund der Diagnose heraus, dass der Embryo mit einem Leiden geboren werden wird, so ist das praktisch sein Todesurteil. Es lautet

„eugenische Indikation“ und die Abtreibung ist dann nur noch ein Formalkakt.

Doch wie man weiß, treten mannigfache Situationen auf, die den eben geführten Argumenten zuwiderlaufen. Erstens nämlich berücksichtigen wir bei der Auswertung der Ergebnisse, die uns die pränatale Diagnostik liefert, nicht bloß unsere eigenen, sondern in der Vorausschau erwartbarer Lebensschicksale sehr wohl auch die Interessen derer, die erst geboren werden. Zweitens ist es in der Ethik unumgänglich, das Schlimmste mit einzukalkulieren, falls das Schlimmste unter den uns bekannten Realitäten einen Platz einnimmt. Es lässt sich nicht leugnen, dass es Krankheiten gibt, die für das Wesen, das darunter leidet, derart schrecklich sind, dass es uns grausam anmuten würde, dem Leiden einfach seinen Lauf zu lassen. Damit ist nichts Endgültiges über die moralische Berechtigung zur pränatalen Diagnose gesagt, denn es könnte ja sein, dass langfristig gesehen ihre negativen Effekte überwiegen – die alarmierenden Stichworte lauten „Eugenik“ und „lebensunwertes Leben“. Wohl aber ist gezeigt, dass die ethischen Kategorien des Unantastbaren und die ihnen zugeordneten Merkmale sich in ihrer Bedeutung nicht unter völliger Isolierung von folgenreicher Überlegungen präzisieren lassen.

Dennoch: Glauben wir, ein Merkmal als unantastbar erkannt zu haben, dann geben wir damit zu verstehen, dass es unseres Wissens nach keine Umstände gibt, die es einschränken oder gar aufheben könnten. Doch – so wiederum die Frage des Kritikers – dürfen wir das glauben und glauben wir das ernsthaft? Muss man nicht stets mit dem Auftreten neuer, bisher unbedachter Umstände rechnen? Darauf lässt sich immerhin mit einer Gegenfrage reagieren: Setzt nicht jede folgenreiche Betrachtungsweise ihrerseits voraus, dass die Wünschbarkeit der Folgen letzten Endes an einem Kriterium des absolut Guten gemessen wird – also an einem Kriterium, dessen Wünschbarkeit nicht selbst wiederum anhand der Folgen seiner Anwendung beurteilt werden muss?

Leider ist die ethische Situation komplizierter, als die Frage suggeriert. Um welches Kriterium könnte es sich denn handeln, wenn gelten soll, dass es seinerseits *nicht* folgenreicher beur-

teilt werden darf? Es kann sich offensichtlich nur um das handeln, was wir *um seiner selbst willen* anstreben und daher für gut *an sich* halten. Prominentes Beispiel: das Glück. Doch wie wir wissen, streben wir nicht jedes Glück um seiner selbst willen an; nicht jedes Glück halten wir für gut an sich. Es gibt auch böses Glück, das anderen schadet. Was wir um seiner selbst willen anstreben, ist – so könnte man sagen – das *wahre* Glück. Es scheint indessen, dass wir nicht wissen, was das wahre Glück ist, solange wir keine Idee von einer menschlichen Gemeinschaft unter der regulativen Idee des guten Lebens haben – also des Lebens im Lichte jenes höchsten Ideals, das wir um seiner selbst willen anstreben. Aber wie ist es möglich herauszufinden, was jenes Ideal inhaltlich meint? Hierauf lautet die Antwort: *Indem wir danach streben, unser Glücksverlangen mit den Kategorien des Unantastbaren zu harmonisieren*. Wir fragen, wie es wäre, in einer Welt glücklich zu sein, in der niemand um seine Würde, sein Leben oder seine Kreativität zu bangen brauchte.

Es ist also unvermeidlich, dass wir uns hier im Kreis bewegen. Denn die verschiedenen Knotenpunkte der moralischen Argumentation – das wahre Glück, das gute Leben, die Kategorien des Unantastbaren – sind voneinander nicht unabhängig. Heißt das, dass wir als ethische Subjekte in einem *Circulus vitiosus* gefangen sind? Ja und nein. Wir bewegen uns – bildhaft gesprochen – auf einer Spirale nach oben, um ein möglichst umfassendes und in sich widerspruchsfreies Konzept von dem zu gewinnen, was gut an sich ist, dh gut in allen möglichen Welten und von allen möglichen Standpunkten aus, einschließlich jenem, von dem jetzt die Rede sein soll: dem ethischen Standpunkt des Ungeborens.

2. Der ethische Standpunkt des Ungeborens

Worin immer das wahre Glück bestehen mag, es darf niemals auf Kosten des wahren Glücks anderer erreicht werden. Dieses Erfordernis leuchtet unmittelbar ein, seine Realisierung bereitet jedoch in verschiedenen moralischen Kontexten erhebliche Schwierigkeiten. Der Gen-Kontext ist ein besonders schwieriger.

Wenn wir uns überlegen, was mit Bezug auf die genetische Selektion und Manipulation Ungeborener zulässig ist und was nicht, dann urteilen wir immer schon aus der Perspektive derer, die bereits geboren sind. Das gibt der Frage, wie wir als moralische Subjekte urteilen *sollten*, sobald wir uns auf den Standpunkt derer stellen, die zum möglichen Zielobjekt pränataler Maßnahmen werden, den Anschein des Absurden. Denn einerseits ist die Einnahme des Standpunkts der potentiell Betroffenen eine *wesentliche* Voraussetzung moralischer Unparteilichkeit; andererseits jedoch ist die Anweisung „Stell dir vor, du bist noch nicht geboren“ auf den ersten Blick paradox. Der Eindruck des Paradoxen verflüchtigt sich, sobald wir uns überlegen, dass wir den Standpunkt des Ungeborens als einen *ethischen* Standpunkt einzunehmen haben. Als ethischer Standpunkt ist der Zustand des Ungeborens so *definiert*, dass wir zwar gewisse Dinge nicht wissen können, wohl aber *voraussetzen*, dass wir mit Vernunft begabte und über die allgemeinen Angelegenheiten des Lebens wohlinformierte moralische Subjekte sind.

Stellen wir uns also vor, wir seien noch gar nicht geboren. Wir wissen noch nicht, wer wir sind, wir kennen weder unsere Stärken noch unsere Schwächen. Wir wissen auch nicht, an welcher Stelle der Gesellschaft wir platziert sein werden, ob ganz oben oder ganz unten oder irgendwo dazwischen. Nun wird uns von höchster Stelle ein Angebot gemacht: Wir haben zwar keinen *direkten* Einfluss darauf, ob wir das Licht der Welt erblicken und wer unsere Eltern sein werden, aber wir können uns jene Welt aussuchen, die uns für den Fall, dass wir das Licht der Welt erblicken, insgesamt die besten Aussichten bietet, zufrieden und selbstbestimmt zu leben. Nun die Frage: Was überlegen wir uns hinter dem gedankenexperimentell eingenommenen, vorgeburtlich-ethischen „Schleier des Nichtwissens“?

Der Ausdruck „Schleier des Nichtwissens“, *veil of ignorance*, stammt von dem Gerechtigkeitsphilosophen John Rawls, der damit die Unparteilichkeit der moralischen Position charakterisieren wollte. Hinter dem Schleier des Nichtwissens weiß ich nicht, ob ich, nachdem sich der Vorhang gehoben hat,

feststellen werde, dass ich zu den Glücklichen oder Unglücklichen, den Gutpositionierten oder Benachteiligten gehöre. Solange mir jedes Wissen um mein persönliches biologisches Schicksal und meine tatsächliche soziale Platzierung fehlt, werde ich mir vernünftigerweise überlegen, wie ein Sozialwesen für den Fall ausschauen sollte, dass ich Pech habe. Denn vom Standpunkt der Unparteilichkeit aus, den einzunehmen mich der Schleier des Nichtwissens zwingt, wird man jene Gesellschaft für die vorzugswürdige halten, in der es einem schuldlos Schlechtgestellten immer noch besser geht als in allen möglichen Alternativgesellschaften.

Aus dieser Überlegung lässt sich nun einiges für die Problembereiche der modernen Reproduktionsmedizin, der Embryonalselektion und der Manipulation menschlichen Erbguts gewinnen. Der ethische Zustand des Ungeborens ist nämlich unter anderem dadurch charakterisiert, *dass ich noch nicht am Leben hänge*. Ich weiß natürlich, dass ich als Lebender die Freuden des Lebens genießen und selbst dann noch am Leben hängen werde, wenn es vor allem Mühsal bedeutet. Es ist deshalb unrichtig, wenn argumentiert wird, die Bilanz eines jeden Lebens sei positiv, solange es nicht irreversibel vom Wunsch nach Selbstmord beherrscht wird. Ethische Überlegungen sind wertlos, falls sie nicht phänomenologisch sensibel vorgehen; und zur ethischen Sensibilität gehört hier jedenfalls dazu, dass man den biologischen Lebenswillen, der uns auch noch unter größten Leiden im Leben festhält, nicht mit dem verwechselt, was man eine positive Lebensbilanz oder gar den Sinn des Lebens nennt. Das Leben kann schon längst sinnlos geworden sein und man ist dennoch nicht in der Lage, sich ihm zu verweigern.

Machen wir also Ernst mit dem ethischen Standpunkt des Ungeborens. Ich stelle mir vor, der Schleier des Nichtwissens hebt sich und ich muss entdecken, dass ich an einem schweren Erleiden erkrankt bin, welches mein Leben armselig, schmerzhaft und kurz macht. Wenn sich dieses mein Leiden bloß dadurch verhindern lässt, dass ich nicht zur Welt komme, dann werde ich *als jemand, der noch nicht am Leben hängt*, dafür sein, nicht zur Welt kommen zu müssen. Noch kann ich mir die

Frage, ob ich leben möchte, stellen, ohne bereits vom Lebens- und Überlebenstrieb beherrscht zu sein. Noch muss ich nicht zwanghaft Ja zum Leben sagen, selbst wenn meine Lage schon ganz verzweifelt ist. Praktisch bedeutet das, dass ich dafür sein werde, so früh wie möglich genetisch identifiziert und notfalls vor dem Geborenwerden bewahrt zu werden. Ist eine Therapie des Leidens möglich, dann bin ich selbstverständlich dafür, dass sie auch mir ermöglicht wird. Warum? Weil ich hinter dem Schleier des Nichtwissens doch weiß, dass jedes menschliche Leben, insofern es an den Potentialen des guten Lebens teilhaben kann, zugleich ein Wert an sich ist. Insofern will ich, dass es gelebt wird, wobei meinem Willen ein *ethischer* Sinn zukommt: Was gut an sich ist, das will ich als moralisches Subjekt um seiner selbst willen.

Was sonst sollte ich und sollten all die anderen, denen das Leben möglicherweise bevorsteht, denn aus Gründen der praktischen Vernunft wollen, immer vorausgesetzt, wir sind über die typischen Probleme des schwerst behinderten im Vergleich zum gesunden Leben informiert *und wir haben die Wahl*? Das eben ist die Voraussetzung des ethischen Standpunkts des Ungeborens im Gegensatz zum bloß biologischen Zustand der Vorgeburtlichkeit, der – wie bereits betont – *als* Standpunkt sinnvoll gar nicht eingenommen werden kann.

Natürlich werde ich hinter dem Schleier des Nichtwissens auch die Erfahrungen von Behinderten berücksichtigen, die, nachdem sie einmal das Licht der Welt erblickt haben, lernen müssen, aus ihrer Situation das Beste zu machen. Dabei werde ich auf mehrere Aspekte zu achten haben. Es gibt Gruppen von Behinderten, die glaubhaft versichern, dass ihnen ihre Verfassung nicht nur nicht als Behinderung erscheint, sondern im Gegenteil als Vorteil, der sie ein Leben führen lässt, welches dem der meisten Nichtbehinderten qualitativ überlegen sei. Man denke nur an die Kultur der Gehörlosen. Ihre prononciertesten Vertreter, wie sie sich etwa in der US-amerikanischen *Deaf Culture* finden, bestehen darauf, dass ihre eigenen Kinder gehörlos zur Welt kommen. Sie befürworten zur Erreichung dieses Ziels pränatale Diagnosen und embryonale selektive Verfahren. Mein eigener

Standpunkt hinter dem Schleier des Nichtwissens ist freilich ein grundsätzlich anderer als der von bereits Geborenen, die *keine* Wahl mehr zwischen Gehör oder Gehörlosigkeit haben. Vom ethischen Standpunkt des Ungeborens aus habe ich eine Wahl und das macht hier den entscheidenden Unterschied.

Mit Blick auf die Kultur der Gehörlosen werde ich also – und ich sage das mit der gebotenen Vorsicht – folgendermaßen urteilen: Falls meine einzige Chance, das Licht der Welt zu erblicken, darin besteht, es als Gehörloser zu tun, dann wähle ich diese Option. Ich wähle *nicht* die Option, nicht geboren zu werden, denn dadurch würden mir all die Chancen entgehen, zumindest einige Potentiale des guten Lebens, *also des um seiner selbst willen Anstrebenswerten* zu realisieren – Chancen, die ein gehörloser Mensch zweifellos hat. Falls ich jedoch die Chance habe, durch eine genetische Maßnahme als Mensch mit einem normalen Gehör zur Welt zu kommen, dann werde ich das nichtbehinderte Leben als meine beste Option ansehen, denn es vergrößert den Raum meiner Erfahrungsmöglichkeiten, meiner Kommunikationspartner und sozialen Kompetenzen, kurz gesagt: es vergrößert den Raum, in dem die Potentiale des guten Lebens genutzt werden können. Das setzt voraus, dass der Umstand, hören zu können, nicht – wie von den radikalen Vertretern der Gehörlosenkultur – als Negativpotential eingestuft wird, das die Chancen des guten Lebens schmälert, statt sie zu fördern.

Nun zu einer weiteren Überlegungssituation: Ich stelle mir vor, der Schleier des Nichtwissens hebt sich und mir wird mitgeteilt, dass ich genetisch manipuliert wurde, ohne krank zu sein. Der Grund: Meine Eltern wollten ein besonders tolles Kind, und jetzt bin ich toll – hübsch, intelligent, strebsam. Obwohl das, egozentrisch gesprochen, eine feine Sache sein mag, weiß ich doch Folgendes: *Erstens*, mein Lebensvorteil würde sich rasch verflüchtigen, da auch andere Kinder wohlhabender Eltern in den Genuss genetischer Nachbesserungen kommen werden. Wo indessen alle toll sind, dort ist keiner mehr etwas Besonderes. *Zweitens*, der Vorhang könnte sich heben und ich könnte das Kind armer Leute sein, ohne die Möglichkeit, genetisch nachgebessert zu werden. In

einer solchen Gesellschaft wäre ich dann noch schlechter gestellt als in der Heutigen, wo derlei Nachbesserungen vorerst unmöglich sind.

Schon diese beiden Punkte zusammen würden hinreichen, um mich fordern zu lassen, genetische Nachbesserungen ohne therapeutischen Wert zu verbieten. Nun aber *drittens*: Durch genetische Manipulationen ohne therapeutischen Wert würden die Lebenden aus mir ein Wesen machen, von dem sie glauben, dass es ihrem Idealbild eines Menschen am besten entspricht. Dadurch freilich würde mein Recht verletzt, als gesundes Individuum im Rahmen meiner natürlichen Anlagen aus mir selbst das Beste zu machen. Meine Autonomie wäre dadurch künstlich eingeschränkt, dass sich die Lebenden mir gegenüber als meine Schöpfer inthronisiert hätten. Vom ethischen Standpunkt des Ungeborens werde ich also mein Recht auf Kreatürlichkeit ins Spiel bringen, indem ich argumentiere: „Es gibt nur zwei Arten der Schöpfung, die meine Autonomie nicht verletzen. Zum einen – falls uns diese Annahme zulässig scheint – die Schöpfung von höchster Stelle und zum anderen die Selbstschöpfung.“ Letztere besteht darin, dass ich, als moralisches und sinn-suchendes Wesen, mich meiner natürlichen Gaben bediene, um, wie es seit alters her heißt, der zu werden, der ich bin. Jede darüber hinausgehende Schöpfung macht mich zur Kreatur anderer Geschöpfe. Denn soviel wissen wir hinter dem Schleier des Nichtwissens immerhin: Einmal geboren, würden wir alle gerne die Schönheiten des Lebens genießen, doch im Sinn des guten Lebens als eigenständige Wesen – nicht als Frankensteins Lieblinge und nicht als Klone, die von Anfang an zu Spiegelbildern einer fremden Existenz erniedrigt wurden.

3. Einwände gegen den ethischen Standpunkt des Ungeborens

Gegen das vorliegende Szenario sind besonders zwei Einwände zu erwarten, die beide gleichermaßen die Interpretationsbedürftigkeit der Kategorien des Unantastbaren akzentuieren.

Zunächst der dogmatisch-religiöse Einwand: Er besagt, dass es gegen Gottes Willen ist, genetische Eingriffe jedweder Art am Menschen vorzunehmen. Die Eigenart dieses Einwandes besteht

darin, den Interpretationskreis im Umfeld der Idee des guten Lebens zu durchbrechen, indem eine Norm platziert wird, deren Anerkennung sich sowohl jeder vernünftigen Diskussion als auch jeder Nachprüfbarkeit entzieht. Dazu kann nicht viel bemerkt werden, die Sachlage ist eindeutig. Wenn man die Ethik als ein gemeinschaftliches Unterfangen aller vernünftigen moralischen Subjekte versteht – und wie sonst sollte man sie verstehen, solange sich ihre Normen *prinzipiell an alle* richten? –, dürfen in ihr immunisierte Standpunkte keine thematische Rolle spielen. Mit anderen Worten: Der dogmatisch-religiöse Einwand darf Verbindlichkeit nur in Anspruch nehmen für jene, die sich den Glaubensprämissen, denen er entspringt, bereits unterworfen haben. Jeder Anspruch auf darüber hinausgehende Verbindlichkeit ist nur soweit zulässig, als sich die religiös motivierte Moral auch mit den Mitteln der allen Menschen zugänglichen Erfahrungen und rational gesteuerten Diskurspraktiken rechtfertigen lässt.

Nun zu einem zweiten möglichen Einwand, der aus einer ganz anderen Einstellung erwächst. In einer Gemeinschaft, in der Kreatürlichkeit als normatives Merkmal agnostisch neutralisiert wäre, könnte es sehr wohl sein, dass der Einzelne sich rational verpflichtet fühlt, nichts dabei zu finden, die Kreation und damit Kreatur anderer Menschen zu sein. Wird die Welt streng naturalistisch gedeutet, so reduziert sich letzten Endes das ganze menschliche Drama auf Mechanismen, Zufälle, Techniken. Jeder Mensch ist dann ein Produkt der Evolution und der Gene; *und mehr ist da nicht*. In einer so gedeuteten Welt würden Menschen, die darüber klagen, genetisch erzeugt worden zu sein, nicht mehr als moralisch legitimiert erscheinen, sondern als psychisch krank. Dass sie sich in ihrer Würde verletzt und in ihrer Autonomie eingeschränkt fühlen, würde als neurotisches Symptom – vielleicht als Ausdruck eines „Frankenstein-Komplexes“ – diagnostiziert werden.

Hier stoßen wir an die äußerste Grenze des bioethischen Diskurses. Einerseits ist ohne Metaphysik der Krea-

türlichkeit kein entsprechendes Recht zu haben; andererseits verändern sich mit dem Wegfall des Rechts auf Kreatürlichkeit auch unsere Konzepte von Menschenwürde und Autonomie. Sie verändern sich derart, dass sie keine prinzipiellen moralischen Hindernisse für Maßnahmen im Bereich des genetischen Konstruktivismus mehr darstellen. Vielen Naturwissenschaftlern und Medizinern scheint das im Großen und Ganzen der richtige Weg zu sein.

Wenn wir uns nicht mehr als Teil der Schöpfung begreifen können oder wollen, sondern ausschließlich als Teil einer moralindifferenten Entfaltung des Lebens in einem wertindifferenten Universum, *dann ist uns vom Wesen der Sache her alles erlaubt*. Wir müssen nur mächtig genug sein, um das, was wir wollen, auch durchzusetzen. Ein konsequenter Naturalist glaubt nicht an Menschenrechte und schon gar nicht an Rechte, die in einer unantastbaren Würde des Menschen gründen. Warum also sollten – utopisch gesprochen – die Menschen nicht über sich hinausgehen und Herrenmenschen züchten? Und warum sollten dann die Herrenmenschen nicht humanoide Kreaturen züchten, die keinen sehnlicheren Wunsch haben als den, ihren Erzeugern zu dienen? In einer Welt, die sich der Kategorien des Unantastbaren entledigt hätte, wären derlei Fragen rhetorisch. Die Antwort stünde fest: Warum nicht?

4. Das Kreatürlichkeitsargument im Lichte des ethischen Subjektivismus

Soweit *Erwin Bernat* in seinem Kommentar zu meinem Text *Kategorien des Unantastbaren* darauf hinweist, dass ihm einzig eine antiobjektivistische Ethik ohne metaphysische Prämissen akzeptabel scheint, habe ich dem wenig hinzuzufügen, was ich nicht bereits gesagt hätte. Das Wenige, das ich noch hinzuzufügen habe, ist vielleicht nicht ganz bedeutungslos.

Man kann versuchen, eine Ethik als reine Ethik der empirischen Interessen im Sinne *Bernats* aufzubauen. Das geht solange einigermaßen gut, als die moralischen Subjekte (a) durch wechselseitiges Aufeinanderangewiesensein und

(b) aufgrund keiner allzu großen Machtungleichgewichte es für vernünftig halten, die Interessen des jeweils anderen zu respektieren. Die Geschichte lehrt jedoch, dass nicht selten (a) und/oder (b) nicht zutreffen. Was gehen mich die Hungernden in Afrika an, und was soll ich mich um die Beschwerden irgendwelcher Asylanten in Österreich scheren, die man, falls sie aufmucken, gleich wieder nach dorthin abschieben sollte, woher sie gekommen sind? Meines Erachtens liegt gerade hier der Prüfstein einer jeden Ethik. Ist sie stark genug, um uns auch dann noch zu einem humanen Verhalten dem anderen gegenüber zu *verpflichten*, wenn wir unser ganzes Leben lang von ihm nichts brauchen werden oder wenn wir uns so stark fühlen, dass wir glauben, unser ganzes Leben lang auf seine Interessen keine Rücksicht nehmen zu müssen? Ich behaupte – und ich nehme an, *Bernat* wird mir zustimmen –, dass eine rein säkulare Ethik niemals stark genug sein kann, um auf die gestellten Fragen mit Ja zu antworten. Denn die Annahme, dass unsere Rücksichtslosigkeit gegenüber dem nutzlosen und schwachen Anderen uns automatisch unglücklich macht, sobald wir sie realisieren, oder aber unweigerlich generalisierte Verrohungseffekte auftreten, unter denen wir dann selbst zu leiden haben, ist empirisch verlässlich widerlegt.

Meine Behauptung lautet also, dass, wenn es wirklich zwingende Gründe geben sollte, unsere Ethik strikt antiobjektivistisch und postmetaphysisch auszurichten, dann daraus Konsequenzen resultieren würden, die uns mit etwas zurückließen, was den Namen Ethik eigentlich gar nicht verdient. Sicher, über Namen lässt sich trefflich streiten, und falls *Bernat* erwidern wollte: „Da kann man halt nichts machen“, so wäre es zwecklos, ihm mit dem Vorschlag einer metaphysischen „Abfederung“ unserer humanitären Intuitionen zu kommen. Denn eine derartige Maßnahme würde er, wie er ja in seinem Beitrag deutlich genug darlegt, aus grundsätzlichen erkenntnistheoretischen und ontologischen Überlegungen ablehnen.¹⁾

Sind wir hier also am Ende, scheiden sich hier endgültig Geister und Welten?

1) Ich stimme weder den erkenntnistheoretischen noch den ontologischen Überlegungen *Bernats* vollständig zu. Da sie indessen ein weites und komplexes Feld berühren, möchte ich sie hier einfach stehen lassen und mir nur gestatten, auf mein Buch *Gut in allen möglichen Welten*. Der ethische Horizont (Paderborn 2004) hinzuweisen.

Was das strittige Recht auf Kreatürlichkeit betrifft, denke ich, dass das nicht der Fall sein muss. Denn der Begriff der Kreatürlichkeit – ich wiederhole mich – ist zunächst ein *Gegenbegriff für eine existenzielle Misslage*, die wir zum Ausdruck bringen, indem wir sagen, wir hätten einen Horror davor, als die Kreaturen anderer Menschen existieren zu müssen. Natürlich stellt sich hier die Frage: Was heißt das, die Kreatur anderer zu sein? Und die Antwort darauf wird sich zunächst um *paradigmatische Fälle* gruppieren. Mit Metaphysik oder Schöpfungstheologie hat das vorerst noch gar nichts zu tun, sondern mit tiefliegenden Intuitionen, die der Klärung bedürfen. Zwillinge sind Zwillinge, und das ist eine ganz andere, nämlich natürliche Situation, verglichen mit jener, in der ein Vater sich einen Sohnklon herstellen lässt. Wir haben den unabwiesbaren Eindruck, dass es ein schwerer Anschlag auf die Autonomie eines menschlichen Individuums ist, seine Möglichkeit zur Selbstverwirklichung mit voller Absicht dadurch zu beschränken, dass man ihm aufbürdet, als Vaterklon durch die Welt zu gehen. Es ist das Absichtsvolle bei der Herstellung dieses Individuums, das es zur Kreatur erniedrigt. *Insofern* unser Eindruck – wenn man will: unsere Intuition – in diesem Fall massiv und eindeutig ist, entsetzt uns dann die Vorstellung besonders, man könnte durch genetische Manipulationen Wesen erzeugen, die dem Umstand, dass sie Kreaturen anderer Menschen sind, gleichgültig oder sogar positiv gegenüberstehen. Wir beginnen uns angesichts der Möglichkeit solcher Wesen zu fragen, ob es sich dabei noch in einem genuinen Sinne um moralische Subjekte handelt.

Angenommen, *Erwin Bernat* würde bis hierher mitgehen. Schließlich ist eine Moral ganz ohne Intuitionen, dh ohne Gewissheiten wertender Art, nicht denkbar, auch wenn sofort eingeräumt werden muss, dass alle Gewissheiten „prima facie“ sind, sich also im Prozess der kritischen Diskussion als fragwürdig herausstellen und hinfällig werden können. Dann blieben doch zwei Probleme von beträchtlicher Tragweite:

(a) Selbst wenn man sich auf paradigmatische Fälle zu einigen imstande ist, wäre damit noch keine Entscheidung über all jene Fälle getroffen, die nicht zu den paradigmatischen gehören

und doch in der einen oder anderen Weise „relevant“ sind. Gesetzt den Fall, es ließe sich die Intelligenz genetisch manipulieren, sodass es fortan möglich wäre, statt durchschnittlich dummer Menschen überdurchschnittlich kluge herzustellen. Die Frage nach einer richtigen Lösung der Intelligenzproblematik scheint, macht man es sich nicht leicht, keineswegs einfach zu sein. Denn wie wir wissen, geht Dummheit schrittweise in Deblilität über, und Deblilität ist fraglos ein Autonomiehemmnis. Bloß, *dieses* Problem, nämlich das Problem der erwünschten Abstufung moralisch relevanter, weil verteilter Fähigkeiten, die mit Wohllebenschancen eng korreliert sind, hat jede Ethik, *die subjektivistische Ethik Bernats eingeschlossen*.

(b) Das zweite Problem: Wie lässt sich die Kreatürlichkeitsintuition rechtfertigen? Es gibt eine Antwort, die lautet: Gar nicht, die Intuition ist unausrottbar da. Diese Antwort – das gestehe ich freimütig zu – ist unbefriedigend, denn sie gibt der Intuition, die doch eine komplexe Bedeutung mit sich führt, etwas irritierend Naturwüchsiges und entwertet sie dadurch in ihrem ethischen Anspruch. Aus bloßem naturwüchsigem Sein, selbst wenn es sich dabei um eine psychische Gegebenheit, eine „Evidenz“ handelt, folgt – so könnte man argumentieren – eben kein Sollen. Auch wenn aufgrund einer physiologisch determinierten Geschmacksreaktion alle Menschen Lebertran scheußlich finden, ist das zunächst nur eine Tatsache; die Frage, ob man Lebertran trotzdem schlucken soll oder nicht, wird durch das Evidenzurteil „Lebertran schmeckt schlecht“ nicht entschieden. Die befriedigendere Antwort zur Rechtfertigung unserer Kreatürlichkeitsintuition ist deshalb metaphysisch nicht gänzlich unschuldig. Sie lautet: Gleichgültig, ob wir an eine Schöpfung glauben oder nicht, wir verhalten uns intuitiv so, als ob unser natürliches Wesen nicht das Ergebnis blinder Naturprozesse wäre, dh so, als ob ihm bereits ein gewisser Wert zukäme, der gewisse Rechte und Verpflichtungen fundiert. Auf dieses „Kreatürlichkeits-Apriori“ sind drei Reaktionen möglich.

Erstens, wir versuchen Gründe dafür zu finden, dass es im Wesen der Welt etwas gibt, was unsere Kreatürlichkeitsintuition unterstützt. Es wäre absurd zu

leugnen, dass dieser Versuch ohne die Mittel einer natürlichen Theologie überhaupt als sinnvoll begriffen werden könnte. Denn es geht ja darum, dem metaphysischen Begriff der „Schöpfung“ einen nachvollziehbaren Gehalt zu verleihen.

Zweitens, wir versuchen darzulegen, dass unsere Kreatürlichkeitsintuition einer tiefverwurzelten Illusion entspringt. Wir können die Illusion vielleicht nicht abstreifen, deshalb wird sie noch nicht wahr – sowenig, wie wir das Gefühl abstreifen können, dass wir frei handeln, obwohl wir (wie die Neurologen behaupten) in allem, was wir tun, vom Gehirn abhängig sind.

Drittens, wir bestreiten die Universalität der Kreatürlichkeitsintuition, indem wir uns selbst oder andere als Beispiele für Menschen vorführen, die keine derartige Intuition haben. Auf ähnliche Weise mag man Menschen zitieren, die nichts dabei finden, Lebertran zu löffeln.

Was die dritte Reaktion betrifft, so ist ihre Beweiskraft höchst fragwürdig. Denn dass jemand Lebertran mag, ist eher Zeichen einer physiologischen Abnormität als ein Beweis dafür, dass diejenigen, die Lebertran scheußlich finden, kein für Menschen allgemein gültiges Urteil zum Ausdruck bringen. Das allgemein Gültige trifft, da es natürlich an menschliche Standardbedingungen der körperlichen und geistigen Gesundheit geknüpft ist, auf Ausnahmen. Es gibt Farbenblinde, Menschen ohne Gewissensbisse und solche, die sich aus einer ideologischen Voreingenommenheit darin versteifen, keine Kreatürlichkeitsintuition zu haben. Damit wird nicht gesagt, es gäbe keine Menschen, denen diese Intuition tatsächlich fehlt; es gibt ja auch Leute, die Lebertran mögen. Gesagt wird bloß, dass das Fehlen der Intuition in dem einen oder anderen Fall *an sich* noch gar nichts beweist.

Die zweite Reaktion, welche von der Universalität der Kreatürlichkeitsintuition ausgeht, sie aber als Illusion einstuft, hängt in ihrer Rationalität davon ab, ob wir – im Sinne der ersten Reaktion – mit den Mitteln der natürlichen Theologie einen geeigneten Schöpfungsbegriff plausibel machen können. Aber selbst wenn uns Letzteres nicht gelingen sollte (wovon der Moralphilosoph heute besser ausgeht), bleibt es der Fall, dass das, was wir als Recht oder

Unrecht empfinden, von eben jener Intuition abhängt. Auf analoge Weise hängt unser gesamtes moralisches Leben davon ab, dass wir die Intuition des freien Willens haben, und die Beteuerungen des Gehirnneurologen, wir seien in unserem Handeln von A bis Z determiniert, wird kein normaler Mensch als guten Grund dafür werten, dass wir aufhören sollten, unseren moralischen Evidenzen hinsichtlich Gut und Schlecht, Schuld und Unschuld, Verantwortlichkeit und Zwang Beachtung zu schenken.

Die einzig vernünftige Reaktion auf die Herausforderung der Gehirnforschung besteht meines Erachtens darin, eine *Vereinbarkeitstheorie* zu entwickeln: Der neurologische Begriff der „Freiheitsillusion“ muss eine Ausdeutung erhalten, die es gestattet, sich als moralisches Subjekt vernünftig auf die Annahme zu stützen, dass ein Mensch unter bestimmten Bedingungen „auch hätte anders handeln können“. Denn nur wenn er das gekonnt hätte, darf man ihn für das, was er getan hat, verantwortlich machen. Eine ähnliche Strategie scheint mir nun aber im Fall der Kreatürlichkeitsintuition ebenfalls die vorzugswürdige – vorzugswürdiger jedenfalls als jene, die uns einreden will, wir dürften beispielsweise nichts dabei finden, wenn Menschenklone erzeugt werden, weil unsere Kreatürlichkeitsintuition eine „bloße Illusion“ sei.

5. Ist es ein Widerspruch, nichtexistenten Personen Rechte einzuräumen?

Bernat fragt: „Steht es im Einklang mit den Gesetzen der Logik, zukünftige Personen, Wesen also, die es noch gar gibt, im Schleier des Nichtwissens über ihre genetische Konstitution entscheiden zu lassen?“ Und er antwortet: Nein.

In stimme *Bernat* zu. Denn damit N. N. eine Entscheidung treffen kann, muss N. N. zumindest existieren. Das ist trivial. Der Punkt jedoch, um den es hier geht, lässt sich nicht auf eine derartige Trivialität reduzieren. Alles, was hinter dem Schleier des Nichtwissens, der eine gedankliche Fiktion ist, passiert, kann übersetzt werden in die Sprache des kontrafaktischen Rasonierens. Wenn ich mich hinter dem Schleier des Nichtwissens frage, ob ich als Klon meines Vaters zur Welt kommen möchte, so tue ich so, als ob es mich noch

nicht gäbe. Komme ich dann zu dem Ergebnis, dass ich ein Recht habe, vor einer Klonexistenz bewahrt zu werden, heißt das laut *Bernat*: Es wird einem noch gar nicht existierenden Wesen zu entscheiden gestattet, ob es ein Recht hat oder nicht. Und das, sagt *Bernat*, ist absurd.

Dieselbe Situation im Kontext des kontrafaktischen Rasonierens mutet indessen weitaus weniger absurd, ja eigentlich alltäglich an. Ich kann mich fragen, ob ich denn wollen könnte, als Klon meines Vaters zu existieren? Schon bei dem Gedanken werde ich bleich: Nein, sage ich, und abermals nein! Nun neigt *Bernat* dazu, eine solche Antwort folgendermaßen zu parieren: Würdest du als der Klon deines Vaters existieren, dann würdest du gar nicht existieren, sondern es würde statt deiner ein anderes Wesen existieren, nämlich der Klon deines Vaters. Also, folgert *Bernat*, ist deine so genannte kontrafaktische Überlegung ebenfalls logisch defekt. Du bist bloß vom Regen in die Traufe gekommen.

Aber da stimmt etwas nicht. Angenommen, ich dachte bis heute, ich sei auf dem normalen Wege gezeugt worden; nun wird mir plötzlich die Nachricht hinterbracht, dass ich in Wahrheit der Klon meines Vaters bin. Deshalb höre ich nicht auf, der zu sein, der ich bin. Und so funktioniert das kontrafaktische Rasonieren: Ich halte an meiner Identität fest und nehme an, dass ich als der, der ich bin, der Klon meines Vaters bin. Daran ist logisch nichts auszusetzen, denn die Situation, die *Bernat* im Auge hat, ist eine differente: Angenommen, meine Eltern hätten nicht mich gezeugt, sondern aus dem Erbgut des Mannes, der tatsächlich mein Vater ist, ein *anderes* Kind geklont... Kontrafaktisches Rasonieren ist sinnvoll nur unter der Voraussetzung, dass man weiß, *was jeweils festgehalten wird*. In unserem Beispiel wird meine Identität festgehalten, und es wird die Möglichkeit erwogen, dass ich einen anderen Vater hätte, dessen Klon ich bin. Und gefragt wird nicht, ob ich einen anderen Vater haben möchte (obwohl auch das gefragt werden könnte), sondern gefragt wird, ob ich der Klon von welchem Mann auch immer sein möchte.

Was ist nun die Funktion des Schleiers des Nichtwissens in unserer extremen Fragestellung? Einfach gesagt: Es

soll durch den Schleier verdeutlicht werden, dass die Frage „Möchte ich der Klon meines Vaters/meiner Mutter sein?“ in einer allgemeinen Einstellung gefragt wird, die eine allgemeine Antwort erheischt: „*Wer immer ich sein werde, sobald sich der Schleier hebt, ich möchte nicht der Klon meines Vaters/meiner Mutter sein.*“ Diese Frage lässt sich im Raum des kontrafaktischen Rasonierens nachbilden, indem man überlegt: „Angenommen, irgendein Mensch müsste erfahren, dass er der Klon seines Vaters/seiner Mutter ist...“ Es ist nichts Absurdes an der Überlegung, dass, *hätte man die Wahl gehabt*, man lieber nicht zur Welt gekommen wäre, statt als Klon zur Welt zu kommen. Der Schleier des Nichtwissens will bloß diesen einen Punkt akzentuieren, indem gedankenexperimentell unterstellt wird, man hätte diese Wahl. Tatsächlich hat man diese Wahl niemals. Das mag beim kontrafaktischen Rasonieren, wo man ja (im Gegensatz zur Position hinter dem Schleier des Nichtwissens) bereits als Individuum existiert, zu dem Fehlschluss verleiten, dass die Frage, was ich gewollt hätte, wenn ich vorgeburtlich eine Wahl gehabt hätte, irgendwie logisch defekt oder unsinnig sein muss.

Sie ist es aber nicht. Es gibt tragische Situationen, in denen ein Mensch denkt, es wäre besser gewesen, seine Mutter hätte ihn nie empfangen, geschweige denn geboren. Denn jetzt muss er mit einem prognostizierten Erb leiden existieren, das ihn, würde sein Überlebenstrieb ihn nicht wie eine eiserne Kette zwanghaft im Leben halten, auf der Stelle veranlassen würde, sich zu töten. Dieser Unglückliche sagt sich: „Hätte ich die Wahl gehabt, ich hätte mich entschieden, nicht zur Welt zu kommen.“ Logisch defekt oder unsinnig wäre diese Behauptung nur, wenn der Unglückliche annehmen würde, er hätte die Wahl tatsächlich haben *können* – denn, wie *Bernat* richtig sagt, Wesen, die es noch gar nicht gibt, können keine Wahl haben.

Betrachten wir vor dem Hintergrund des eben Gesagten jenes Beispiel, mit dem *Bernat* seine Kritik meines Standpunkts abschließt. Aufgrund einer genetischen Manipulation, die meine Eltern an meinem Erbgut haben vornehmen lassen (Manipulationsdesign: perfektes Gehör, IQ um 140, Größe

über 1,85, braune Augen, schwarzes Haar), bin ich ein berühmter Pianist geworden. Akkurat am Höhepunkt meiner Karriere beginne ich darunter zu leiden, dass ich genetisch manipuliert wurde. Ich sehne mich nach meiner natürlichen Identität, so, wie ich geworden wäre, hätte man mich auf die normale Weise zur Welt kommen lassen. Ich werde dauerhaft psychisch krank. Haben mir meine Eltern und die Ärzte *geschadet*? In Übereinstimmung mit Stimmen in der Literatur sagt *Bernat* nein, obwohl er natürlich nicht bestreitet, dass die genetische Manipulation an den Keimzellen meiner Eltern mein Leiden *verursacht* hat. Denn, so das Argument, Schaden wäre mir nur unter der Voraussetzung zugefügt worden, dass es mich als den, der ich bin, auch ohne genetische Manipulation gegeben hätte. Das ist laut *Bernat* jedoch nicht der Fall, weil es mich als den, der ich bin, nur aufgrund der genetischen Manipulation gibt. Wären die Keimzellen meiner Eltern nicht genetisch „nachgebessert“ worden, gäbe es nicht mich, sondern höchstens ein anderes Individuum.

Ich halte dieses Argument für unzutreffend. Man sieht das in einem ersten Schritt, wenn man die genetische „Nachbesserung“ auf die Farbe der

Haare beschränkt. Im Allgemeinen ist die Haarfarbe für die Identität einer Person nebensächlich. Wäre es möglich, mich im Schlaf einer genetischen Manipulation zu unterziehen, deren Wirkung darin bestünde, dass sich die Farbe meiner Haare zu ändern begäbe, so würde ich deswegen doch nicht das Gefühl haben, eine *andere Person* zu werden, also bald nicht mehr Peter Strasser zu sein – und meine Umwelt würde zu keinem anderen Ergebnis gelangen. Man würde vielmehr sagen: „Schau, schau, Peter Strassers Haare verfärbten sich.“ In einem zweiten Schritt kann man dann fragen, wie viele genetische Änderungen dazu führen, dass sich die Identität einer Person tatsächlich ändert, und wie tiefreichend die Änderungen sein müssen. Aber ist diese Frage nicht sinnlos, da es zur Zeit der genetischen Manipulationen überhaupt noch keine Person gibt, deren Identität sich ändern könnte? Nein. Denn vom biographischen Standpunkt aus hat sie einen sehr guten Sinn, obwohl sie möglicherweise nicht in jedem Fall entscheidbar ist: In jedem Fall nämlich kann sich die Person, *die auf ihr Leben zurückblickt*, fragen, ob ihr nicht dadurch ein Schaden entstand, dass das elterliche Erbgut, aus dem sie hervorging,

genetisch manipuliert wurde. Es gibt überhaupt keinen Grund, den Identitätsstammbaum erst mit der „Nachbesserung“ der elterlichen Keimzellen *beginnen* zu lassen. Denn der allergrößte Teil dessen, was ich bin, verdankt sich ja jenen Teilen des Erbguts, die *nicht* manipuliert wurden. Es ist wahr, ich, der Konzertpianist, wurde verändert, aber zugleich ist ebenfalls wahr, dass *ich* es bin, der verändert wurde.

Mir, dem Pianisten, wurde also geschadet, wenn auch nicht mit Absicht, soviel steht fest. Ob daraus irgendwelche rechtlichen Konsequenzen zu ziehen sind, ist eine Frage, die wohl von den näheren Umständen abhängt. *Wenn* ich ein Recht auf Kreativität habe, *dann* wurde es im vorliegenden Fall verletzt. Und warum sollten dann die, die sich einer solchen Untat schuldig machten – von mangelnder Risikoabschätzung oder Schlamperei bei der genetischen „Nachbesserung“ einmal abgesehen –, dafür nicht auch rechtlich die Verantwortung tragen müssen?

Univ.-Prof. Dr. Peter Strasser lehrt am Institut für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik der Karl-Franzens-Universität Graz; peter.strasser@uni-graz.at.

Bernat Bioethische Entscheidungskonflikte im Spiegel der Judikatur

50 Fälle mit Anmerkungen und Fragen

Das case book „Bioethische Entscheidungskonflikte im Spiegel der Judikatur“ thematisiert die wichtigsten Fragen des Medizinrechts der Gegenwart anhand von 50 Gerichtsentscheidungen, die nicht nur aus Deutschland, Österreich und der Schweiz, sondern auch aus Ländern mit common law Rechts tradition stammen. Diese Entscheidungen werden wortgetreu wiedergegeben. So erspart dieses case book die oft vergebliche Suche in (mitunter überlasteten) juristischen Bibliotheken, aber auch hohe Kopierkosten. Die „Anmerkungen und Fragen“, die jedes der 15 Kapitel abschließen, sollen den Studierenden vor allem in die Lage versetzen, verschiedene normative Standpunkte gegeneinander abzuwägen, sich eine eigene Meinung zu bilden und diese Meinung argumentativ zu verteidigen.

ao. Univ.-Prof. Dr. Erwin Bernat lehrt an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz neben österreichischem und vergleichendem Medizinrecht Zivilrecht und Rechtsphilosophie.

**3-7046-3932-X, 542 Seiten, br.
€ 29,80**



Episode III: Angriff der Klongegner

Stefan Barriga

In der dritten Runde der UNO-Verhandlungen über eine internationale Konvention gegen das menschliche Klonen gingen die Gegner des Forschungsklonens in die Offensive. Die diplomatische Schlacht blieb ohne Sieger; Fortsetzung folgt. Ein völkerrechtlich verbindlicher Kopierschutz für Menschen muss somit weiter warten.

In den Beratungen des Rechtsausschusses der UNO-Generalversammlung geht es üblicherweise eher gemächlich zu. Über Jahre, manchmal Jahrzehnte hinweg wird an Rechtstexten gefeilt und gefeilscht, bis alle Seiten zufrieden sind, oder, wie man Konsens gerne definiert, bis alle Seiten gleichermaßen unzufrieden sind. Doch seit das Thema Klonen auf der Agenda steht, reißt manchen Rechtsexperten recht rasch der Geduldsfaden.

Wie man keine Konvention verhandelt

Von Oktober bis Dezember 2003 befasste sich der Ausschuss zum dritten Mal nach 2001 und 2002 mit der Frage einer UNO-Konvention über das Klonen von Menschen.¹⁾ Doch von Konsens keine Spur, von Kompromissbereitschaft nicht viel mehr. An dessen Stelle traten ideologisch aufgeladene Rhetorik und – von Seiten der Proponenten eines umfassenden Klonverbots, nominell mit Costa Rica an der Spitze und mit den starken Schultern der USA ausgestattet – die Ankündigung, über ein solches abstimmen zu lassen.²⁾ Doch was in Tausenden anderen Vertretungskörpern auf nationaler und inter-

nationaler Ebene ein alltäglicher Vorgang ist – die Mehrheit stimmt die Minderheit nieder – gilt im Rechtsausschuss fast schon als Brutalität, deren Ankündigung einer gefährlichen Drohung gleichkommt.³⁾ Es folgte ein diplomatisches Gezeter um Prozeduren und Allianzen, an dessen Ende dann tatsächlich eine Abstimmung stand: jedoch nicht zur inhaltlichen Frage des absoluten Klonverbots, sondern zur Frage der Verschiebung der Debatte, um eine Abstimmung über inhaltliche Fragen zu vermeiden. Der von der Konferenz der islamischen Staaten eingebrachte Antrag brachte einen wahren Abstimmungskrimi: 80 Staaten stimmten für eine Verschiebung um zwei Jahre, 79 dagegen, und 15 enthielten sich.⁴⁾ Die knapp Unterlegenen ließen jedoch nicht locker. Die Empfehlung des Rechtsausschusses, die Debatte zu verschieben, musste nämlich noch vom Plenum der Generalversammlung bestätigt werden – üblicherweise eine reine Formsache, um die Verhandlungen nicht zu duplizieren. Doch erneut setzten sich Costa Rica und Co über die Gepflogenheiten hinweg: Man drohte wieder mit einer Abstimmung über das Klonverbot⁵⁾ und rang den anderen Delegationen die Konzession ab, die Debatte wenigstens nur um ein Jahr zu verschieben – diese mussten nämlich befürchten, dass sich der knappe Sieg aus dem Ausschuss im Plenum nicht wiederholen lassen wird.

Wasser predigen, Wein trinken. Und umgekehrt.

Das polarisierte Abstimmungsergebnis lässt sich jedoch nur bedingt als Indika-

tor werten, welche Länder ein internationales Klonverbot befürworten und welche nicht,⁶⁾ und noch weniger darüber, welche Länder selbst auf nationaler Ebene alle Formen des Klonens verbieten. Sind die dahinterliegenden Fragen und Interessen bereits in den nationalen Diskussionen vielschichtig genug, stiftet ihr Austragen auf internationaler Ebene zusätzliche Verwirrung. Wie kommt es etwa, dass Deutschland und Frankreich – jene Länder, die das Thema vor drei Jahren an die UNO herangetragen haben und die inzwischen innerstaatlich alle Formen des Klonens verbieten – nun für die Verschiebung der Debatte stimmten? Und wie ist es möglich, dass die USA eine UNO-Konvention gegen das Klonen offenbar lieber gestern als heute beschlossen sehen möchten, obwohl sie eine solche auch morgen kaum ratifizieren könnten – sind die Staaten doch alles andere als eine flächendeckende *no clone zone*?

Die Widersprüche lassen sich auflösen, wenn man die zwei wichtigsten Bruchlinien der Diskussion erkennt. Die erste verläuft entlang der Frage, wie die einzelnen Staaten zum Forschungs- bzw. therapeutischen Klonen stehen. Die zweite Bruchlinie besteht in erster Linie unter denjenigen Staaten, die ein absolutes Verbot aller Formen des Klonens befürworten, und lautet: Wie lässt sich das erreichen?

Bruchlinie 1: Pro und contra Forschungsklonen

Während sich die Staaten der Welt in der Ablehnung des reproduktiven Klonens⁷⁾ einig sind, lassen sich in Fragen des Forschungsklonens – bei welchem durch Zellkerntransfer hergestellte Embryonalzellen in den ersten Entwicklungstagen lediglich als Bedienungsladen für Stammzellen verwendet und anschließend vernichtet werden – grob drei Lager erkennen: Die Gegner, die Befürworter, und die Unentschlossenen dazwischen.

1) Dokumente und eine Zusammenfassung des Verlaufs der Arbeiten durch das UNO-Sekretariat finden sich unter <http://www.un.org/law/cod/sixth/58/sixth58.htm>

2) Siehe den Resolutionsentwurf A/C.6/58/L.2. Formal sieht der Entwurf selbst noch kein rechtsverbindliches Klon-Verbot vor, sondern ein

Mandat für eine Arbeitsgruppe, die eine Konvention gegen alle Formen des Klonens ausarbeiten soll. Daneben soll bis zum Inkrafttreten der Konvention ein Moratorium gelten.

3) Das Konsensbewusstsein im Rechtsausschuss kommt allerdings auch nicht von ungefähr, sondern dient ua dem Ziel, hier vorbereiteten

Übereinkommen von vornherein Universalität zu ermöglichen.

4) Das Abstimmungsergebnis siehe im Detail <http://www.un.org/law/cod/sixth/58/sixth58.htm>; Österreich stimmte dagegen.

5) Vgl den erneut eingebrachten Resolutionsentwurf A/58/L.37.

6) Bei den mit Ja stimmenden Staa-

ten kann davon ausgegangen werden, dass sie ein umfassendes Klonverbot befürworten; der Umkehrschluss ist bei Nein-Stimmen und Enthaltungen jedoch nicht zulässig.

7) Auch Baby-Klonen genannt, weil es darauf abzielt, die Kopie eines Menschen herzustellen und heranwachsen zu lassen.

Das erste Lager ist das größte: Der von Costa Rica eingebrachte Resolutionsentwurf, der auf ein Verbot aller Formen des Klonens abzielt, wurde von 65 weiteren Staaten unterzeichnet,⁸⁾ und in einer Abstimmung über den Text hätte dieser – so die Schätzung der Proponenten – an die hundert Ja-Stimmen bekommen. Auch von vielen Staaten, denen die aggressive Verhandlungsstrategie der Klon-Gegner unsympathisch war, die ein konsensuales Vorgehen bevorzugt hätten, doch die dem eigenen Publikum zuhause nur schwer hätten erklären können, wieso sie an der UNO nicht für ein umfassendes Klon-Verbot stimmen. Diese Staaten betrachten das Forschungsklonen ebenso wie das reproduktive Klonen als „unethisch, moralisch abstoßend und unvereinbar mit dem der menschlichen Person gebührenden Respekt“.⁹⁾ Ergänzend wird die Gefahr des Missbrauches des Forschungsklonens für reproduktive Zwecke vorgebracht, ebenso wie die drohende Ausbeutung von Frauen als Lieferantinnen für Eizellen, welche nach dem heutigen Stand der Technik in großer Zahl gebraucht würden. Diese Staaten, sekundiert von einem kontrastreichen Spektrum an NGOs (das dermaßen weit nach links und rechts ausschert, dass es nicht in eine Koalition gebündelt werden konnte), fordern ein sofortiges weltweites Moratorium und die Einrichtung einer Arbeitsgruppe zur Ausarbeitung einer umfassenden Konvention.

Die Befürworter des therapeutischen Klonens bilden eine wesentlich kleinere Gruppe, in der Großbritannien die Themenführerschaft übernommen hat. Die Briten und Länder wie Japan, China, Indien, Südkorea, Indonesien, Singapur und Schweden argumentieren, dass ein Verbot des Forschungsklonens Behandlungsmöglichkeiten für zahlreiche Krankheiten zunichte machen würde, oder dass es zumindest zu früh sei, die

Möglichkeit solcher medizinischer Erfolge auszuschließen. Forschungsklonen an noch undifferenzierten Embryonalzellen selbst wird nicht als unmoralisch gesehen; unmoralisch sei vielmehr dessen Verbot, das der medizinischen Forschung einen Riegel vorschiebe und damit unterlassener Hilfeleistung gleichkomme. Diese Länder könnten zwar ein Verbot des reproduktiven Klonens unterstützen, würden jedoch einem umfassenden Klon-Verbot die Unterschrift verweigern. Das äußerste wäre eine Konvention, nach der Forschungsklonen zumindest unter strenger staatlicher Aufsicht gestellt werden muss, insbesondere um Missbrauch zu verhindern.¹⁰⁾

Eine dritte Gruppe bilden jene Staaten, die sich zur Frage des therapeutischen Klonens noch keine Meinung gebildet haben und aus diesem Grund einem Verbot skeptisch gegenüberstehen, die in den Verhandlungen aber auch weniger sichtbar sind: die Niederlande gehören in diese Gruppe, Neuseeland, Australien und andere Länder, die mitunter bereits innerstaatliche Gesetze verabschiedet haben, diese aber neuerlich prüfen wollen.

Die Meinungsunterschiede zwischen diesen drei auch untereinander heterogenen Gruppen haben sich durch die Diskussionen an der UNO und die Demarchen in den Hauptstädten nicht ausgleichen lassen. Sich auf eine Position zu den schwierigen moralischen, ethischen und rechtlichen Fragen rund um das Klonen zu einigen, ist in einem nationalen Kontext ohnehin schwer genug – und wird durch die Verlagerung auf die internationale Ebene nicht leichter.¹¹⁾ Kern der Auseinandersetzung ist die heikle Frage, zu welchem Zeitpunkt schützenswertes menschliches Leben entsteht, und ob es selbst unter der Annahme eines frühest denkbaren Zeitpunktes gerechtfertigt ist, dieses Leben für ein anderes schützenswertes Gut zu

opfern: für die Aussicht (die Hoffnung, Vermutung, Überzeugung, ...) ein anderes Leben retten zu können, oder mehrere, oder gar von Millionen Menschenleben – wobei die Variablen hier von dem medizinischen Potential abhängen, das man dem Forschungsklonen zugestehen will, und von den ebenso umstrittenen Erfolgsaussichten alternativer Methoden. Damit bewegt sich die Klon-Debatte auf noch unwegsamem Terrain als beispielsweise die Diskussion über die Zulässigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen – nur dass zu letzterer kein ernsthafter Vorstoß für eine internationale Konvention vorgenommen wurde.

Bruchlinie 2: Pro und contra Konsens

Die zweite Bruchlinie verläuft entlang der Frage, wie ein rechtlich verbindliches internationales Verbot aller Formen des Klonens erreicht werden kann. Da es an einschlägigen Rechtsvorschriften auf internationaler Ebene weitgehend mangelt, ist es den Staaten derzeit selbst überlassen, das Klonen zu verbieten, zu reglementieren, zu fördern, oder einfach abzuwarten. Die Entscheidung darüber ist in vielen Ländern erst nach mühsamem inneren Ringen gefallen, in einigen Ländern ist sie nur eine vorläufige, und in manchen ist sie überhaupt noch ausständig. Welchen Wert hätte daher eine Konvention, die gegen den offenen Widerstand jener Staaten ausgearbeitet wird, die das Forschungsklonen (noch) nicht verbieten wollen und die Konvention daher auch nicht unterzeichnen werden? Weit weniger als das im Zuge dieser Auseinandersetzung zerschlagene Porzellan, meinen jene Länder, die sich wie eingangs beschrieben für ein konsensuales Vorgehen einsetzen (und daher für die Verschiebung der Debatte stimmen), selbst wenn dies bedeuten würde, dass ein weltweites Klonverbot nur in zwei Schritten kommt – zuerst zum repro-

8) Österreich befindet sich nicht darunter.

9) Vgl Abs 7 der Präambel des Resolutionsentwurfes A/C.6/58/L.2.

10) Vgl den Resolutionsentwurf A/C.6/58/L.8, der jedoch nicht nur Befürworter des therapeutischen Klonens vereint, sondern auch Gegner des therapeutischen Klonens, die ein zweistufiges Vorgehen bevorzugen,

dazu weiter unten.

11) Selbst auf rechtlich nicht verbindlicher oder nur regionaler Ebene gelang in dieser Hinsicht bis jetzt noch kein großer Wurf: Die UNESCO-Deklaration über das menschliche Genom und Menschenrechte erwähnt nur das reproduktive Klonen explizit als unvereinbar mit der menschlichen Würde (Art 11, Erklärung vom 11. November

1997). Die Bioethik-Konvention des Europarates aus 1997 verbietet in Art 18 „die Erzeugung menschlicher Embryonen zu Forschungszwecken“; sie lässt jedoch Vorbehalte zu allen Bestimmungen zu und wurde bislang nur von 17 Staaten ratifiziert (Oviedo-Konvention über Biomedizin und Menschenrechte vom 4. April 1997, ETS Nr 164). Das Zusatzprotokoll zur Bio-

ethik-Konvention aus 1998 verbietet ergänzend das reproduktive Klonen; es hält bei 14 Ratifikationen (Zusatzprotokoll vom 12. Jänner 1998, ETS Nr 168). Die – derzeit rechtlich unverbindliche – Charta der Grundrechte der Europäischen Union erwähnt in Art 3 ebenfalls nur ein Verbot des reproduktiven Klonens.

duktiven, dann in mittlerer oder ferner Zukunft zum Forschungsklonen.

Einen solchen zweistufigen Ansatz hatten Deutschland und Frankreich im Sinn, als sie im Herbst 2001 die Initiative in der UNO einbrachten: Es sollte zunächst schleunigst ein weltweites Verbot des reproduktiven Klonens von Menschen beschlossen werden. Über die Verwerflichkeit des „Babyklonens“ bestand schließlich Einigkeit in der Staatengemeinschaft, und die Ankündigungen diverser Wissenschaftler und Gruppierungen verlangten nach einer raschen, gemeinsamen Antwort. Über die weit umstrittenere Frage des therapeutischen Klonens sollte danach in einem zweiten Schritt debattiert werden.

Die Initiative wurde zum Bumerang. Eine stetig wachsende Staatengruppe mit christlich geprägtem Kern trug mit steigendem Nachdruck die Maximalforderung vor nach einer einzigen, umfassenden Konvention, welche alle Formen des Klonens unabhängig von ihrem Zweck verbietet. Die Unterscheidung zwischen reproduktivem und therapeutischem Klonen ist nach dieser Ansicht nicht relevant: Beide „Formen“ basieren auf demselben Vorgang, dem Herstellen eines Zellverbandes, dessen DNA dem Erbgut des Spenders (fast) ident ist und sich in der geeigneten Umgebung zu einem Baby entwickeln könnte – was im Fall des reproduktiven Klonens bezweckt und im Fall des therapeutischen nach wenigen Tagen durch Entnahme von Stammzellen verhindert wird. Nur ein gänzlich Verbot wäre demnach akzeptabel, ein bloß teilweises hingegen sogar schädlich, da es die abgelehnte Unterscheidung zwischen reproduktivem und therapeutischem Klonen in ein internationales Übereinkommen meißeln würde. Und da die Sache eilt – gingen doch schon Meldungen über angebliche erste Klon-Babys um die Welt –, kann man sich auch nicht mit zeitraubender Konsenssuche auf-

halten: Die heute zögerlichen oder ablehnenden Staaten sollten die Mehrheit nicht bremsen und könnten ja später noch auf den Zug aufspringen. Eine derart konsensfeindliche Haltung ist jedoch im Rechtsausschuss besonders unpopulär¹²⁾ und wird selbst von vielen Klon-Gegnern nicht unterstützt. Das vorläufige Resultat, siehe oben: ein befristeter Waffenstillstand bis Oktober 2004.

Die Konvention rückt näher, das Verbot bleibt fern

In den Auseinandersetzungen um diese zwei großen Fragen kommt einer dritten, ebenso wichtigen Frage vergleichsweise wenig Beachtung zu: Selbst wenn man ein Verbot aller Formen des Klonens befürwortet – ist ein völkerrechtlich verbindliches Übereinkommen dafür überhaupt die geeignetste Form? Welchen Mehrwert bringt eine Konvention? Schließlich geht es beim Verbot des Klonens um eine Angelegenheit, die nicht von vornherein als grenzüberschreitendes Problem ins Auge sticht oder besondere Zusammenarbeit zwischen den Staaten erfordert.¹³⁾ Anders als beispielsweise das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, das ebenfalls keinen Konsens genoss, würde eine Klon-Konvention keine internationale Institution schaffen, die die Kräfte der beteiligten Staaten bündelt, sondern wäre in erster Linie Ausdruck der wechselseitigen Versicherung der Klon-Gegner, das Klonen im eigenen Land zu kriminalisieren. Der rechtlich-praktische Mehrwert einer solchen Konvention wäre daher eher begrenzt und ihr Glanz geschwächt durch prominente Abwesende. Alternative Modelle werden jedoch kaum diskutiert: Etwa die Annahme einer rein politischen Deklaration (die von den Befürwortern des therapeutischen Klonens weniger vehement bekämpft und vor allem der Bewusstseinsbildung dienen würde), oder von

der UNO ausgearbeitete Modellgesetze, die verbotswilligen Staaten bei der Umsetzung der schwierigen Materie helfen könnten.

Ungeachtet solcher Einwände fährt der Zug klar in Richtung Konvention. Dahinter stecken menschenrechtliche Reflexionen einerseits – die Thematik des Klonens berührt die Menschenwürde und damit den Kern der universellen Menschenrechte, die auf völkerrechtlicher Ebene geschützt sind, daher der Bedarf nach einer Regelung auf derselben Ebene – und politische Reflexe andererseits: So bedient der US-Präsident durch den Einsatz für die Ausarbeitung einer internationalen Konvention konservative Basisgruppen im eigenen Land,¹⁴⁾ und auch andernorts versprechen sich Staatsmänner und -frauen durch den Ruf nach einem weltweiten Klon-Verbot, ungeachtet der komplexen „Details“, zuverlässige politische Punkte.

Der Druck der Klon-Gegner wird in der nächsten Session der Generalversammlung im Herbst 2004 daher wohl weiter wachsen und – so darf man spekulieren – früher oder später zu einem Abstimmungssieg über einen Konventionstext führen, den vielleicht an die hundert Länder unterzeichnen werden. Eine weltweit einheitliche Regelung des Klonens bliebe damit aber immer noch in weiter Ferne. Und so hält sich der Schaden, den „die UNO“ durch die selbst verordnete Nachdenkpause zu verantworten hat, in Grenzen. Die Hauptverantwortung für eine menschenwürdige Klon-Politik liegt nämlich nicht in New York, sondern weiterhin in fast zweihundert Hauptstädten auf der ganzen Welt.

*Dr. Stefan Barriga, LL. M. (Columbia) ist Rechtsberater der Ständigen Vertretung Liechtensteins bei den Vereinten Nationen in New York;
sbarriga@un.int.*

12) Dabei hat der Rechtsausschuss durchaus kein Monopol auf das Erarbeiten von Übereinkommen, und welches Gremium den Zuschlag bekommt, hat nicht immer mit klar definierten Kriterien zu tun. Erst im Vorjahr hat die UNO-Generalversammlung auf Vorschlag des Dritten Ausschusses (soziale, humanitäre und kulturelle Angele-

genheiten) ein Zusatzprotokoll zur Folterkonvention angenommen, bei 127 Ja-Stimmen, 4 Nein-Stimmen und 42 (!) Enthaltungen. Doch im Dritten Ausschuss sind Abstimmungen Routine-sache.

13) Der von Costa Rica vorgelegte Entwurf einer Konvention über das Verbot aller Formen des menschl-

chen Klonens (A/58/73) würde die Staaten in erster Linie verpflichten, die in der Konvention definierten Handlungen zu kriminalisieren und zu verfolgen; daneben sind auch Bestimmungen über judizielle Zusammenarbeit vorgesehen, die aber neben bestehenden Abkommen in diesem Bereich kaum praktische Rele-

vanz haben dürften.

14) Wobei dieser Einsatz entweder einem genuinen Interesse an einem Klon-Verbot dienen kann oder – angesichts der ebenfalls starken Wirtschaftslobby zugunsten des Forschungsklonens – lediglich dem Schein bzw der Ablenkung.

Eine spannende Festschrift

Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger/Roman Klecatsky/Karl Korinek/Wolfgang Mantl/Peter Pernthaler (Hrsg), *Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag*, Verlag Österreich, Wien 2002

Peter Warta

Festschriften werden herausgegeben, um einen Jubilar zu ehren und da spielt Quantität schon auch eine Rolle. Was das betrifft, kann *Ludwig Adamovich* jedenfalls mit der ihm vor einem Jahr zu seinem 70. Geburtstag gewidmeten Festschrift zufrieden sein. Weit über 50 zT auch international renommierte Autoren stellten sich mit ihren Beiträgen auf fast 900 Seiten in alphabetischer Reihenfolge – von *Robert Badinter*, Paris, bis *Andrzej Zoll*, Warschau – am Gabentisch ein.

Das hat natürlich zur Folge, dass auf inhaltliche Kohärenz weniger Wert gelegt wird; jeder schreibt über das, wofür er sich besonders kompetent hält. Und so haben nur wenige Abhandlungen in dem hier besprochenen Buch mit dem anspruchsvollen Titel *Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen* zu tun. Für einen, der Lust hat, zu schmökern, keineswegs ein Nachteil. Auf diese Weise etwa zufällig auf den Aufsatz von *Hans Gangl* über *Carlo Cattaneo* (1801-1869) und dessen „föderalistische Vision gegen monarchische Zentralisierung“ gestoßen zu sein, war ein Gewinn.

Der Rechtsstaat sah sich in der jüngsten Vergangenheit allerdings tatsächlich neuen Herausforderungen gegenüber, die dem Titel hohe Aktualität verleihen. Die Erinnerung an die – sanft ausgedrückt – Polemik *Jörg Haiders* gegen das sogenannte Ortstafelerkenntnis des

VfGH und dessen Präsidenten, den Jubilar, sind noch in frischer Erinnerung; dergleichen hat es bis dahin, bei aller Kritik, die an der Judikatur des VfGH immer wieder geübt wird und auch geübt werden muss, in der Zweiten Republik nicht gegeben. Direkt zum Anlass nimmt das *Detlef Merten*, selbst Verfassungsrichter, in seinem Aufsatz „Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik“. *Mertens* zählt zwar auch die Verfassung zum positiven Recht, vertritt aber die These, dass ein Staatsvolk damit, dass es sich eine Verfassung gibt, seine Souveränität an diese Verfassung verliert und „nicht mehr originärer, sondern nur derivativer Träger der Staatsgewalt“ ist. Im modernen Verfassungsstaat sei das Volk nicht mehr Herr der Verfassung und damit auch nicht uneingeschränkt souverän¹). Diese Auffassung hat auch Eingang in das deutsche Grundgesetz gefunden. Da aber völkerrechtliche Bindungen hier nicht diskutiert werden, muss man wohl sagen: das ist gut gemeint, setzt aber ein „braves“ Volk und einen unrealistischen, von den Wechselfällen der Geschichte unabhängigen Geltungsbegriff voraus.

1. Fundiert, aber sperrig

In Beziehung zum Ortstafelerkenntnis steht auch *Gerhart Holzingers* Analyse der Rechtssprechung des VfGH zu den Rechten der Volksgruppen: wie nicht anders zu erwarten, ein umfassender

und fundierter, aber halt auch sperriger Text, der sich gegen den Leser eher wie eine Festung verteidigt, als sich ihm zu öffnen. Das ist schade, den gerade das Ortstafelerkenntnis und seine schlüssige Begründung hätten es nach den Angriffen, denen es ausgesetzt war, verdient, einem breiterem Publikum verständlich gemacht zu werden.

Eine neue Herausforderung des Rechtsstaates, die weniger die Öffentlichkeit, dafür aber umso mehr die Fachwelt bewegte, war die erstmalige Aufhebung einer Verfassungsbestimmung als verfassungswidrig²). *Rudolf Machacek* ließ sich von diesem Ereignis zur einer Arbeit („Mehr Licht für Dunkelzonen und Grenzbereiche des Rechtsstaats und der Demokratie“) inspirieren, die den Fall umfassend dokumentiert, es dabei aber nicht bewenden lässt, sondern ihre Analyse in einen sehr persönlichen Rahmen einbettet und so eine für juristische Fachpublikationen ungewohnte Qualität erreicht.

Herausgefordert wird der Rechtsstaat auch durch die atemberaubende Entwicklung auf dem Gebiet der Gentechnik, weil hier Fälle zur juristischen Entscheidung anstehen können, auf die Ethik, Politik und damit Gesetzgebung noch keine gültige Antwort gefunden haben. Unter dem Titel „Mensch ohne Makel“ hat sich *Jutta Limbach*, die ehemalige Präsidentin des deutschen Bundesverfassungsgerichts, dieses Komplexes angenommen und einen beeindruckenden Essay verfasst.

2. Einfach brillant

Sieht man den Rechtsstaat nicht nur als eine Organisationsform, in der staatliches Handeln an konkrete generelle und in entsprechenden Gerichtsverfahren durchsetzbare Rechtsnormen gebunden ist, sondern auch als die Kulturleistung einer zivilisierten Gesellschaft, der es ein Anliegen ist, dass als gerecht anerkannte Ansprüche auch rechtlich durchsetzbar gemacht werden, so stellt das Projekt der Entschädigung der Opfer des Nationalsozialismus für erlittene Vermögensverluste durch die Republik Österreich eine Herausforderung dar, über die in der Festschrift für *Adamovich* zu berichten besonders am Platz

1) *Funk et al*, Rechtsstaat 474.

2) VfSlg 16.327/2000.

ist. Um dieses Projekt konkret durchführbar zu machen, wurde im Herbst 1998 die österreichische Historikerkommission gegründet und *Clemens Jabloner* zu ihrem Vorsitzenden bestellt. Die ausgeglichene und umfassende, nichts beschönigende und doch unaufgeregte Art, wie *Jabloner* über die Hintergründe, die rechtlichen Berührungspunkte, die Möglichkeiten und Grenzen der Arbeit der Kommission und deren Konsequenzen berichtet, ist einfach brillant.

Unter der erwartungsgemäß großen Zahl an spezifischen Themen zu Verfassungsrecht, Verfassungsgerichtsbarkeit und verfassungsgerichtlicher Judikatur nicht nur in Österreich, sondern zB auch in der Dritten Welt, ist eine Abhandlung besonders bemerkenswert: „Was bedeutet die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes?“ von *Hans René Laurer*. Auch dieser Text ist, wie der *Holzingers*, steinig und steil, aber der Aufstieg lohnt sich – mindestens bis zu Kapitel III „Beurkundungs- (Gegenzeichnungs-) und Kundmachungsnormen als Maßstab“³⁾ und der dort im Mittelpunkt stehenden Druckfehlerberichtigung. Die Versuchung, verfassungsmäßige Fehler beim Zustandkommen eines Gesetzes einfach durch eine nachfolgende korrigierende Kundmachung zu sanieren, ist groß, und nicht immer widerstehen ihr die dafür verantwortlichen Organe.

Der Doyen der österreichischen Historiker *Gerald Stourzh* stand der Rechtswissenschaft stets nahe. Oberflächlich liegt das Thema, das er sich für die Festschrift aussuchte, weit weg, nämlich in den USA. Doch erstens ist „Gleichheitsgebot und Benachteiligtenförderung“ überall ein zentrales Anliegen, wo verfassungsgesetzlich garantierte Grundrechte zur Diskussion stehen. Darüber hinaus aber gibt uns der Fall *Regents of the University of California vs. Bakke*, der 1978 vor dem Supreme Court verhandelt wurde, einen Einblick in die Art, wie in Amerika der Gleichheitsgrundsatz judiziert und argumentiert wird, ein Grundsatz, der ja nur dann überhaupt angewendet werden kann, wenn er unter Heranziehen welcher Kontexte auch immer mit „gerechten“ Inhalten erfüllt wird. *Stourzh*’ Bei-

trag erinnert uns durch seine Erzählung des Falles aber auch daran, dass sich der österreichische VfGH mehrheitlich noch immer gegen die Veröffentlichung von abweichenden Meinungen der Mitglieder eines Senates wehrt. *Ludwig Adamovich* hatte als Präsident des Gerichtshofes keine ernsthaften Vorbehalte gegen die Einführung der Dissenting Opinion, schon deshalb nicht, weil, wie er einmal bemerkte, das Stimmverhalten im Senat bei prominenten Ursachen auch trotz des Amtsgeheimnisses in der Öffentlichkeit diskutiert wird, sei es als Gerücht oder als Ergebnis einer Indiskretion.

3. Keine Dissenting Opinion

Das Problem der Dissenting Opinion hätte gut ins Generalthema der Festschrift gepasst, und es ist bedauerlich, dass niemand die Gelegenheit genützt hat. Nur bei *Anton Pelinkas* Überlegungen zu „Die Wächter und die Demokratie“ wird sie nebenbei (wieder im Zusammenhang mit dem Supreme Court der USA) erwähnt. Nach *Pelinka* ist Demokratie nicht einfach Mehrheitsherrschaft, sondern balancierte Kombination aus Mehrheitsherrschaft und Minderheitsrechten⁴⁾; maW nur eine „gute“ Demokratie ist eine Demokratie. Das ist auch das gängige Paradigma in der politischen Diskussion. Für die theoretische Analyse wäre aber ein technischer Demokratiebegriff vielleicht zweckmäßiger: Demokratie wäre dann jenes gesellschaftliche Verfahren zur Entscheidung von Konflikten, in denen die Mehrheit sich durchsetzt, im Gegensatz etwa zur Aristokratie oder der Tyrannis. Wenn Minderheitenrechte oder individuelle Grundrechte die Entscheidungsfreiheit der demokratischen Mehrheit beschränken und Verfahren vorgesehen sind, in denen Personen nach möglicherweise anderen als demokratischen Kriterien dazu legitimiert werden, demokratische Mehrheitsentscheidungen aufzuheben, weil diese Minderheits- oder Grundrechte verletzen, dann sind solche Kontrollverfahren (die „Wächter“) gerade nicht Teil, sondern eben Widerpart des demokratischen Mehrheitsverfahrens. Ein solchermaßen entideologierter Demokra-

tiebegriff schließt ein, dass nicht alles, was demokratisch zustande kommt, auch gut etwa im Sinne des Ideals der Toleranz sein muss. Er erlaubt aber, präzisere Grenzen zu ziehen und zu beschreiben, wer darüber entscheidet, wie und nach welchen Kriterien die Mehrheit kontrolliert werden soll. Hier sind eine Reihe von Fiktionen im Umlauf, auf die nicht näher eingegangen werden kann.

Wer einen solchen technischen Ansatz verfolgt, kann mit der These *René Marčić*’s, „Demokratie und Rechtsstaat sind an der Wurzel eins“ kaum etwas anfangen. Warum *Peter Pernthaler* seine Arbeit über das Spannungsfeld von Demokratie und Rechtsstaat ausgerechnet an *Marčić* und dessen antikisierender Wesensschau rechtlicher und politischer Begriffe aufhängt, wird nicht ganz klar. Er kommt jedenfalls zum einleuchtenden Ergebnis, dass Demokratie und Rechtsstaat im Verfassungsstaat eigenständige Ordnungen sind: zwar miteinander verbunden, aber in ihrer jeweiligen Substanz autonom.

4. Eine Wissenschaft ohne Gegenstand?

Einer der wichtigsten Aufsätze der Festschrift für *Adamovich* braucht hier nicht besonders vorgestellt zu werden: *Bernd-Christian Funks* „Abbildungs- und Steuerleistungen der Rechtswissenschaft“ wurden im Juridikum (3/2003) bereits veröffentlicht. Die rechtstheoretischen Konsequenzen, die sich aus der Einsicht ergeben, dass dem Rechtswissenschaftler ein in der Außenwelt existierender Gegenstand namens „Recht“, den er zum Objekt seiner Erkenntnis machen könnte, nicht zur Verfügung steht, dass das Recht nur als Vorstellung in seinem Kopf (und in den Köpfen anderer) existiert, sind noch nicht absehbar.

Heinz Mayer beeindruckt das wenig. In „Das Dilemma zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht“ steht die Möglichkeit einer reinen, von außerrechtlichen Einflüssen freien Erkenntnis des objektiv geltenden Rechts nach wie vor außer Frage. Diese Illusion teilt die Reine mit der von ihr (zu Recht) bekämpften Naturrechtslehre. Der Kampf

3) *Funk* et al, Rechtsstaat 320ff.

4) *Funk* et al, Rechtsstaat 617.

dauert nun schon bald 100 Jahre. Obwohl eigentlich schon alles gesagt ist, wird er auch hier wieder aufgenommen. Und das sicher nicht zum letzten Mal.

Nun zum seltsamsten Beitrag der Festschrift: „Weh dem, der lügt!“ von *Robert Walter*. *Walter* schien es offenbar wieder einmal an der Zeit zu sein, die längst widerlegte Gültigkeit des kategorischen Imperativs als geeigneter objektiver Richtschnur für gutes Verhalten aufs Neue zu widerlegen. Aber nicht aus aktuellem Anlass, der auch nicht leicht zu finden gewesen wäre. *Walter* nimmt sich *Grillparzer* vor und macht es sich, seiner Sache sicher (er hat ja wirklich Recht), stellenweise zu leicht. Dort, wo in „Weh dem, der lügt“ von Bischof *Gregor* dem zur Lüge geneigten Menschen die wahre Natur gegenübergestellt wird⁵⁾, missdeutet *Walter Grillparzers* Text, wohl weil der Dichter selbst eine Schlussfolgerung liefert, die den Zeilen davor nicht gerecht wird. *Grillparzer* dichtete (zitiert nach *Walter*):

Wahr ist die ganze kreisende Natur;

Wahr ist der Wolf, der brüllt, eh' er verschlingt,

Wahr ist der Donner, drohend, wenn es blitzt,

Wahr ist die Flamme, die von fern schon sengt,

Die Wasserflut, die heulend Wirbel schlägt;

Wahr sind sie, weil sie sind, weil Da-sein Wahrheit.

Dem hält *Walter*, gekürzt, aber sinngemäß, entgegen, dass etwas nicht deswegen wahr sein kann, nur weil es *da ist*. Wahrheit können nur Urteile über dieses Da-sein beanspruchen. Das stimmt natürlich, geht aber am Text vorbei. Denn wahr ist der Wolf (laut *Grillparzer*) nicht bloß, weil er *ist*, sondern weil es zu seiner Natur gehört, ehrlich zu brüllen, eh' er verschlingt: weil er also seine Gefährlichkeit nicht ver-

steckt, sondern wahrhaftig kundtut; der Donner, weil er von Natur gar nicht anders kann, als eine Botschaft zu vermitteln, die wahrheitsgetreu das Gewitter ankündigt usw. *Grillparzers* Wahrheitsvorbilder aus der Natur sind zwar holprig, aber auf den ersten Blick gar nicht so unschlau formuliert. Wenn *Walter* sie schon zitiert, hätte er auch genauer auf sie eingehen müssen.

5. Zum Abschluss ein Krimi.

In einem der (aus Gründen der alphabetischen Reihenfolge) letzten Artikel der Festschrift schildert *Gerhard Wielinger* („Entscheidungsdivergenzen unter dem Blickwinkel des Gleichheitsgebotes“) zwei Fälle, die ihm wahrscheinlich in seiner Tätigkeit als steiermärkischer Landesamtsdirektor zur Kenntnis gelangten und in denen trotz identischem Sachverhalt der VwGH konträre Entscheidungen gefällt hat.

1985 brachten zwei Bauwerber für zwei nebeneinanderliegende, gleichartige Grundstücke jeweils Bauansuchen für Ferienhäuser ein, die einander im Wesentlichen gleichen. Laut Flächenwidmungsplan hätte dort nicht gebaut werden dürfen. Dennoch erteilte die Gemeinde am 3. Juni 1989 die Baubewilligungen. Aber schon am 28. bzw. 30. August 1989 wurden die Bescheide für nichtig erklärt. Dreieinhalb Jahre später, am 28. Februar 1993, erließ der Bürgermeister (endlich) für beide Grundstücke Bescheide auf sofortige Baueinstellung, Abbruch und Rekultivierung. Nach erfolgloser Erschöpfung des Instanzenzuges gelangten beide Fälle über den VfGH vor den VwGH. Über beide Beschwerden entschied derselbe Senat. Die eine wurde am 5. Dezember 2000 als unbegründet abgewiesen, der zweiten am 29. März 2001 Folge gegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben. *Wielinger*, der sich natürlich ausführlich mit den Begründungen der beiden Erkenntnisse auseinandersetzt, hält dies mit Recht für eine höchst bedenkliche Inkonsequenz in der Judikatur des VwGH und knüpft

daran verschiedene rechtspolitische Überlegungen. Hier interessieren aber andere Details.

In beiden Erkenntnissen wird – so scheint es – davon ausgegangen, dass für die Ferienhäuser zum Zeitpunkt der Errichtung eine Baubewilligung vorlag. (Im ersten Fall ist das für den VwGH unmaßgeblich, weil diese Bewilligung für nichtig erklärt wurde; im zweiten ist hingegen die Nichtigerklärung unmaßgeblich, weil diese erst nach der Fertigstellung der Häuser erfolgte). *Wielinger* schreibt aber – und er wird wissen, was er schreibt⁶⁾:

Das [zweite] Erkenntnis läuft darauf hinaus, dass – jedenfalls in der Steiermark – die Nichtigerklärung einer dem Flächenwidmungsplan widersprechenden Baubewilligung dann ins Leere geht – und daher überflüssig ist – wenn der Bauwerber klug genug gewesen ist, zunächst – wie im vorliegenden Fall – ohne jede Baubewilligung ein Objekt zu errichten und dann bei der Gemeinde eine – wenn auch mit Nichtigkeit bedrohte – Baubewilligung durchzusetzen.

Tatsächlich spricht einiges dafür, dass die Ferienhäuser nicht in der extrem kurzen Zeit zwischen dem 3. Juni (Baubewilligung) und 28. bzw. 30. August 1983 (Nichtigerklärung), sondern davor in einem Zeitraum ab 1985, also ohne Baubewilligung, errichtet wurden. Warum findet das in den Erkenntnissen des VwGH keine Berücksichtigung? Falls es nicht aktenkundig war: warum gab es darüber keine Feststellungen, wo es doch der ersten Instanz jedenfalls bekannt sein musste und für den Abbruchbescheid notwendiges Tatbestandsmerkmal gewesen wäre?

So spannend kann eine Festschrift sein.

Dr. Peter Warta ist Jurist und Publizist in Wien; warta@aon.at.

5) *Funk et al*, Rechtsstaat 813f.

6) *Funk et al*, Rechtsstaat 835.

Hochsaison für Familiennachzug?

Kritische Gedanken zur
Familienzusammenführungs-Richtlinie und zum
Erkenntnis VfGH 8. 10. 2003, G 119, 120/03

Barbara Weichselbaum

1. Einleitung

Lange hat es gedauert, doch endlich ist sie da: Am 22. September 2003 wurde die Richtlinie 2003/86/EG des Rates betreffend das Recht auf Familienzusammenführung erlassen.¹⁾ Bis zum 3. Oktober 2005 haben die Mitgliedstaaten der EU Zeit, die Vorgaben der Richtlinie, soweit die jeweilige innerstaatliche Rechtslage diesen nicht entspricht, in nationales Recht umzusetzen (Art 20 RL).²⁾ Die Richtlinie betrifft nur den Familiennachzug zu Drittstaatsangehörigen (Art 3 Abs 3 RL), eine eigene Richtlinie, die den Familiennachzug zu Unionsbürgern regelt, soll aber in Bälde folgen.³⁾

Aus österreichischer Sicht handelt es sich bei der Beschlussfassung der Familienzusammenführungs-Richtlinie nicht um das einzige bemerkenswerte Ereignis zum Thema Familiennachzug: So erging Anfang Oktober 2003 ein Erkenntnis des VfGH, mit dem die Regelung des Familiennachzuges im Fremdenengesetz als teilweise verfassungswidrig bewertet wurde.⁴⁾

Was auf den ersten Blick aus der Perspektive von Nachzugswerbern erfreulich aussehen mag, ist bei näherer Betrachtung durchaus differenziert und vor allem kritisch zu sehen. Eine solche Analyse in der gebotenen Kürze vorzunehmen, ist Gegenstand dieses Beitrages.

2. Die Entstehung der Familienzusammenführungs-Richtlinie

Betrachtet man den Werdegang der Familienzusammenführungs-Richtlinie, so merkt man sofort die politische Brisanz ihres Regelungsgegenstandes: Es bedurfte immerhin dreier Vorschläge der Kommission, bis es Ende Februar 2003 letztlich zu einer politischen Einigung im Rat kam.⁵⁾ Ausgangspunkt der Harmonisierung der nationalen Regelungen über Familiennachzug war die Vergemeinschaftung der Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik durch den Amsterdamer Vertrag.⁶⁾ Die weitere Chronologie der Ereignisse wird in Er-

wägungsgrund 3 der Richtlinie selbst wie folgt zusammengefasst:

„Der Europäische Rat hat auf seiner Sondertagung in Tampere am 15. und 16. Oktober 1999 die Notwendigkeit anerkannt, die nationalen Rechtsvorschriften über die Bedingungen für die Zulassung und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu harmonisieren. Er hat in diesem Zusammenhang insbesondere erklärt, dass die Europäische Union eine gerechte Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten aufhalten, sicherstellen sollte und dass eine energischere Integrationspolitik darauf ausgerichtet sein sollte, ihnen Rechte und Pflichten zuzuerkennen, die denen der Unionsbürger vergleichbar sind. Der Europäische Rat hat den Rat deshalb ersucht, auf der Grundlage von Vorschlägen der Kommission zügig entsprechende Beschlüsse zu fassen. Die Notwendigkeit, die Ziele, die in Tampere festgelegt wurden, zu erreichen, wurde von dem Europäischen Rat in Laeken am 14. und 15. Dezember 2001 bestätigt.“

Die Intention des Europäischen Rates von Tampere war es also, eine „gerechte Behandlung“ von Drittstaatsangehörigen mit Aufenthaltsrecht in einem der Mitgliedstaaten zu bewirken, vor allem dahin gehend, dass ihre Rechte und Pflichten denen der Unionsbürger „vergleichbar“ wären. Doch ist dieses Ziel auch tatsächlich erreicht worden? Im Folgenden sollen die wesentlichen Eckpunkte der Richtlinie dargestellt und einer kritischen Bewertung unterzogen werden.

1) ABl vom 3. 10. 2003, L 251/12.

2) Nicht umsetzen werden die Richtlinie Irland, das Vereinigte Königreich und Dänemark – siehe Erwägungsgrund 17 und 18 RL – für die bezüglich des Titels IV des EGV Sonderregelungen gelten; dazu näher *Fischer/Köck/Karolus*, *Europarecht*⁴ (2002) Rz 1979 f.

3) Siehe den Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 5. 12. 2003 zu einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, die die geltenden – über mehrere Rechtsquellen verstreuten – Rechtsvorschriften betreffend die Freizügigkeit der Unionsbürger und ihrer

Angehörigen ersetzen und ergänzen soll. Der Gemeinsame Standpunkt des Rates (veröffentlicht im ABl vom 2. 3. 2004, C 54 E/12) wurde am 10. 3. 2004 vom Europäischen Parlament gebilligt, sodass die Richtlinie mit 1. 7. 2005 in Kraft treten kann; siehe die Pressemitteilung vom 10. 3. 2004 unter www.europarl.de. Dazu zuletzt *Groenendijk*, *Rechtliche Konzepte der Integration im EG-Migrationsrecht*, ZAR 4/2004, 123 (129 f).

4) VfGH 8.10.2003, G 119, 120/03. Siehe dazu *Embacher*, *Grenzenloses Familienglück?* *juridikum* 2003, 11, *Fessler/Keller*, *Wichtige Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zur Quotenregelung für den Familiennachzug*, *migralex* 2004, 34 und *Weh*, *Das Ende*

der Quotenregelung, in diesem Heft. Da es sich dabei um die Prüfung einer außer Kraft getretenen Fassung der einschlägigen Bestimmungen des Fremdenengesetzes handelte, konnte der VfGH deren Verfassungswidrigkeit nur feststellen. Aus seinen Ausführungen geht jedoch unzweifelhaft hervor, dass diese zum Teil auch noch die geltende Fassung betreffen, sodass für den Gesetzgeber jedenfalls Handlungsbedarf besteht.

5) Dok 6912/03 MIGR 13. Zum Werdegang der Richtlinie näher *Hauschild*, *Neues europäisches Einwanderungsrecht: Das Recht auf Familienzusammenführung*, ZAR 8/2003, 266 ff, sowie *Langenfeld/Mohsen*, *Die neue EG-Richtlinie zum Familiennachzug und*

ihre Einordnung in das Völkerrecht, ZAR 11/12/2003, 398 (398), die darauf hinweisen, dass Österreich einer der Hauptakteure beim zähen Entstehungsprozess der Richtlinie war.

6) Siehe Titel IV EGV. Dazu ausführlich *Fungueirino-Lorenzo*, *Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik vor und nach dem Amsterdamer Vertrag* (2002); vgl auch *Wollenschläger*, *Das Asyl- und Einwanderungsrecht der EU*, *EuGRZ* 2001, 354 ff.

3. Der Inhalt der Richtlinie – Ergebnis einer Odyssee

Bezüglich des Inhalts der Familienzusammenführungs-Richtlinie kommt man wohl nicht umhin, diesen als Ergebnis einer Odyssee zu bezeichnen. Diese war Resultat der unterschiedlichen Anliegen der Mitgliedstaaten, die ihre Partikularinteressen in der Richtlinie verwirklicht wissen wollten; eine Bestrebung, die letztlich in zahlreiche Ermessens- bzw. Ausnahmebestimmungen mündete.⁷⁾ Dies erschwert es auch, den Kerngehalt der Richtlinie darzustellen, wenngleich dies an dieser Stelle trotzdem versucht werden soll. Auf die in der Richtlinie bezüglich spezifischer Regelungsgegenstände vorgenommenen Hinweise betreffend die Möglichkeit der Schaffung günstigerer Bestimmungen wird dabei nicht im Speziellen eingegangen werden, weil diese besonderen „Ermächtigungen“ schon durch die Klausel des Art 3 Abs 5 RL abgedeckt werden, die normiert, dass die Mitgliedstaaten generell günstigere Regelungen treffen oder beibehalten dürfen. Des Weiteren sei nur darauf hingewiesen, dass die Richtlinie auch Sonderbestimmungen für die Familienzusammenführung von Flüchtlingen enthält (Art 9 – 12 RL).⁸⁾

Adressaten der Richtlinie sind – wie schon erwähnt – Drittstaatsangehörige und deren Familienmitglieder. Der Zusammenführende muss jedenfalls über einen Aufenthaltstitel von mindestens einjähriger Gültigkeit verfügen und begründete Aussicht darauf haben, ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht zu erlangen (Art 3 Abs 1 RL). Verpflichtend ist die Ermöglichung von Familiennachzug überdies – anders als im Fall der Unionsbürger – nur für die Mitglieder der Kernfamilie vorgesehen (dh Ehegatten und minderjährige unverheiratete Kinder), worunter aber auch adoptierte Kinder, Kinder des Ehegatten und jedenfalls Kinder, für die dem Zusammenführenden nicht nur ein geteiltes Sorgerecht zukommt, fallen (Art 4 RL).

Was den Nachzug von Kindern betrifft, so ermächtigt die Richtlinie zu

folgenden einschneidenden Ausnahmeregelungen:

- a) Bei einem Kind im Alter von über 12 Jahren, das unabhängig vom Rest seiner Familie ankommt, kann geprüft werden, ob es ein zum Zeitpunkt der Umsetzung der Richtlinie in den nationalen Rechtsvorschriften des jeweiligen Mitgliedstaates vorgesehenes Integrationskriterium erfüllt, bevor die Einreise und der Aufenthalt gestattet wird (Art 4 Abs 1 RL).
- b) Der Nachzug von Kindern eines weiteren Ehegatten (also aus einer Mehrehe) darf eingeschränkt werden (Art 4 Abs 4 RL).
- c) Es kann verlangt werden, dass die Anträge betreffend die Familienzusammenführung gemäß der im Zeitpunkt der Umsetzung der Richtlinie vorhandenen Rechtsvorschriften vor Vollendung des 15. Lebensjahres gestellt werden (Art 4 Abs 6 RL).

Für den Nachzug von Ehegatten ermächtigt die Richtlinie zur Festsetzung eines Mindestalters sowohl des Zusammenführenden als auch des Ehegatten, allerdings begrenzt auf 21 Jahre (Art 4 Abs 5 RL). Weitere Einschränkungen ergeben sich für den Ehegatten- und den Kindernachzug daraus, dass verlangt werden darf, dass sich der Zusammenführende während eines Zeitraumes von bis zu zwei Jahren rechtmäßig im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaates aufgehalten hat, bevor seine Angehörigen zu ihm nachreisen. Außerdem kann ein Mitgliedstaat, dessen bei Annahme der Richtlinie geltendes Recht im Bereich der Familienzusammenführung die Aufnahmefähigkeit dieses Mitgliedstaates berücksichtigt, eine Wartefrist von maximal drei Jahren vorsehen (Art 8 RL). Letztlich haben die Behörden für ihre Entscheidung bis zu 9 Monate Zeit; in Ausnahmefällen kann diese Frist sogar verlängert werden (Art 5 Abs 4 RL).

Die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung darf unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit stehen, wobei jedoch das Auftreten von Krankheiten oder Gebrechen nach Ausstellung des Aufenthaltstitels nicht als einziger Grund für die Verweigerung der Verlängerung des Aufenthaltstitels oder die Rückführung aus dem Hoheitsgebiet herangezogen werden kann (Art 6 RL). Außerdem kann verlangt werden, dass der Zusammenführende über für die Familie angemessenen Wohnraum, Krankenversicherung und ausreichenden Lebensunterhalt für alle verfügt; weiters dass alle Familienangehörigen Integrationsmaßnahmen⁹⁾ nachkommen (Art 7 RL).

Was den Zugang zu Bildung und zum Erwerbsleben betrifft, so ist dieser den Familienangehörigen in gleicher Weise wie dem Zusammenführenden zu gewähren, doch können die Mitgliedstaaten Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit beschließen. Dabei können sie auch innerhalb einer Frist von maximal 12 Monaten eine Arbeitsmarktprüfung durchführen, bevor der Zugang zu einer Erwerbstätigkeit gestattet wird (Art 14 RL).

Spätestens nach fünfjährigem Aufenthalt ist den aufgrund des Aufenthaltstitels „Familiengemeinschaft“ aufgenommenen Familienangehörigen – Kindern erst ab deren Volljährigkeit – ein Aufenthaltstitel zu erteilen, der unabhängig von jenem des Zusammenführenden ist. Dabei können die Mitgliedstaaten die Erteilung des Aufenthaltstitels auf den Fall des Zerbrechens familiärer Bindungen beschränken. Weiters ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten einen eigenen Aufenthaltstitel vorsehen, wenn besonders schwierige Umstände vorliegen (Art 15 RL). Schließlich enthält die Richtlinie auch einen Unterpunkt betreffend „Sanktionen und Rechtsmittel“ (Art 16 – 18 RL), wobei auch die Probleme der „Scheinehe“ und „Scheinadoption“ einer Regelung zugeführt werden.

7) Und zwar – selbst wenn man Unterfälle nicht mitrechnet – jedenfalls über 30.

8) Dazu ausführlicher etwa *Weber/Walter*, Familiennachzug im europäischen und deutschen Recht, RdJB 1/

2004, 108 (117 ff, 125 f), die, aaO, 115 f, auch auf das Mobilitätsrecht von Familienangehörigen in der EU eingehen, dessen Regelung allerdings in die vom Rat am 25. 11. 2003 angenommene Richtlinie betreffend die Rechts-

stellung der langfristigen aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen 2003/109/EG (ABl vom 23. 1. 2004, L 16/44) ausgelagert worden ist.

9) Dazu *Feik*, Verpflichtende Integra-

tionsmaßnahmen in der EU, migralex 2003, 53 ff.

4. Bewertung des Erreichten: Am Ziel gelandet – oder gestrandet?

Wie allein schon die soeben angesprochenen Ermessens- und Ausnahmebestimmungen zeigen, kann man nicht wirklich von einer Harmonisierung der Familiennachzugsregelungen der EU-Mitgliedstaaten sprechen.¹⁰⁾ Die Richtlinie stellt vielmehr im Endergebnis nur den kleinsten gemeinsamen Nenner an „Familiennachzugsfreundlichkeit“ der Mitgliedstaaten dar. Die Endfassung der Richtlinie ist damit mehr als ein halbherziger Versuch, in der Europäischen Union einheitliche Standards für Familiennachzugsregelungen zu schaffen. Insbesondere wird durch diese nicht das sogar in den Erwägungsgründen der Richtlinie ausdrücklich angesprochene Ziel einer Integrationspolitik erreicht, die Drittstaatsangehörigen in Bezug auf den Familiennachzug Unionsbürgern „vergleichbare“ Rechte verleiht, und auch die Frage, ob damit eine „gerechte Behandlung“ von Familien aus Drittländern erreicht wurde, kann wohl nicht mit ja beantwortet werden.¹¹⁾ Die Bezugnahme der Richtlinie auf diese Ziele ist somit irreführend, da diese in Wahrheit diametral zu den letztlich getroffenen Regelungen stehen. Wenn man daher schon nicht davon ausgehen will, dass das Projekt „Familienzusammenführungs-Richtlinie“ nach einer jahrelangen Odyssee gestrandet ist, so kann man wohl bestenfalls von einer Bruchlandung sprechen.

Dass mit der Familienzusammenführungs-Richtlinie nur der absolute Minimalstandard einer Vereinheitlichung erreicht wurde, lässt sich sehr deutlich gerade am Beispiel des österreichischen Fremdenrechts illustrieren: Durch die Ermöglichung der Normierung von Wartefristen wurde das Problem der Quotenpflicht (§§ 18 f und 21 f FrG) entschärft, und die Möglichkeit der Be-

schränkung der Zulässigkeit der Antragstellung auf ein Maximalalter von 15 Jahren bei Kindern trägt dem Status quo in § 21 Abs 3 FrG Rechnung. Ebenso wenig stellt die definitive Beschränkung des Familiennachzuges auf die Kernfamilie (§ 20 Abs 1 FrG) durch die Fremdenrecht-Novelle 2002 BGBl I 2002/126 ein Problem dar. Ins Auge springt allerdings die im Gegensatz zur Richtlinie seltsame und bedenkliche Konstruktion der Regelungen über die Scheinadoption (§ 8 Abs 4a und § 36 Abs 2 Z 10 FrG),¹²⁾ doch da diese aus der Perspektive des österreichischen Fremdenrechts in praxi vor allem für die Frage des Nachzuges zu Österreichern oder anderen EWR-Bürgern eine Rolle spielen, die von der Richtlinie gerade nicht erfasst sind, wird sich hier eine Lösung wohl relativ leicht finden lassen. Für mehr Diskussion könnte nur das Spannungsverhältnis zwischen Art 14 RL und aktuellen Zugangsbeschränkungen zum Arbeitsmarkt im Ausländerbeschäftigungsgesetz sorgen.

Wenn nun die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben kaum Anpassungsbedarf mit sich bringen, so darf in diesem Zusammenhang freilich eines nicht außer Acht gelassen werden: die doppelte Bindung des einfachen Gesetzgebers sowohl an gemeinschaftsrechtliche als auch an verfassungsrechtliche Vorgaben.¹³⁾ Dieser Aspekt leitet zum zweiten Gegenstand dieses Beitrages über: die kritische Bewertung des jüngsten Familiennachzugserkenntnisses des VfGH.

5. Das Erkenntnis des VfGH vom 8. 10. 2003 – ein Meilenstein in der Rechtsprechung zum Familiennachzug?

Im gegenständlichen Erkenntnis des VfGH ging es konkret um einen Aspekt des Familiennachzuges, der nicht nur aus der Perspektive der Familienzusam-

menführungs-Richtlinie von Bedeutung ist: die Regelung der Quotenpflicht. Wenn nämlich nach der Richtlinie Quotenregelungen grundsätzlich erlaubt sind, so müssen dabei doch auch verfassungsrechtliche Vorgaben bezüglich ihrer Ausgestaltung beachtet werden.

Verfassungsrechtliche Probleme ergaben sich bei den einschlägigen Regelungen des innerstaatlichen Fremdenrechts einerseits in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip. Dieses Problem resultierte aus der Regelung der verfahrenstechnischen Abwicklung der Vergabe von Quotenplätzen in § 22 FrG, die eine Ausnahmebestimmung zur Regelung der Säumnis von Verwaltungsbehörden im AVG darstellt. Der VfGH qualifizierte es als verfassungswidrig, dass der Antragsteller im Verfahren auf Erteilung eines Quotenplatzes über die Erschöpfung der Quote bloß informiert wird; die mangelnde Pflicht zur Erlassung eines Bescheides bewirke aber, dass sich der Antragsteller gegen eine allfällige Fehlentscheidung nicht zur Wehr setzen könne, was im Lichte des Rechtsstaatsprinzips verfassungswidrig sei. Im Übrigen befand er die konkrete Verfahrensregelung als zu unbestimmt. Diese Bewertung des VfGH ist absolut zutreffend und entspricht der schon seit längerem in der Lehre geäußerten entsprechenden Kritik.¹⁴⁾

Andererseits erörterte der VfGH die gegenständliche Problematik auch in Hinblick auf die für Familiennachzugsregelungen zentrale grundrechtliche Bestimmung des Art 8 EMRK, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Anlass dafür, die Familiennachzugsregelungen gerade auch in Hinblick auf diesen verfassungsrechtlichen Aspekt ins Visier zu nehmen, hat dabei das mittlerweile schon berühmte Urteil des EGMR im Fall *Sen* geboten,¹⁵⁾ in dem dieser die Verletzung des Art 8 EMRK durch die Verweigerung des Familiennachzuges eines dritten

10) Zum Problempunkt einer „minimum harmonization“ näher *Weatherill*, *Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community*, in: *O'Keefe/Twomey* (ed), *Legal Issues of the Maastricht Treaty* (1994) 13 (23 ff). Konkret zum sehr niedrigen Harmonisierungsgrad der Familienzusammenführungs-Richtlinie *Weber/Walter*,

RdJB 1/2004, 109, 128 mwN. Vgl allerdings auch Art 19 RL, der eine Überprüfung und gegebenenfalls Änderung der Richtlinie im Sinne einer weitergehenden Harmonisierung zwei Jahre nach Inkraft-Treten der Richtlinie vorsieht.

11) Zur Nichterreichung der politischen Zielvorstellung von Tampere kritisch schon *Walter*, *Familiennachzug –*

ein Mittel zur Integration, in: *Sahlfeld* (Hrsg), *Integration und Recht* (2003) 181 ff (insb 187 ff).

12) Näher *Weichselbaum*, *Die Regelung des Familiennachzuges in Österreich im Lichte der Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention*, ZAR 10/2003, 359 (362 und 364).

13) Zur „doppelten Bindung“ genauer

Öhlinger/Potacs, *Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht*² (2001) 101 ff, sowie zuletzt wieder VfGH 10. 10. 2003, G 212/02.

14) Siehe *Muzak*, in: *Muzak/Taucher/Pinter/Lobner*, *Fremden- und Asylrecht*, 6. Lfg (2003) 113 ff (zu § 22 FrG).

15) EGMR 21. 12. 2001, Beschwerde Nr 31.465/96.

Kindes zu seinen bereits mehrjährig in den Niederlanden aufhältigen Eltern und seinen zwei dort geborenen und aufgewachsenen Geschwistern bejahte. Damit war für den VfGH offensichtlich klar, dass eine solche bzw eine vergleichbare Konstellation nicht an der im österreichischen Fremdenrecht vorgesehenen Quotenpflicht scheitern dürfe, sodass er diese auch aus diesem Grund in Prüfung zog.

Während es nun dem Inhalt des Prüfungsbeschlusses zufolge eher danach aussah, als würde der VfGH die einschlägigen Bestimmungen des Fremdengesetzes auch aus diesem Grund aufheben, besann sich der VfGH in der Entscheidung selbst dann eines anderen: Er „entdeckte“ zum Zweck einer verfassungskonformen Interpretation die mit der Fremdengesetz-Novelle 2002 eingefügte Bestimmung des § 19 Abs 2 Z 6 iVm § 10 Abs 4 FrG, die einen Anspruch von Mitgliedern der Kernfamilie auf Familiennachzug außerhalb der Quotenpflicht vorsieht, wenn der Nachzug aus „humanitären Gründen“ erfolgt.

Ist es nun in Hinblick auf den weiten Familienbegriff des Art 8 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR¹⁶⁾ grundsätzlich problematisch, dass der VfGH eine auf die Kernfamilie beschränkte Ausnahmebestimmung als ausreichend erachtet, um den Vorgaben der EMRK Genüge zu tun, so wirft die nicht näher begründete Subsumtion von mit dem Sachverhalt im Fall *Sen* vergleichbaren Konstellationen unter den Tatbestand „humanitäre Gründe“ mehr Fragen als Antworten auf. Wenn § 10

Abs 4 FrG, der die Aufenthaltsberechtigung aus humanitären Gründen regelt, diesbezüglich auch keine genaue Definition enthält, so deutet doch die demonstrative Aufzählung in dieser Bestimmung darauf hin, dass dabei vom Gesetzgeber nur an Konstellationen gedacht ist, in denen es um Bedrohungen der physischen oder psychischen Integrität von Menschen bzw sogar um deren Leben geht, nicht jedoch um die Aufrechterhaltung von familiären Beziehungen ähnlich jener im Fall *Sen*.¹⁷⁾ Die Ausdeutung des gesetzgeberischen Willens kann auch durch Heranziehung der Materialien untermauert werden.¹⁸⁾ § 19 Abs 2 Z 6 FrG dürfte daher wohl nur die Funktion haben, Menschen im Fall einer für sie bedrohlichen Situation zu ermöglichen, sofort zu ihren Familienangehörigen nach Österreich ziehen zu dürfen. Der Entfall der Quotenpflicht ist aufgrund des diesfalls dringlichen Bedürfnisses, einreisen zu dürfen, insbesondere im Lichte der Art 2 und 3 EMRK zu erklären; eine Deutung auch im Lichte des Art 8 EMRK lässt sich dem Willen des Gesetzgebers hingegen nicht entnehmen.¹⁹⁾

Dass die spärliche Argumentation des VfGH auf wackeligen Beinen steht, zeigt der Umstand, dass sich der VfGH nicht auf eine Ausdeutung des Begriffs der „humanitären Gründe“ einlässt, sondern nur lapidar auf literarische Äußerungen verweist, in denen allerdings auch bloß auf die einschlägige Behördenpraxis Bezug genommen wird.²⁰⁾ Dass diese aber im Laufe der Zeit die verschiedensten Sachverhaltskonstellationen unter den Begriff „humanitäre

Gründe“ subsumiert hat, sollte nach den gängigen Regeln der Interpretation wohl kein zwingendes Indiz dafür sein, dass dies dem Gesetz und vor allem dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hat.

Wenn auch dem VfGH zugute zu halten ist, dass er natürlich immer bestrebt sein muss, einen allenfalls erforderlichen Eingriff in Gesetzgebungsakte so gering wie möglich zu halten, so muss man trotzdem betonen, dass die Entscheidung des VfGH nicht zuletzt aus der Perspektive der Fremdenbehörden hochproblematisch ist: Diese müssen sich nun – ohne die geringste wertungsmäßige Vorgabe des Gesetzgebers – in jedem Einzelfall den Kopf darüber zerbrechen, ob vielleicht ein dem Fall *Sen* vergleichbarer Sachverhalt vorliegt, der Familiennachzug auch außerhalb der Quote ermöglicht. Das Problem, dass gerade in der fremdenrechtlichen Judikatur des VfGH von den vollziehenden Behörden eine sehr extensive „verfassungskonforme“ Interpretation erwartet wird, die teilweise sogar gegen den Wortlaut des Gesetzes erfolgen soll, wurde in der Literatur bereits zu Recht kritisiert,²¹⁾ doch leider bisher ohne Konsequenzen. Positiv angemerkt muss letztlich allerdings trotzdem werden, dass das gegenständliche Erkenntnis vor allem durch die Bezugnahme auf das Urteil des EGMR im Fall *Sen* im Endeffekt doch ein besseres Standing von Nachzugswerbern vor den Behörden bewirken dürfte.

16) Vgl den Judikaturüberblick bei *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention (2003) § 22 Rz 14 ff. 17) § 10 Abs 4 FrG lautet: „... Besonders berücksichtigungswürdige Fälle liegen insbesondere vor, wenn die Fremden einer Gefahr gemäß § 57 Abs 1 oder 2 [Anm: Verletzung des Art 2, 3 oder 6. ZP EMRK, stichhaltige Gründe für eine Verfolgung iSd Genfer Flüchtlingskonvention] ausgesetzt sind. Fremden, die ihre Heimat als Opfer eines bewaffneten Konfliktes verlassen haben, darf eine solche Aufenthaltserlaubnis nur für die voraussichtliche Dauer dieses Konfliktes, höchstens für drei Monate erteilt werden. Im Falle strafbarer Handlungen gemäß § 217 StGB darf Zeugen zur Gewährleistung der Strafverfolgung

sowie Opfern von Menschenhandel zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen die Täter eine solche Aufenthaltserlaubnis für die erforderliche Dauer erteilt werden.“

18) So heißt es in der RV 685 BlgNR 20. GP 62, dass die „besondere Schutzbedürftigkeit“ bestimmte Sichtvermerksversagungsgründe saniere. Weiters wird auf „das Ineinandergreifen dieser Norm und der Verordnungs-ermächtigung ... gemäß § 29“ verwiesen; bei dieser handelt es sich jedoch um die Ermächtigung der BReg, im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des NR mit Verordnung von Kriegen oder ähnlichen Ereignissen betroffenen Gruppen von Fremden ein befristetes Aufenthaltsrecht in Österreich einzuräumen

(genauer *Muzak* [Fn 14] 133 ff). Schließlich indiziert auch die erst über einen Abänderungsantrag erfolgte Einfügung des letzten Satzes der Aufzählung in § 10 Abs 4 FrG, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass selbst dieser Satz nicht mit den aus den vorstehenden Sätzen hervorgehenden gesetzgeberischen Wertungen in Einklang zu bringen gewesen wäre; siehe überdies AB 755 BlgNR 20. GP 4 f, wo trotz der vorgenommenen Ergänzung in Bezug auf den Telos des § 10 Abs 4 FrG immer noch vom „sicherheitspolitischen Ziel, Fremde, die in besonderem Maße Repressalien ausgesetzt sind, staatlich zu schützen“ gesprochen wird. 19) Es sei nur angemerkt, dass es auch keineswegs nahe liegend wäre,

eine Parallele zwischen der Terminologie und damit dem Gehalt des § 10 Abs 4 FrG und des § 3 AufG („In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen ... wenn dies zur Vermeidung einer besonderen Härte geboten ist“) zu ziehen und daraus eine Interpretationsmöglichkeit im Lichte des Art 8 EMRK abzuleiten, da es sich bei § 3 AufG – im Gegensatz zu § 10 Abs 4 FrG – um eine spezifische Familiennachzugsregelung handelte.

20) Siehe *Schumacher*, Fremdenrecht (2003) 82 ff.

21) *Handstanger*, Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung, ÖJZ 1998, 169 ff.

6. Die Konsequenz: Dreifache Bindung durch Gemeinschaftsrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht

Dass der VfGH ausdrücklich auf die einschlägige Judikatur des EGMR verweist, macht letztlich auch Folgendes evident: Der österreichische Gesetzgeber unterliegt nicht nur einer doppelten, sondern über die verbindliche Auslegung der EMRK durch den EGMR sogar einer dreifachen Bindung: Selbst wenn der VfGH Art 8 EMRK anders interpretiert hätte, muss daher immer noch die völkerrechtliche Verantwortung Österreichs als Vertragspartei der EMRK ins Kalkül gezogen werden.²²⁾

Die dargestellte Odyssee der Familienzusammenführungs-Richtlinie, die in eine minimalistische Variante von Nachzugsrechten mündete, hat daher aus der Perspektive der EMRK für die eine restriktive Zuwanderungspolitik verfolgenden Mitgliedstaaten der EU –

die alle gleichzeitig Vertragsparteien der EMRK sind – überhaupt nichts gebracht: Die Ermächtigungen der Richtlinie, restriktive Regelungen vorzusehen, schützen nicht vor einer völkerrechtlichen Sanktionierung durch den EGMR. Umgekehrt kann allerdings die Umsetzung der Richtlinie auch keine Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten vergleichbar jener im berühmten Fall *Matthews*²³⁾ auslösen, da sie nicht nur zahlreiche spezielle, sondern auch eine generelle Günstigkeitsklausel enthält, sodass jeder Mitgliedstaat in die Lage versetzt ist, sich der EMRK konform zu verhalten.²⁴⁾ Schließlich sei aber auch darauf verwiesen, dass auch der EuGH die EMRK qua Art 6 Abs 2 EUV zu beachten hat.²⁵⁾ Es ist daher denkbar, dass die Richtlinie aus diesem Grund sogar vom EuGH aufgehoben werden wird, da sie zu Einschränkungen ermächtigt, die nicht mit Art 8 EMRK vereinbar erscheinen.²⁶⁾ Zwingend ist diese Annahme aufgrund des diesbezüglich fakulta-

tiven Charakters der Richtlinie freilich nicht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die österreichische Fremdengesetzgebung nicht nur der Familienzusammenführungs-Richtlinie und innerhalb des von dieser freigelassenen Spielraumes dem österreichischen Verfassungsrecht, sondern jedenfalls auch den Vorgaben der EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR entsprechen muss. Für Zündstoff in der Diskussion um den Zuzug von Fremden in die Europäische Union ist daher auch nach Inkraft-Treten der Familienzusammenführungs-Richtlinie weiterhin gesorgt.

Drⁱⁿ. Barbara Weichselbaum ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; barbara.weichselbaum@univie.ac.at.

22) Zum Spannungsverhältnis zwischen dem Inhalt der Richtlinie und der Straßburger Judikatur *Langenfeld/Mohsen*, ZAR 11/12/2003, 402 ff, sowie *Weber/Walter*, RdJB 1/2004, 126 f.

23) EGMR, EuGRZ 1999, 200. In diesem Fall bewirkte der sogar einen Bestandteil des primären Gemeinschaftsrechts bildende Direktwahlakt aus 1976, dass die Bewohner von Gibraltar von den Wahlen zum Europäischen Parlament ausgeschlossen waren, obwohl Rechtsakte des Europäischen Parlaments auch Auswirkungen auf Gibraltar hatten. Der EGMR

bejahte in diesem Fall eine Verletzung des Art 3 1. ZP EMRK durch das Vereinigte Königreich, obwohl dieses auf diese Wahlrechtsvorschriften keinen Einfluss (mehr) nehmen konnte; dazu auch *Grabenwarter* (Fn 16) § 4 Rz 5.

24) Interessant ist, dass sich dies – entgegen dem restriktiven Gehalt der Richtlinienbestimmungen selbst – sogar als Anliegen im 2. Erwägungsgrund der RL findet, wo gleichzeitig auch auf die Grundrechtecharta verwiesen wird. Vgl weiters Art 17 RL, der ausdrücklich auf die Abwägungskriterien des EGMR in Nachzugsfällen Bezug nimmt; auch dieser Bestim-

mung kommt freilich in Hinblick auf den klaren Wortlaut der zu strengen Regelungen ermächtigenden Richtlinie in Hinblick auf die Umsetzungsverpflichtung kein überzubewertender Gehalt zu; aA offensichtlich *Langenfeld/Mohsen*, ZAR 11/12/2003, 403.

25) Dies tat er allerdings schon von sich aus lange vor dem Vertrag von Maastricht – siehe die Nachweise in *Öhlinger/Potacs* (Fn 13) 7 Fn 35; dazu im Hinblick auf die gegenständliche Thematik jüngst auch EuGH, Fall *Akrich*, EuGRZ 2003, 607, Rz 58.

26) Genau dies wurde vom Europäischen Parlament releviert: Zur Klags-

erhebung durch das Europäische Parlament siehe *Groenendijk*, ZAR 4/2004, 127; *Weber/Walter*, RdJB 1/2004, 127 sowie die Kurzzusammenfassung der Klage im ABl vom 21. 2. 2004, C 47/21.

Das Ende der Quotenregelung

Wilfried Ludwig Weh

In einem jüngst ergangenen Erkenntnis¹⁾ hat der Verfassungsgerichtshof die Quotenregelung für den Familiennachzug praktisch aufgehoben. Diese Entscheidung soll hier vor ihren rechtsgeschichtlichen und prozessualen Hintergrund gestellt und analysiert werden.

1. Was vorher war

Bis etwa Mitte der 80er Jahre ist die Rechtsprechung stillschweigend von der annähernd unbeschränkten Souveränität der Fremdenpolizei bei Entscheidungen über die Aufenthaltsbegründung und Aufenthaltsbeendigung ausgegangen. Eine erste wissenschaftliche Kontroverse²⁾ hat dann Mitte der 80iger Jahre zur zweimaligen Aufhebung der Bestimmungen über die Aufenthaltsbeendigung im § 3 Fremdenpolizeigesetz durch den Verfassungsgerichtshof³⁾ geführt. Dabei sprach der Verfassungsgerichtshof aus, dass Art 8 EMRK und seine Kriterien ins Fremdenpolizeigesetz aufgenommen werden müssten. § 25 Passgesetz umschrieb die Kriterien der Aufenthaltsbegründung im Wesentlichen in Übereinstimmung mit Art 8 EMRK und war daher nicht zu beanstanden.

In einer eher xenophoben allgemeinen gesellschaftlichen Grundstimmung und gezeichnet von einer schweren Wahlniederlage beschloss der Innenminister Franz Löschnak Anfang der 90er Jahre eine gänzliche Neufassung des österreichischen Fremdenrechts. Dabei wurden das Fremdenrecht und das Ein-

wanderungsrecht in zwei Gesetze getrennt, nämlich in das Fremdengesetz⁴⁾ und das Aufenthaltsgesetz.⁵⁾ Letzteres wurde mit einem Jahr Vorlaufzeit beschlossen, in der sicheren Erwartung der Parlamentarier, dass es wie alle bisherigen Gesetze cum grano salis angewendet werden würde.⁶⁾

Schon am Tag des Inkrafttretens des Aufenthaltsgesetzes, am 1. Juli 1993, erteilte der Verfassungsgerichtshof dem Machwerk einen Blankoscheck.⁷⁾ Dennoch gab es vom ersten Tag an massivste Akzeptanzprobleme. Die Medien spielten wöchentlich den („unmöglichen“) „Fall der Woche“, und es gab reichlich Anschauungsmaterial an solchen „unmöglichen“ Fällen.

Parallel dazu entstand eine juristische Gegenbewegung. Wegen der Überhärte des Fremdengesetzes, das bei auch nur um Tage verspäteten Verlängerungsanträgen völligen Rechtsverlust vorsah, musste der Verfassungsgerichtshof im Bereich der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligungen eingreifen und das Fremdengesetz über den Durchgriff auf Menschenrechte korrigierend verfassungskonform interpretieren.⁸⁾ Auch das Fehlen einer Wohnung hatte die gleichen Wirkungen, auch hier musste der Verfassungsgerichtshof gesetzeskorrigierend eingreifen.⁹⁾ Später entwickelte *Korinek* aus dem Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung ein Willkürverbot gegenüber Ausländern.¹⁰⁾ Wes Geistes Kind das

Fremdengesetz 1992 war, erkennt man aus der Tatsache, dass damals nur der Verfassungsgerichtshof die Notbremse ziehen konnte.

Wurden zunächst die Ehegatten von Österreichern aus der Familienzusammenführungsquote herausgenommen, stellte der Verfassungsgerichtshof dann im Jahre 1997 die Ehegatten von Österreichern jenen wandernder Unionsbürger gleich, also praktisch unter den Grundrechtsschutz des Gemeinschaftsrechts.¹¹⁾ Später wurde die Rechtsstellung dieser Gruppe explizit auch noch im Fremdenrecht weiter verbessert.¹²⁾

Der neue Innenminister Caspar Einem versuchte eine Neuregelung der Familienzusammenführung, musste dann aber seinerseits aus ganz anderen Gründen das Regierungsressort wechseln. Der nächste, der dritte Innenminister der 90er Jahre, Karl Schlögl, löste zwar im Fremdengesetz 1997 viele Probleme der hier Aufgewachsenen,¹³⁾ ließ aber die Quotenregelung für die Familienzusammenführung trotz massiver Einwände im Begutachtungsverfahren aufrecht.

Im Geltungszeitraum des Fremdengesetzes 1997 verschärfte sich die Probleme mit der Quotenregelung laufend, ganz einfach deshalb, weil die meisten in Österreich wohnhaften Zusammenführungserber immer länger und teilweise mehr als 10 Jahre auf ihre Bewilligungen warteten.

Im Jahre 2001 entschied der Verfassungsgerichtshof, dass nach einer bestimmten Zeit anderweitig klaglosen Aufenthalts im Inland eine Aufenthaltsbeendigung bloß allein wegen des illegalen Aufenthalts im Inland vor dem Hintergrund des Art 8 EMRK nicht mehr in Frage komme.¹⁴⁾ Ähnlich judizierte dann etwa auch der Verwaltungsgerichtshof.¹⁵⁾

1) Erkenntnis vom 8. 10. 2003, G 119,120/03. Siehe dazu schon *Embacher*, Grenzenloses Familienglück? Juridikum 2003, 111 und *Weichselbaum*, Hochsaison für Familiennachzug? in diesem Heft.

2) *Stolzlechner*, Aufenthaltsverbot und „Familienleben“ – eine Judikaturdivergenz, ZfV 1982, 227; *Hofreiter*, Aufenthaltsverbot und „Familienleben“ – wirklich eine Judikaturdivergenz, ZfV 1983, 125, *Weh*, Aufenthaltsverbot und „Familienleben“ – ein Problem der

gesetzlichen Regelung, ZfV 1984, 374. *Stolzlechner* ortete eine ungerechtfertigte Judikaturdivergenz, für *Hofreiter* gab es kein Problem, *Weh* forderte eine Gesetzesänderung.

3) Erkenntnisse VfSlg 10.737/85 und 11.455/87. Das erste der beiden Erkenntnisse zitiert ausdrücklich die Ergebnisse der geschilderten wissenschaftlichen Kontroverse.

4) BGBl 1992/838.

5) BGBl 1992/466.

6) Der Vorsitzende des Justizaus-

schusses erklärte später, wenn er gewusst hätte, wie intransigent das Gesetz angewendet würde, hätte er es nicht beschließen lassen.

7) VfSlg 13.497/93.

8) Beginnend mit VfSlg 14.148/95.

9) VfSlg 14.091/95.

10) *Korinek*, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassistische Diskriminierung, in *FS Rill* (1995) 183, mit weiteren Literaturangaben, so den Hinweis auf *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985)

366f, wonach „... der Gleichheitsgrundsatz wenigstens zu einem gewissen Grad auch auf Ausländer ausgedehnt worden (ist), insbesondere auf das Verhältnis der Ausländer zueinander“.

11) Fall Rad, VfSlg 14.863/97.

12) § 49 Fremdengesetz 1997.

13) § 38 Fremdengesetz 1997.

14) Fall Kinis, VfSlg 16.182/01.

15) ZB. B 2001/21/0159 vom 4. 9. 2003.

Die Zeit war also reif, als der Verfassungsgerichtshof im vorigen Jahr beschloss, die Quotenregelung, das letzte kapitale Relikt des Fremdengesetzes 1992, auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

2. Die Anlassfälle und der Unterbrechungsbeschluss

Im Juni 2003 leitete der Verfassungsgerichtshof aus Anlass zweier Beschwerden ein Prüfungsverfahren über die Quotenregelung im Zusammenhang mit der Familienzusammenführung ein.¹⁶⁾ Beschwerdeführerinnen waren jeweils türkische Staatsbürgerinnen, die zu ihren Ehemännern nach Österreich nachziehen wollten. Ihre Ehemänner waren jeweils seit 1997 in Österreich wohnhaft und erwerbstätig und verfügten über unbefristete Niederlassungsbewilligungen. Es handelte es sich also um „Ankerpersonen“¹⁷⁾ mittlerer Aufenthaltsdauer¹⁸⁾ in Österreich.

Die Beschwerdeführerinnen regten die Aufhebung des § 18 Abs 1 Z 3 und des § 22 FrG an. Nach diesen Bestimmungen durften Anträge nur nach Maßgabe von Quotenplätzen vergeben werden, alle anderen Anträge kamen ohne bescheidmäßige Erledigung und ohne Reihung auf eine Warteliste. Die Beschwerdeführerinnen argumentierten mit Art 8 EMRK und legten dar, welche praktischen Probleme bei der Anwendung der Quotenregelung entstünden. Formal ging es um Entscheidungsverweigerung, die ihrerseits nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine Verletzung des Art 8 EMRK darstellen kann.¹⁹⁾

Der Unterbrechungsbeschluss des Verfassungsgerichtshofs war noch ersichtlich von einiger Zurückhaltung geprägt. Jedenfalls kam der Verfassungsgerichtshof zum Schluss, dass Art 8 EMRK bei der Festlegung der Bedingungen für die Einwanderung nicht völlig außer Betracht bleiben dürfe. Vor allem wenn der Rückwanderung der Ankerperson wesentliche Hindernisse entgegenstünden oder ihr die Rückreise insgesamt unzumutbar wäre, müsste ein Familienzusammenführungsanspruch

bestehen. Dabei formulierte er noch keine *grundsätzlichen* Bedenken gegen die Festlegung einer Quotenpflicht für den Familiennachzug.

Der Verfassungsgerichtshof erörterte, dass es oft zu längeren Wartezeiten komme, und dass vor allem grandiose Unsicherheit bestünde, wann die Voraussetzungen für den Familiennachzug erfüllt seien. Vor allem müsste sichergestellt sein, dass die Quotenplätze in einer dem Sinn des Gesetzes entsprechenden nicht manipulierbaren Reihenfolge gerecht verteilt würden. Insofern bestünden Bedenken ob der ausreichenden Bestimmtheit und Determinierung des § 22 FrG über die Quotenvergabe.

3. Die Verhandlung vor dem Verfassungsgerichtshof

Der Verfassungsgerichtshof hat über seine Bedenken gegen die gesetzlichen Regelungen eine mündliche Verhandlung durchgeführt, in der er drei spezielle Fragen stellte. Die erste Frage betraf die Auswirkungen der mit der FremdenGesetznovelle 2002²⁰⁾ eingeführten Neuregelung des § 19 Abs 2 Z 6 FrG. Sodann hinterfragte der Verfassungsgerichtshof das System der Quotenplatzvergabe angesichts der Delegation der Entscheidungsbefugnis vom Landeshauptmann auf die Bezirkshauptmannschaften (diese Frage spielte dann im Verfahren allerdings keine entscheidende Rolle mehr). Mit der dritten Frage schließlich wollte der Verfassungsgerichtshof wissen, welche Wartezeiten in den einzelnen Bundesländern bestünden. Dabei prüfte er speziell die Quote von Kärnten, die mit 30 übrigens nur einen Bruchteil der Zahl anderer Bundesländer betragen hat. Über die Zahl der offenen Anträge in Kärnten kam es übrigens bei der Verhandlung zu einer Kontroverse, weil die belangte Behörde unterschiedliche Zahlen an offenen Anträgen behauptete. Eine der in den Schriftsätzen genannten Zahlen hätte eine 17jährige Wartezeit bedeutet, was jedenfalls einer gänzlichen Entscheidungsverweigerung gleichkäme.

Der Vertreter der Beschwerdeführerinnen argumentierte, dass die Festlegung einer Familienzusammenführungs-

quote nur einen einzigen Sinn haben könne, nämlich einen Familiennachzug dann zu verweigern, wenn die Voraussetzungen für den Familiennachzug nach Art 8 EMRK gegeben wären. In sonstigen Fällen würde es nämlich gar keiner Quote bedürfen, in diesen Fällen (außerhalb des Schutzbereichs der Flüchtlings- und der Menschenrechtskonvention) könnte Österreich ohnehin frei entscheiden, sei doch die allgemeine Einwanderung bei Fehlen von Inlandsanknüpfungspunkten ins Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt. Die Bundesregierung hat zu diesem Argument nicht direkt Stellung genommen.

Ein Richter stellte die Frage, ab wann der Schutz des Art 8 EMRK einsetze. Der Vertreter der Beschwerdeführerinnen vertrat den Standpunkt, dass der späteste Zeitpunkt jener sein müsse, zu dem die „Ankerperson“ aus eigenem Recht im Inland unbefristet arbeits- und aufenthaltsberechtigt sei, also bei Erfüllung der arbeitsmarktrechtlichen Voraussetzungen für eine wiederkehrende Arbeitsberechtigung aus eigenem Recht, wobei die Details wohl der Gesetzgeber regeln dürfte.

In der Folge kam es zu einer Kontroverse über die Frage, wie die Quotenplätze in der Praxis vergeben würden. Die Erklärungen der Bundesregierung schwankten zwischen dem Prioritätsprinzip und dem Prinzip des besseren Rechts, also der besseren Anspruchsvoraussetzungen. Es war auch nicht festzumachen, wie vorgegangen werde, wenn sich bei einem Bewerber die Anspruchsvoraussetzungen änderten, etwa durch die Geburt eines weiteren Kindes, durch den kurzfristigen Verlust eines Arbeitsplatzes, durch einen Wohnortwechsel, etc.

Die Vertreter der Bundesregierung konnten letztlich nicht definitiv beantworten, ob die Anspruchsvoraussetzungen einmal oder wiederholt geprüft würden, wenn ja, welcher Stichtag maßgeblich sei, etc.

Hier kristallisierte sich im Rahmen der Verhandlung letztlich deutlich heraus, dass eine Quote im Bereich von

16) Beschluss vom 28. 6. 2003, B 1407/02-14, B 1655/02-15.

17) Mit der eingebürgerten Bezeichnung „Ankerperson“ wird jene Person

bezeichnet, zu der die Fremden nachreisen möchten.

18) Im Quasianlassfall B 1897/02

handelte es sich um ein Gastarbeiter-

kind der dritten Generation.

19) Jüngst etwa im Österreich betreffenden Urteil Sylvester vom 24. 4.

2003, BNR 36.812/97 und 40.104/98.

20) BGBl I 2002/126.

Menschenrechtsansprüchen wohl überhaupt nicht judizierbar sein dürfte.

Angesichts dieses Ergebnisses war dann die weitere Frage kaum zu erörtern, wie die gleichmäßige Vergabe der Quotenplätze durch Rechtskontrolle, also quasi durch eine Vergabekontrolle, überprüfbar gemacht werden könnte. Der „vergabekontrollrechtliche“ Aspekt des Quotensystems konnte also weitgehend unerörtert bleiben.

Dagegen betraf ein weiterer Schwerpunkt der Verhandlung die Fragestellung, ob der mit der Fremdengesetznovelle 2002 neu eingeführte § 19 Abs 2 Z 6 FrG den Ausweg aus dem Dilemma weisen könne. Dieser Tatbestand der humanitären Niederlassungsbewilligung verlangt nämlich weder einen Quotenplatz noch eine Auslandsantragstellung und entspricht somit weitgehend den Anforderungen des Art 8 EMRK.

Der Beschwerdevertreter äußerte Bedenken, ob die Regelungen des § 19 Abs 2 Z 6 FrG ohne weiteres verfassungskonform interpretierbar seien, die Bundesregierung dagegen trug dies dezidiert vor. Im Fall des Vorliegens von Privat- oder Familienleben nach Art 8 EMRK seien die Anspruchsvoraussetzungen nach § 19 Abs 2 Z 6 FrG gegeben. Es seien auch bereits einige Niederlassungsbewilligungen nach diesem Tatbestand und nach diesen Kriterien erteilt worden.

Noch während der Oktobersession verkündete der Verfassungsgerichtshof dann zunächst mündlich²¹⁾ seine Entscheidung, um sie kurz darauf auch im Volltext schriftlich auszufertigen.

4. Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs

Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs bestätigt die Bedenken des Prüfungsbeschlusses uneingeschränkt der Sache nach.

In formeller Hinsicht sprach der Verfassungsgerichtshof aus, dass beide geprüften Bestimmungen verfassungswidrig *waren*, er bereinigte also nicht die jeweils geltende aktuelle Fassung. Trotz der gleichlautenden Sprüche gibt es dafür unterschiedliche Gründe.

Hinsichtlich der Prüfung des § 18 Abs 1 Z 3 FrG, deren eigene Wortfolge von der Fremdengesetznovelle 2002 unverändert belassen wurde, kam der Verfassungsgerichtshof zum Ergebnis, dass seit 1. Jänner 2003 – dem Inkrafttreten der Fremdengesetznovelle 2002 – mit der Möglichkeit der Erteilung einer quotenfreien humanitären Niederlassungsbewilligung, die im Inland beantragt werden kann und hinsichtlich derer im Gegensatz zu § 10 Abs 4 FrG ein Rechtsanspruch auf Entscheidung besteht, den menschenrechtlichen Anforderungen des Art 8 EMRK genügt getan sei. Demnach habe sich die Rechtslage seit dem 1. Jänner 2003 entscheidend zum Besseren verändert. Umgekehrt bedeutet dies natürlich, dass jeder Fremde, der die Voraussetzungen des Art 8 EMRK erfüllt, einen unbedingten Rechtsanspruch auf Familiennachzug hat.

§ 22 FrG 1997 konnte der Verfassungsgerichtshof nicht aufheben, weil die Textfassung der Bestimmung durch die Fremdengesetznovelle 2002 mehrere Änderungen erfahren hat und der Entscheidungstichtag für die beiden Beschwerdefälle noch im Jahre 2002 gelegen hatte. Hier bedeutet der Anspruch, dass die Regelungen des § 22 FrG im Jahre 2002 verfassungswidrig *waren*, also noch keinerlei Präjudiz hinsichtlich ihrer heutigen Verfassungskonformität oder Verfassungswidrigkeit.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs reflektiert deutlich den Gang der mündlichen Verhandlung. Der Verfassungsgerichtshof beanstandete beide geprüften Bestimmungen, weil der Familiennachzug vor der Einführung der humanitären Niederlassungsbewilligung selbst in jenen Fällen, in denen er nach Art 8 EMRK geboten wäre, auf unbestimmte oft längere Zeit verhindert worden sei. Wenn der Erteilung einer humanitären Niederlassungsbewilligung das Fehlen eines Quotenplatzes nicht mehr entgeggehalten werden könne, lasse sich Art 8 EMRK aber als erfüllt ansehen. Daher müsse er auch die geltende Fassung des § 18 Abs 1 Z 3 FrG nicht aufheben, sondern nur aussprechen, dass die Re-

gelung vor der Einführung des § 19 Abs 2 Z 6 Fremdengesetz verfassungswidrig gewesen sei.

Gleichzeitig beschränkt der Verfassungsgerichtshof den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers für zukünftige Regelungen doch beträchtlich, wenn er im Erkenntnis nur noch von einem „gewissen Ermessensspielraum“ spricht, hatte doch der Prüfungsbeschluss noch einen „weiten Ermessensspielraum“ des Gesetzgebers angenommen.

Bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der operativen Bestimmungen der Quotenregelung im § 22 FrG ist die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs schnörkellos und klar. Eine Quotenpflicht, die im Rahmen von Rechtsansprüchen bestehe, könne nur dann verfassungskonform sein, wenn sie drei Grundanforderungen entspricht.

Zunächst müssten die Kriterien der Quotenplatzvergabe nach dem Rechtsstaatsprinzip geregelt sein. Dabei müsse die Regelung ausreichend determiniert sein. Schließlich müsse die Vergabe bekämpfbar sein, weil „die Rechtmäßigkeit der Zurückstellung des Anspruchs ... im Rechtsmittelweg zu bekämpfen“ sein müsse.

Es ist nicht realistisch, dass der Gesetzgeber ein derartiges System einer transparenten, zugleich rigiden, gerechten und für Veränderungen elastischen Quotenplatzvergabe mit Rechtskontrollmöglichkeit tatsächlich schaffen kann, eher wird den Mathematikern die Quadratur des Kreises gelingen.

Damit zieht der Verfassungsgerichtshof jenen Trennstrich, den der Gesetzgeber schon nach dem Ergebnis des Begutachtungsverfahrens für das Fremdengesetz 1997 ziehen hätte müssen. Wo menschenrechtliche Ansprüche zu gewährleisten sind, darf die Entscheidung ausschließlich von der Prüfung materieller Gesichtspunkte abhängen. Wo anspruchsfreie „sonstige“ Einwanderung stattfindet, können Quotensysteme durchaus verfassungskonform sein.

Die zitierte Entscheidung markiert den Schlussstein in einer Rechtsprechungsentwicklung, mit der das Frem-

21) Presseausendung vom 8. 10. 2003.

denrecht wieder einiger Maßen das Anforderungsniveau des Art 8 EMRK erreicht hat.

Dass der Gesetzgeber schon im Jahre 2002 mit dem § 19 Abs 2 Z 6 FrG eine wenn auch fragwürdig formulierte aber offenbar zumindest verfassungskonform *interpretierbare* Grundlage für die

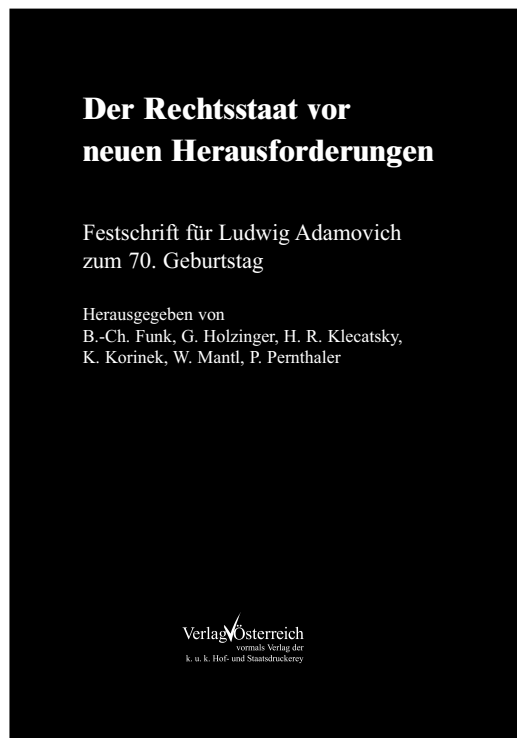
gebotene Umsetzung des Art 8 EMRK im Bereich der Familienzusammenführung geschaffen hat, beweist, dass auch er die Zeichen der Zeit richtig erkannt hatte.

Wenn es der Vollziehung nun, in Zusammenarbeit mit den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, auch noch ge-

lingen sollte, die Kriterien des Art 8 EMRK sachgerecht zu judizieren, wäre eines der düstersten Kapitel der jüngeren österreichischen Rechtsgeschichte abgeschlossen.

Dr. Wilfried Ludwig Weh ist Rechtsanwalt in Bregenz. Der Autor war am Verfahren beteiligt.

Funk/Holzinger/Klecatsky/Korinek/Mantl/Pernthaler (Hg.) Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag



Vor 10 Jahren haben wir Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag mit einer Festschrift geehrt. Was damals gegolten hat, hat sich im letzten Dezennium bestätigt: Die erneute Ehrung ist uns leicht gemacht worden. Das gilt für die Autoren, für die fördernden Institutionen und für den Verlag Österreich – sie alle haben mit großer Bereitwilligkeit zur Würdigung eines Mannes beigetragen, dessen herausragende Persönlichkeit und dessen Wirken die Entwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Forschung, Lehre und Praxis nachhaltig beeinflusst haben.

Die Breite und Qualität der Beiträge entsprechen der Breite und Tiefe der Arbeiten von Ludwig Adamovich und den Entwicklungen in Recht und Politik in den vergangenen 10 Jahren. Die Einheit von Denken, Sprechen und Handeln und die Ausrichtung allen wissenschaftlichen Tuns an den Grundsätzen der Vernunft, Wahrheit und Toleranz sind Werte, die uns Ludwig Adamovich stets vor Augen geführt hat.

Bernd-Christian Funk, Gerhart Holzinger, Hans R. Klecatsky, Karl Korinek, Wolfgang Mantl, Peter Pernthaler (Aus dem Vorwort der Herausgeber)

881 Seiten, gebunden, € 152,-, 3-7046-3861-7

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.jusline.at

„Ulysses ist nicht leicht zu lesen“

Ein Streifzug durch *Law and Literature*

Elisabeth Holzleithner

Recht und Literatur miteinander in Bezug zu bringen, ist eine reizvolle Angelegenheit, die viele Möglichkeiten eröffnet. Die Texte des Schwerpunkts zeigen an einzelnen Beispielen aus Rechtspraxis, Rechtswissenschaft und Literatur, wie vielfältig das dadurch aufgespannte Feld ist. Der folgende Text führt in die Vereinigten Staaten, in denen anfangs bloß sporadische Auseinandersetzungen mit dem Thema mittlerweile in einer vielseitigen und vielstimmigen interdisziplinären „Bewegung“¹⁾ zusammenfließen. *Law and Literature*, so das ge-läufige Label, nimmt heute einen fixen Platz im amerikanischen rechtswissenschaftlichen Diskurs ein – davon zeugen institutionalisierte Debatten in eigenen Zeitschriften²⁾ und Fixplätze für einschlägige Kurse an Law Schools. In Europa ist das nicht der Fall. Das ist Grund genug, die Debatte näher zu beleuchten.

Law and Literature hatte von Anfang an eine Agenda. Die Bewegung versteht sich in kritischer Distanz zum traditionellen rechtswissenschaftlichen *Legalism* mit seinem Insistieren auf Objektivität und Neutralität des Rechts sowie zum boomenden Feld der *Law and Economics*. *Richard Posner*, ein scharfzüngiger Vertreter von *Law and Economics*, der sich als „ungebetener Gast“³⁾ mit einem Übersichtswerk⁴⁾ in die Debatte einmischte, sieht das ganz klar (und kritisiert es auch): Es ging und geht dem Feld darum, das Recht als Humanwissenschaft von den Sozialwissenschaften (zurück) zu

erobern, Recht als Zweig der Humanwissenschaften zu reklamieren und es aus den Fängen der ökonomischen Rationalität zu befreien.⁵⁾

Mit diesem Anliegen stand *Law and Literature* nicht allein. Die Bewegung teilt manche kritische Bedenken mit zwei anderen zu dieser Zeit aufkeimenden Strömungen: den *Critical Legal Studies*⁶⁾ und der *Feminist Jurisprudence*. Es gab und gibt auch methodologische, inhaltliche und personelle⁷⁾ Verflechtungen und Berührungspunkte. Allerdings sollten diese nicht überschätzt werden. So ist etwa, wie in vielen Kommentaren betont wird, die politische Orientierung von *Law and Literature* offen oder, wie *Baron/Epstein* etwas abwertend meinen, „obskur“⁸⁾; sie lässt sich nicht einfach als konservativ oder progressiv festmachen.⁹⁾

Law and Literature wendet vielfältige aus Literatur und Literaturwissenschaft entnommene Ansätze und Methoden an, um die Adäquatheit von Recht und Rechtswissenschaften im Umgang mit den Phänomenen des Lebens auf den Prüfstand zu stellen. Darunter fallen Analysen von literarischen Werken, die rechtliche Themen behandeln, der Einsatz von Literatur in der juristischen Ausbildung, die Anwendung literaturwissenschaftlicher Methoden inklusive der damals gerade in Mode gekommenen „Dekonstruktion“ bei der Analyse von rechtlichen Fragen oder Konzeptionen sowie die Entdeckung und Untersuchung der Rolle des „Narrativen“ im

1) Nach *White*, What A Lawyer Can Learn From Literature? *Harvard Law Review* (1989) 2026, ist „Bewegung“ in einem weiten Sinn zu verstehen, „as one might think of movements of the earth“. Noch Mitte der achtziger Jahre und im Gegensatz zu anderen Autoren und Autorinnen hielt *John Ayer* fest, die Strömung habe noch nicht die Würde eines Labels erlangt; *Law, Philosophy, and Literature: The Very Idea of „Law and Literature“*, *Michigan Law Review* (1987) 896.

2) ZB die *Cardozo Studies in Law and Literature*.

3) *Papke*, Problems With an Uninvited Guest: *Richard A. Posner and the Law and Literature Movement*, 69 *Boston University Law Review* (1989) 1067.

4) *Posner*, *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (1988). In der zweiten Auflage sollte das Buch seinen Untertitel verlieren.

5) *Posner*, *Law and Literature*, Revised and Enlarged Edition (1998) 6.

6) „Distrust and distaste for law and economics allied Law and Literature with CLS, but only to a limited degree. Proponents of Law and Literature tended to make their arguments about morality in law by offering pointed readings of carefully chosen works of literature. But CLS tended to emphasize the openness of texts, and the definitive readings put forward by the Law and Literature movement were at odds with both the indeterminacy thesis and the reigning literary methodology of the period,

deconstruction. [...] Moreover, the dichotomization of qualities such as reason-emotion, abstraction-particularity, and the like was, by CLS standards, naïve“; *Baron/Epstein*, *Language and the Law: Literature, Narrative, and Legal Theory*, in *Kairys* (ed), *The Politics of Law. A Progressive Critique*³ (1998) 666.

7) Für die Verflechtung mit *Feminist Jurisprudence* ist insbesondere *Robin West* zu nennen.

8) *Baron/Epstein*, *Language* 665.

9) *Law and Literature* ist für verschiedene politische Positionen offen und nicht von einer politischen Richtung vereinnahmt worden. Im Lichte der Vielfältigkeit von Literatur und literaturwissenschaftlichen Ansätzen wäre alles andere wohl auch absurd.

Rechtsdiskurs. Auf einige dieser Themen und Herangehensweisen möchte ich im Folgenden eingehen.

1. Strömungen in der Bewegung

Die Wurzeln der *Law and Literature*-Bewegung liegen weit in der Vergangenheit. Als ein wesentlicher Punkt wird gern *John H. Wigmore*s Liste von „Legal Novels“ genannt, die erstmals 1907 publiziert wurde.¹⁰⁾ Unter „Legal Novels“ verstand *Wigmore* Romane, an denen Juristen auf Grund ihrer Profession interessiert sein sollten – sei es, weil bestimmte Themen und Eigenheiten der Jurisprudenz literarisch verarbeitet wurden oder weil diese Romane dazu dienlich sein konnten, das menschliche Wesen in seinen vielfältigen Facetten besser zu erfassen und zu verstehen.

Die Liste kann als Nachhall einer alten Zeit gesehen werden, der *Robert A. Ferguson* nachgespürt hat.¹¹⁾ In dieser alten Zeit – *Ferguson* nennt sie „The Configuration of Law and Literature“¹²⁾ und setzt ihr Ende mit dem Ausbrechen des Bürgerkriegs an – war „der Jurist“ Angehöriger einer umfassend gebildeten sozialen Elite, die auf die Einheit des Naturrechts vertrauen konnte. Mit der zunehmenden Ausdifferenzierung, Spezialisierung und auch Demokratisierung der rechtlichen Disziplin als Hüterin des positiven Rechts und der stärkeren Betonung spezifisch technisch-analytischer Fertigkeiten brach diese Einheit allerdings auseinander. Zwei „Großjuristen“ waren dabei prägend: *Langdell* führte die Methode der Fallbearbeitung an der Harvard Law School ein und schirmte das Studium des Rechts von äußeren Einflüssen ab. Es ging ihm darum, Recht als eigenständige Disziplin zu etablieren. *Oliver Wendell Holmes*, selbst einer der belesensten Juristen seiner Zeit, verschrieb sich schulbildend einem Positivismus, der die Präzision in der Analyse rechtlicher Doktrinen vagen allgemeinen Prinzipien vorzog.¹³⁾ Literatur wurde im besten Fall als Ergänzung herangezogen, um aus einem Juristen einen „ganzen“ und damit besseren Menschen zu machen.¹⁴⁾

Was ist das Problem mit „dem Juristen“? Er steht im Verdacht, ein eiskalter Rechtstechniker zu sein, der im schlechten Sinn formalistisch Recht „vollzieht“. Schon *Thoreau* formulierte in seinem Text über Zivilen Ungehorsam pointiert: „Die Wahrheit des Advokaten ist nicht Wahrheit, sondern Konsequenz, oder eine konsequente Zweckmäßigkeit.“¹⁵⁾ Dem Juristen, so das (Zerr-)Bild, geht es nur um Regeln, die er bei Nichteinhaltung quasi-mechanisch vollzieht. Ob das richtig ist oder nicht: diese Frage stellt er sich nicht. *Drachs* Darstellung von Richter *Huntzinger* in seiner Novelle UND

gemahnt, wie *Alfred Noll* in seinem Text ausführt, an einen solchen Typus.¹⁶⁾

Richard Weisberg nimmt genau diesen Typus aufs Korn.¹⁷⁾ Er findet ihn in einer großen Anzahl an literarischen Werken. Sein Ausgangspunkt ist die Rolle von Juristen in totalitären Regimen, ihre Anwendung von Rechtsnormen, die mit *Radbruch* als „gesetzliches Unrecht“ bezeichnet werden sollten, als positives Recht. Wortreich beklagt *Weisberg* das Versagen der juristischen Sprache, Gerechtigkeit zu bringen. Er schreibt den Grund für dieses Versagen einer spezifischen Charaktereigenschaft des Juristen bzw. jenes Menschentypus zu, der sich im Rechtsdiskurs mit Autorität bewegt: dem Resentiment. Den Begriff und seine Analyse entnimmt *Weisberg Nietzsches* Polemik gegen die Sklavenmoral in der Genealogie der Moral¹⁸⁾ und definiert ihn als „perpetual rancor“.¹⁹⁾

„Der Jurist“ tritt als Figur auf, die aus selbstsüchtigen Motiven manipuliert und greifbare Beweise so verdreht, dass sie in eine ihr genehme Theorie der Ereignisse passen. Er lässt sich somit nicht auf die Komplexitäten des Lebens ein, sondern verliert sich in seinen Manipulationen. Mit seiner Eloquenz schafft er es, selbst ein intelligentes Publikum auf seine Seite zu ziehen. Seine ethisch entleerte Rechtsanwendungstechnik macht es unmöglich, durch Recht auch Gerechtigkeit zu verbürgen.

Dieses Thema variiert *Weisberg* in einem weiteren Buch, in dem er eine Theorie der „Poethik“ aufstellen möchte.²⁰⁾ Er moniert, dass die moderne Gesellschaft sich generell nicht (mehr) darauf einigen kann, welches Verhalten verwerflich ist, und dass gerade moderne Juristinnen und Juristen oft die Interessen ihrer Klientinnen und Klienten im Verfolgen von verwerflichen Zielen teilen und diese begeistert und in mitreißender Rede vertreten. Diese ethische Leere²¹⁾ rechtlichen Denkens und Handelns muss gefüllt werden, der mögliche Missbrauch rhetorischer Macht müsse eingedämmt werden – Juristinnen und Juristen müssen befähigt werden, Ethik und Ästhetik in der rechtlichen Rhetorik zu verbinden. Das Ziel ist, in den Worten *Weisbergs*, eine Verbindung von Gerechtigkeit mit „beautiful speech“ herzustellen, „not their cynical or merely self-serving dissociation“.²²⁾

Die Erneuerung der Allianz von (juristischer) Kunstfertigkeit und gerechter Handlung soll über das Studium von Literatur gelingen. Die Vorstellung einer positiven Wirkung von Literatur auf die (juristische) Persönlichkeit, die unzweifelhaft durch den Rechtsdiskurs zugerichtet wird,²³⁾ ist nach Ansicht von *James Boyd White* das Herzstück von *Law and*

10) *Wigmore*, A List of Legal Novels, 2 Illinois Law Review (1908) 574, 576, 579, siehe *Baron/Epstein*, Language 663; *Page*, The Place of Law and Literature, Vanderbilt Law Review (1986) 391.

11) *Ferguson*, Law and Letters in American Culture (1984).

12) *Ferguson*, Law and Letters 8ff; vgl *Page*, Place 395-402.

13) *Page*, Place 401. Siehe zur Schematisierung der positivistischen bzw legalistischen Position den Überblick bei *Posner*, Law and Literature (1998) 126, der völlig zu Recht festhält, dass es einen Positivismus in Reinkultur wohl nie gegeben hat.

14) Deshalb nennen *Baron/Epstein*, Language 664, diese Strömung das „moral uplift“-Projekt. Es geht davon aus, dass Recht durch Literatur verbessert werden kann, indem literarische Lektüre Juristinnen und Juristen zu besseren Menschen machen kann.

15) *Thoreau*, Über die Pflicht zum Ungehorsam gegen den Staat und andere Essays (1967) 32. „The lawyer's truth is not Truth, but consistency or a consistent expediency.“

16) *Noll*, „Das nicht mehr abwendbare Wort“, in diesem Heft.

17) *Weisberg*, The Failure of the Word: The Lawyer as Protagonist in Modern Fiction (1984).

18) *Nietzsche*, Genealogie der Moral (1887).

19) *Weisberg*, Failure xiii.

20) *Weisberg*, Poethics and Other Strategies of Law and Literature (1992).

21) *Weisberg*, Poethics 4.

22) *Weisberg*, Poethics 40.

23) Siehe dazu pointiert *Benke*, JuristInnenausbildung – ein feministischer Irrweg? JRP (1995); *Kennedy*, Legal Education as Training for Hierarchy, in: *Kairys*, Politics of Law 54ff.

Literature. Er formuliert sie nicht nur in seinem Initialwerk „When Words Lose Their Meaning“²⁴⁾, das ein Kommentator als „unashamedly didactic“²⁵⁾ charakterisiert, sondern ganz besonders vehement in seiner kritischen Rezension von *Richard Posners* Abrechnung mit der „Bewegung“, der *Posner* vorwirft, das Verhältnis gründlich misszuverstehen.²⁶⁾ Die interessante Frage sei nicht, so *White*, was das „Feld“ der Literatur dem „Feld“ des Rechts lehren könne, sondern welche Bedeutung und welchen Wert literarische Bildung für die Person haben könne, die Recht lernt und praktiziert.

Lesen, meint *White*, ist ein ethischer Prozess, im Zuge dessen sich der Charakter formt. Es kann bei der Beschäftigung mit Literatur nicht nur darum gehen, wie *Posner* amüsiert-zynisch vorrechnet, „craft values“ zu erwerben: Genauigkeit, Unparteilichkeit, Menschenkenntnis und ein paar rhetorische Tricks, um die eigene Entscheidung überzeugender erscheinen zu lassen. *White* moniert, das sei nur eine „sehr kleine Maus von einem großen Berg.“²⁷⁾ Die entscheidende Leistung von Literatur liege darin, dass sie Verständnis und Mitgefühl befördere, die Vorstellung von sich selbst und der Welt verkompliziere und die in der Kultur so dominante instrumentell-kalkulierende Art des Denkens an ihren Platz verweise.²⁸⁾ Diese Leistung erbringe Literatur nicht, indem sie vorgefertigte Erkenntnisse anbiete, kleine Pakete des Wissens, die aus Aussagesätzen zusammengeschnürt sind, sondern „by engaging the mind in certain ways, and transforming it“.²⁹⁾

Spielt es dann eine Rolle, welche Literatur gelesen wird? Bei der Frage nach einem möglichen Kanon werden die Meinungen immer auseinander gehen, aber jede Auswahl wäre wohl fragwürdig, würde sie bloß Bücher weißer Großautoren enthalten. Die Lektüre der Wahl müsste wohl repräsentativ sein für die Vielfalt an Gruppen in der Bevölkerung. Wie nicht anders zu erwarten, hat sich an der Frage, was ein politisch-korrekt Kanon ist, so manche Debatte entzündet; ein Kommentator fürchtet gar einen „culture war“ am amerikanischen Campus.³⁰⁾

White betont, nicht jeder Text könne uns in der von ihm vorgestellten positiven Weise transformieren und nennt als ein Negativbeispiel unbefangene „Pornographie“ und rassistische Witze³¹⁾. Bedeutet das jetzt, dass man sich nur erbaulicher, moralisch hochstehender (was immer das bedeuten mag) Literatur hingeben soll?³²⁾ Zu einem solchen Ergebnis kann man wohl nicht ernsthaft gelangen. Für *White* ist das der

Punkt, an dem eine komplexe Theorie des Lesens beginnt. Im Zuge der Lektüre würden wir permanent jene Person überprüfen, welche zu werden der Text uns *einlade*, und sie kontrastieren damit, wer wir *sind* oder gern wären. Lesen bedeutet, sich auf imaginative Welten einzulassen, ihre Sinnangebote in unsere Welt zu integrieren.³³⁾ In diesem Prozess müssten wir, wie *White* betont, gleichzeitig offen sein für die Möglichkeit, dass die Persönlichkeitsverschiebung durch den Text sich positiv auf unsere Makel auswirkt; dass aber auch das Gegenteil der Fall sein kann, sodass wir der Einladung des Textes besser widerstehen sollten.³⁴⁾

Eine ähnliche Zielrichtung hat der Vorschlag, der in *Weisbergs* Konzeption von „Poethics“ steckt, nämlich dass der ethische Gehalt von vielen Werken sich erst ergibt, wenn man sie gleichsam „gegen den Strich“ liest. Er stellt fest, dass zu viele in der Literatur dargestellte Verfahren falsch entschieden werden, also in einem „Rechtsirrtum“ enden.³⁵⁾ Das sei vor allem dann der Fall, wenn *Außenseiter* mit ihren nonkonformistischen Werten am juristischen Mainstream scheitern – *Weisberg* nennt etwa *Meursault* in *Camus’* *Der Fremde* oder *Billy Budd* in *Melvilles* gleichnamiger Novelle.³⁶⁾

Damit wird allerdings die ethische Frage nur verlagert. Welche der vielen von Literatur angebotenen Mainstream- und nonkonformistischen Werte sind es wert, vom Rechtssystem affirmiert zu werden? Welches sind die Maßstäbe, die hier angelegt werden sollen? Und muss nicht die Leserin, der ein so hoher Anspruch aufgebürdet wird, nicht schon vorher jene ethische Haltung *gehabt* haben, die sie durch Auseinandersetzung mit Lektüre *ausbilden* soll? *Weisberg* selbst kommt letztlich zu dem aus der Perspektive seines hohen Anspruchs etwas kläglichen, aber höchst vertrauten Punkt, an dem er mahnt, Recht müsse *vorurteilslos* angewendet werden.³⁷⁾ Und dafür braucht es vorurteilsfreie, einfühlsame Juristinnen und Juristen.

Wie an den vorangegangenen Ausführungen wohl sehr deutlich geworden ist, fokussiert *Law and Literature* auf die Rolle der einzelnen Juristin im Rechtsdiskurs – ihre Stellung, Aufgabe und Herangehensweise. Literarische Bildung kann sie bei ihrer Aufgabe leiten: dem Auffinden und Konstruieren jener autoritativen Texte, die zur Entscheidung eines Falls herangezogen werden und der Übersetzungsleistung, die notwendig ist, um einen Fall im Rechtsdiskurs zu bearbeiten. Neben ihrer Bildung wird ihrer Position und Haltung³⁸⁾ besonderes Augenmerk geschenkt. Es geht um die Frage, wie

24) *White*, *When Words Lose Their Meaning*. Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community (1984). Auch in Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of Law (1985) variiert *White* dieses Thema und umkreist die Frage, ob Rhetorik das Fundament einer Ideengemeinschaft sein kann oder ob sie die Domäne von „scoundrels practicing base trickery“ (*Malkan*, Law on a Darkling Plain, Harvard Law Review (1988) 704) bleiben muss.

25) *Page*, Place 408.

26) *White*, What Can a Lawyer Learn.

27) *White*, What Can a Lawyer Learn 2032.

28) *White*, Law And Literature: „No Manifesto“, Mercer Law Review (1988) 741, zitiert bei *Papke*, Problems with an Uninvited Guest 1083.

29) *White*, What Can a Lawyer Learn 2028.

30) *Witteveen*, Law and Literature: Expanding, Contracting, Emerging, Cardozo Studies in Law and Literature (1998) 155.

31) *White*, What a Lawyer Can Learn 2020.

32) Zu dieser Ansicht müsste man bei einer linearen Vorstellung der Rezeption von Lektüre kommen und dann ist es auch nur ein kleiner Schritt, *Weisberg* und anderen vorzuhalten, sie würden einem fatalen Irrtum unterliegen, wenn sie glauben, dass Literatur Juristen ethisch bilden kann: „given literature's intrinsic ethical diversity and many lawyers' sympathy for less-than-admirable clients, simply studying literature is unlikely to produce the shared sense of right and wrong that Poethics hopes to instill.“ (Note, Do The Right Thing, Harvard Law Review

(1993) 1352)

33) *White*, *When Words Lose Their Meaning* 8ff spricht auch von „imaginärer Partizipation“.

34) *White*, What Can a Lawyer Learn 2020.

35) *Weisberg*, Poethics 195.

36) *Weisberg*, Poethics 41.

37) „Poethics starts with the goal of finding in literature some ethical constraint on otherwise all-powerful legal rhetoric but concludes that the only common ethic in literature is that judges should fairly administer legal rules that, as *Poethics* itself teaches us, lack force.“ Book Note, Do the Right Thing, 106 Harvard Law Review (1993) 1357.

38) *Solove*, Postures of Judging: An Exploration of Judicial Decisionmaking, 9 Cardozo Studies in Law and Literature (1997) 173.

sie an ihre Aufgaben herangeht bzw herangehen soll und wie sie sich in den Spielräumen bewegt, die sich bei der Anwendung genereller Regeln auf einen konkreten Fall auftun.

Dabei stellt sich zunächst die Frage, wie diese Spielräume in der Konzeption von Fällen und bei der Interpretation von herangezogenen Normen gefasst werden. Stellen sie, wie Rechtspositivisten wie *Kelsen* und *Hart* dies sehen wollen, quasi „rechtsfreie Räume“ dar, Einfallspforten für „außerrechtliche“ Erwägungen, die der RichterIn die Möglichkeit zur blanken Dezision eröffnen?³⁹⁾ Oder gibt es, wie *Ronald Dworkin* postuliert, auch für schwierige Fälle genau eine richtige *rechtliche* Lösung, die durch eine perfekte Re-Konstruktion des Rechts zu finden wäre? (Das zu tun überlässt er freilich dem mythischen Richter Herkules.⁴⁰⁾)

Wenn wir zum Thema solcher „Spielräume“ kommen und wie sie adäquat erfasst werden können, erreichen wir eine weitere Strömung von *Law and Literature*. Ihr „hermeneutisches Projekt“⁴¹⁾ knüpft an Erfahrungen der „Unbestimmtheit“ des Rechts an und bearbeitet sie mit literaturwissenschaftlichen Methoden. Es steht im Kontext einer (regelmäßig auftretenden) Kritik am Rechtsdiskurs, welche in Frage stellt, ob und inwieweit die *Rechtssprache* die Erfahrungen und Phänomene menschlicher Existenz *adäquat wahrnehmen* kann.⁴²⁾ Dabei geht es also auch darum, welches Verständnis von Sprache im Recht vorherrscht. Das von *Law and Literature* kritisierte Verständnis sieht Sprache als ein Instrument, das zum Erfassen der Welt eingesetzt wird: „our talk is about what is ‘out there’ in the natural or conceptual world, to which it is the function of language to point. Language obtrudes on our notice only when it is imperfect or fuzzy: in its ideal form it disappears from view entirely.“⁴³⁾ Im Zuge der Reklamierung von Recht als Humanwissenschaft schlägt *Law and Literature* vor, Rechtstexte als literarische Texte zu verstehen. *White* beschreibt, wie solche Texte „funktionieren“:

„They are not propositional, but experiential and performative; not language-free, but language-bound and language-centered; not reducible to other terms – especially not to logical outline or analysis – but expressing their meanings through their form; not bound by the rule of noncontradiction but eager to embrace competing or opposing strains of thought; not purely intellectual, but affective and constitutive, and in this sense integrative, both of the composer and of the audience, indeed in a sense of the culture in which they work. Texts of this sort are not coercive of their reader, but invitational: they offer an experience, not a message, and an experience that will not merely add to one’s stock of information but change one’s way of seeing and being, of talking and acting.“⁴⁴⁾

Texte zwingen also ihre Bedeutung nicht auf, sie stellen eine *Einladung* an die Leserin dar, sich auf ihre Welt einzu-

lassen. Bedeutet diese Forderung eine frische Erkenntnis für den Rechtsdiskurs? Als Sprache unterliegen Recht wie Literatur Deutungen. Ich denke, wir können an dieser Stelle *Richard Posner* vertrauen, wenn er festhält, dass die Art, wie ein Text interpretiert und gegebenenfalls „verwendet“ wird, immer relativ zu einem bestimmten Zweck stattfindet. Im Fall des Rechts besteht der Zweck – die Einladung oder das Sinnangebot der Rechtssprache – darin, die soziale Ordnung zu gestalten, indem Institutionen eingerichtet werden, die Regelwerke zur Verfügung stellen, in deren Licht im Fall eines Konflikts eine Lösung herbeigeführt werden kann. Es soll geklärt werden, wie das Handeln verschiedener Menschen kompatibel sein kann: ob eine Verletzung, deren widerrechtliche Zufügung behauptet wird, zugefügt wurde und worin sie gelegen ist, um daraus gegebenenfalls „rechtliche Konsequenzen“ abzuleiten. Die Deutung von Literatur muss sich um derlei nicht kümmern. Sie ist, wie *Bernd Christian Funk* in seinem Beitrag ausführt, nicht notwendigerweise auf die Steuerung gesellschaftlichen Verhaltens gerichtet und produziert nicht notwendigerweise kommunikative Macht.⁴⁵⁾

Recht hat Antwortcharakter mit Blick auf (vergangene oder mögliche) Konflikte, die es zu *regulieren* beansprucht.⁴⁶⁾ Konflikte sollen durch Regeln vorab schon verhindert werden; treten sie auf, so können sie vor rechtlichen Institutionen ausgetragen werden. Die Deutung des Rechts ist (immer) auf den Zweck hin ausgerichtet, einen Konflikt zu erfassen und beizulegen. Es ist eine vertraute Einsicht, dass die Regel das eine ist, die Realität eines Konflikts etwas ganz anderes, und dass die juristische Kunst darin besteht, Regel und Fall angemessen in Übereinstimmung zu bringen, so dass eine einwandfreie, legitime Lösung heraus kommt. Das Spektrum möglicher Lösungen ist, auch das ist banal, sehr breit. Daraus ergibt sich die Erfahrung der Unvorhersehbarkeit des Rechts und seiner Unbestimmtheit.

Law and Literature verschreibt sich weitgehend *nicht* der radikalen Unbestimmtheitsthese, wie sie im Zuge der „De-konstruktion“ eine Zeit lang en vogue war. Ein zugespitzter Befund könnte so formuliert werden, dass die Rede von der Gesetzesbindung eine reines Ablenkungsmanöver ist, ein perfider ideologischer Schachzug, um die Ausübung persönlich-willkürlicher Macht einzelner Personen, denen im Rechtssystem Autorität zukommt (so bestimmt wäre es nämlich, dass die Zuerkennung von Autorität nachvollziehbar wäre), zu kaschieren. Mit einer solch weitgehenden Behauptung würde *Law and Literature* das eigene Projekt untergraben, weil die Texte, die solche Unbestimmtheit behaupten, selbst zu unbestimmt sein müssten, um ihnen eine solche Bedeutung zu entnehmen: „Is there any meaning to the deconstructionist attack on meaning?“⁴⁷⁾ fragt *Richard Ayer* und formuliert damit einen typischen Einwand, der an solche Rundumschläge gegen die Möglichkeit des Verstehens zu richten wäre.⁴⁸⁾

39) *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 346ff; *Hart*, The Concept of Law² (1991) 124ff.

40) *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen (1984) 144ff.

41) *Baron/Epstein*, Language 665.

42) *Baron/Epstein*, Language 662.

43) *White*, What Can a Lawyer Learn 2017.

44) *White*, What Can a Lawyer Learn 2018.

45) *Funk*, Literatur – Recht – kommunikative Macht, in diesem Heft.

46) Ein schöner Text, der sich der genuinen Aufgabe des Rechts widmet, illegitime private Macht einzudämmen, ist *West*, Reconsidering Legalism, 88 Minnesota Law Review (1003) 119.

47) *Ayer*, Law 905.

48) Er formuliert sie in einer (ziemlich bissigen) Rezension von *Richard Weisbergs* The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction (1984), einem der „Gründungstexte“ von Law and Literature.

Die Ausgangspunkte im Kontext von *Law and Literature* sind bescheidener. Sie setzen etwa bei dem komplexen Vorgang an, Regel und Fall in Übereinstimmung zu bringen. Praktiken der Bezeichnung durch Rechtssprache sind durch Routinen in einen Sinnzusammenhang eingebettet, der durch immer neue Fallkonstellationen permanent in Bewegung ist. Bei der Konstruktion von „Sachverhalten“ fließen unzählige Elemente (Beweismittel), darunter zahlreiche „Narrative“ ein, die zu einer stringenter Fallzerlegung verbunden werden sollen, und zwar immer schon mit Blick auf anwendbare Normen. In der Abstimmung von Regel und Fall aufeinander werden beide zugerichtet. Für diejenigen, die in den Rechtsstreit als Parteien oder Betroffene involviert sind, ergeben sich daraus jede Menge Unwägbarkeiten, die in ihrer Gesamtheit das Risiko oder die Chance darstellen, einen Fall zu verlieren oder zu gewinnen.

Bei der Interpretation von Normen ergeben sich an der Schnittstelle von Regel und Fall erhebliche „Spielräume“. Politische und moralische Fragen sind unhintergebar als Aufgabe in das Recht eingebaut. Gerade in einer, wie es immer heißt, schnelllebigen Zeit, in der ethisch-politischer Konsens in vielen komplexen Fragen selten geworden ist, delegieren Gesetzgeber in kompromisshaften Regeln die „eigentlichen“ Probleme in das Feld der Rechtsanwendung. Sie ist aufgerufen, „zeitgemäße“ und damit adäquate Fassungen für das jeweilige Problem zu finden.

Was kann es überhaupt bedeuten, ein Phänomen adäquat zu erfassen und nochmals vorgelagert: Wie werden Phänomene erfasst? Sie werden immer aus einem bestimmten Blickwinkel wahrgenommen. Ein Blickwinkel beleuchtet verschiedene Aspekte. Das setzt voraus, dass andere mögliche Aspekte im Dunkel bleiben. *Fish* formuliert pointiert, dass „Vergesslichkeit“ im Sinne dessen, dass man nicht alles auf einmal beachtet, eine Voraussetzung für Handlung ist. Den Unterschied zwischen verschiedenen Aktivitäten (wie: Recht sprechen oder als literarischer Kritiker agieren) verortet er dann als Unterschied zwischen verschiedenen Arten der „Vergesslichkeit“.⁴⁹⁾ Rechtsdiskurs und Literaturkritik erscheinen so wie unterschiedliche Scheinwerfer, die ein Phänomen beleuchten.

Das ergibt sich auch aus der theoretischen Prämisse der Selektivität von Sprache. In dem Moment, in dem Sprache Dinge benennt, beschränkt sie sie notwendiger Weise, richtet sie zu, verzerrt sie auch. Um diese *Heidegger* zugeschriebene Erkenntnis zu erklären, bemüht *Christine Husson* eine Analogie zum Sehen: Um überhaupt etwas sehen zu können, müssen wir es aus einem bestimmten Winkel sehen. Der Winkel ermöglicht das Sehen, beschränkt es aber auch. Sprache wird derart zu einer kontinuierlichen Entscheidung darüber, was enthüllt wird, ist eine selektive Interpretation, die das verhüllt, was nicht ausgesprochen wird, was als Möglichkeit im Hintergrund bestehen bleibt.⁵⁰⁾

Juristische Routinen der Wahrnehmung und Interpretation sind solcherart wie Scheinwerfer, die Phänomene (nur) in einem spezifischen Licht erscheinen lassen. Jede Norm, und mag sie noch so „bestimmt“ sein, kann in den Strudel von Interpretationskonflikten geraten, wenn ein Fall sich ihrer routinierten Anwendung widersetzt. Das kommt dann vor, wenn (noch) nicht an Interpretationsroutinen angedockt werden kann, oder wenn ein neuer Interpretationsgesichtspunkt ins Spiel gebracht wird. Dabei mag es sich um Fakten handeln, die bislang noch nicht berücksichtigt wurden oder um andere Rechtsnormen oder Rechtsprinzipien, deren Berücksichtigung angezeigt scheint, weil ein Problem anders – neu – gesehen wird.⁵¹⁾

Ein Beispiel: Die Entscheidung des Bürgermeisters von San Francisco, lesbische und schwule Paare zur Eheschließung zuzulassen, kann so gesehen werden: Er interpretierte die zugrunde liegende rechtliche Regel nicht „wörtlich“, sondern im Licht des verfassungsmäßigen Verbots, auf Grund der sexuellen Orientierung zu diskriminieren. Damit wird an einen rechtlichen Gesichtspunkt auf kreative Weise angedockt, und die Zukunft wird zeigen, ob der Bürgermeister als wegweisende Avantgarde agiert hat oder ob sein Vorgehen als rechtlicher „Ausreißer“ gelten wird. Es wird sich zeigen, ob das rechtsanwendende Organ „zu weit“ gegangen ist in seinem „Aktivismus“. Die Mühlen des Rechts, deren Aufgabe es ist, darauf eine (provisorische) Antwort zu finden, mahlen bereits.

Die Entscheidung der Rechtsanwenderin samt ihrer Begründung ist Teil eines kontinuierlichen kollektiven Prozesses der Debatte und des Urteilens, der im Rahmen förmlicher Verfahren stattfindet.⁵²⁾ *Ronald Dworkin* hat dafür, wie *Christian Hiebaum* in seinem Artikel auseinandersetzt, das Bild des „Kettenromans“ gebraucht.⁵³⁾ Die „opinion“, die daraus „hervorgeht“, wird zur Basis für zukünftiges Argumentieren. In diesem Prozess etablieren Gericht oder Verwaltungsbehörde Verbindungen, bauen gleichsam Brücken zwischen Vergangenheit und Zukunft. Dabei findet immer eine doppelte Bewegung statt: die Stabilisierung institutionellen Wissens und etablierter Praktiken ebenso wie ihre Veränderung, ihre Ausdifferenzierung. Manchmal werden sie auch verworfen.

2. Wie Recht Literatur konstituiert – Ulysses und Fanny Hill

Ich möchte einige der hier angesprochenen Themen und Thesen an einem Beispiel vorführen, das ein Randthema von *Law and Literature* ist: die Frage des Verhältnisses von Recht und Literatur anhand von Fällen, in denen Recht gefordert ist, sich mit Texten zu befassen, um festzustellen, ob es sich dabei um „Literatur“ (sprich: „Kunst“) handelt oder um etwas anderes und was damit geschehen soll. Dem geht ein Konflikt über die Zulässigkeit von Texten voraus, im Rahmen dessen

49) *Fish*, Dennis Martinez and the Uses of Theory, Yale Law Journal (1987) 1798.

50) *Husson*, Expanding the Legal Vocabulary: The Challenge Posed by the Deconstruction and Defense of Law, Yale Law Journal (1986) 976. *Husson* leitet daraus als entscheidende Aufgabe der Judikative ab, sie habe widerstreitende Konstruktionen der

Realität und des Rechts anzuhören: „It is receptivity institutionalized, a receptivity that nevertheless achieves the human contact which is its real purpose.“ (Expanding 987)

51) Ich habe dies am Beispiel der Interpretation des Begriffs der „beischlafsähnlichen Handlung“ versucht nachzuzeichnen. Siehe dazu *Holzleithner*,

Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung (2002) 107-111.

52) *White*, When Words Lose Their Meaning 264.

53) *Dworkin*, How Law Is Like Literature, in: Ders., A Matter of Principle (1985) 146ff.

Recht jene Grenzen festlegen soll, innerhalb derer etwas „als Literatur“ gelten darf. Die Problematik wird aufgefächert anhand der Abgrenzung von Literatur und Pornographie entlang der Interpretation von Rechtsregeln, die Pornographie „verboten“⁵⁴).

Ich habe zu diesem Zweck zwei Texte zur Analyse ausgesucht. Der erste Text ist die Entscheidung von Richter *Woolsey* im „Ulysses“-Fall⁵⁵, der 1933 entschieden wurde. Es ging darum, ob *James Joyce's* Ulysses als obszön zu qualifizieren ist. Der andere ist die *dissenting opinion* von Supreme Court Justice *Clark* im Fall *Memoirs v. Massachusetts*⁵⁶). In beiden Fällen bringen sich die Richter in hohem, vielleicht sogar erstaunlich zu nennenden Ausmaß persönlich ein. Sie lassen sich, wie Vertreter von *Law and Literature* fordern, auf die in Frage stehenden Texte ein und verarbeiten ihre Lektüreerfahrungen in ihren Begründungen, um ihre Sichtweise plausibel erscheinen zu lassen.

In beiden Texten tauchen einige Figuren auf, die bestimmt werden. Der Autor: seine Intentionen und deren Umsetzung; die typische Leserin in ihren möglichen Reaktionen auf das Werk – sie repräsentiert die gesellschaftlichen Normen; der „Roman“ und wie er gelesen werden kann, das heißt auch, welche Macht er über die Leserin hat; die Kunstwelt, repräsentiert durch die kunstsachverständige Person, die ein Werk nach bestimmten Kriterien einschätzt, der Richter in seiner Positionierung; schließlich die betroffene Person, die den Konflikt in Gang setzt und wie sie sich zu den gesellschaftlichen Normen des durchschnittlichen Lesers verhält. Rechtsdiskurs konstituiert also Subjekte und Objekte in ihren Verhältnissen zueinander. Je nach dem, wie dies geschieht, wird das Ergebnis ausfallen. Was macht also das Pornographische aus? Worin unterscheidet es sich vom Künstlerischen, Literarischen? Oder gibt es im rechtlichen Sinn „pornographische Kunst“? Was könnte das sein?⁵⁷

Schauen wir uns an, wie Richter *Woolsey* diese Themen im Ulysses-Fall angegangen ist. Zur Zeit der Entscheidung, 1933, galt in den Vereinigten Staaten noch der *Hicklin*-Maßstab.⁵⁸) Danach war ein Werk dann für obszön zu erklären, wenn isolierte Passagen daraus einen korrumpierenden Einfluss auf besonders gefährdete Personen – sprich: Kinder – ausüben könnten. 1896 hatte der US Supreme Court den *Hicklin*-Standard ungeschaut aus einer Entscheidung eines Untergerichts übernommen.⁵⁹) Richter *Woolsey* nun kümmert sich um den *Hicklin*-Standard überhaupt nicht, sondern stellt anhand seines Rechtsverständnisses und seiner Leseerfahrungen – sie werden in der Entscheidung immer

wieder thematisiert – andere Prämissen in den Raum: Es komme zunächst auf die Absicht an, mit der ein Autor ein Buch geschrieben hat, auf den Gesamteindruck, der sich bietet, und auf den Effekt des Buchs auf die „Person mit durchschnittlichen sexuellen Instinkten“.

Mehrfach betont *Woolsey*, wie schwierig Ulysses zu lesen und zu verstehen ist. In Auseinandersetzung mit den Absichten des Autors attestiert er *Joyce* Ernsthaftigkeit und den ehrlichen Versuch darzustellen – in „unusual frankness“ – wie seine Protagonisten denken und wahrnehmen. Dabei verwendet *Joyce* ab und an „certain words which are generally considered dirty words“; diese seien wohl in jenem Milieu, das *Joyce* beschreibt, verbreitet. Es handle sich außerdem um „old Saxon words known to almost all men and, I venture, to many women“. Hinsichtlich des wiederkehrenden Auftauchens sexueller Themen in den Gedanken der Charaktere verweist *Woolsey* darauf, dass „[Joyce] locale was Celtic and his season spring.“

Allerdings komme man mit den Absichten des Autors nicht aus; darüber hinaus sei der Gesamteindruck des Werks in seiner Wirkung zu beurteilen. Dabei bringt der Richter nicht nur sich selbst und seine Wahrnehmung ins Spiel, sondern auch jene von zwei Freunden, denen er Ulysses zu lesen gegeben hat. Alle drei kamen, so *Woolsey*, zum selben Ergebnis: Dass „Ulysses“ nicht als Aphrodisiakum funktioniert: „[R]eadnig Ulysses in its entirety, as a book must be read on such a test as this, did not tend to excite sexual impulses or lustful thoughts but [...] its net effect [...] was only that of a somewhat tragic and very powerful commentary on the inner lives of men and women.“ Ulysses mag „Brechtz erregen“, das Buch sei aber nicht obszön.

Die Entscheidung, so viel Applaus sie auch bekommen haben mag, hat freilich den *Hicklin*-Standard nicht verabschiedet. Das geschah erst 1957, dann aber in deftigen Worten. In *Butler v. Michigan* monierte das Höchstgericht, dass derartige Vorgaben eine Lesequarantäne über die gesamte erwachsene Bevölkerung verhängen, bloß um die Jugend abzuschirmen und damit das Gemeinwohl zu befördern: „Surely, this is to burn the house to roast the pig.“⁶⁰) Die Gesetzgebung geht also zu weit, sie ist nicht in vernünftig-adäquater Weise beschränkt auf das Übel, das es zu tilgen gilt.

1957 war das Jahr, in dem die amerikanische Judikatur zur Pornographie in Schwung kam. Eine weitere Richtungweisende Entscheidung, *Roth v. United States*, definiert Obszönes als Material, das, in seiner Gesamtheit betrachtet, Sex in einer Art behandelt, welche die Tendenz hat, beim Durch-

54) „Pornographie“ wird nicht einfach „verboten“. Was getan werden muss, um bestimmte verbotene Pornographien zu erzeugen, ist vielfach erlaubt. So ist etwa Sodomie kein Delikt mehr, der gewinnstüchtige Umgang (sprich: Handel) mit Tierpornographie allerdings schon (§ 1 PornG iVm § 220a StGB). Des weiteren ist es verboten, Kinderpornographie herzustellen, zu besitzen und damit zu handeln; sie zu „konsumieren“ ist aber erlaubt (§ 207a StGB). Siehe dazu *Holzleithner*, Grenzziehungen (2000).
55) *United States v. One Book Called „Ulysses,“* 5 F. Supp. 182 (Southern District of New York 1933), *aff'd*, 73 F.2d 705 (2d Cir. 1934)

56) 383 U.S. 413
57) Im Kontext von *Law and Literature* wäre es auch reizvoll zu fragen, ob Recht, wenn es sich auf bestimmte Texte einlässt, ihnen „verfällt“, von ihnen „infiziert“ wird. Wird Recht also „literarisch“, wenn es sich der Literatur hingibt, und „pornographisch“, wenn es mit Pornographie zu tun hat? Siehe folgende Definition von Pornographie: „Unzüchtig sind unnatürlich überspannte und gehäufte, vielfach vom Realismus abweichende, keine wissenschaftliche oder künstlerische Tendenz verfolgende, übertreibende und rauschhaft zum gehaltlosen Selbstzweck erhobene Darstellungen.“ (3. 2. 1977, 13 Os 175/

76) Diese Definition ist selbst wie ein Rausch.
58) *Ulysses* war eine jener Entscheidungen, durch welche der *Hicklin*-Standard zur Aufspürung obszöner Schriften für obsolet erklärt wurde. Siehe *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957) 488-489, FN 26. Siehe dazu näher bei *Hixson*, *Pornography and the Justices. The Supreme Court and the Intractable Obscenity Problem* (1996) 11ff.
59) *Rosen v. United States*, 161 U.S. 29. Bis in die fünfziger Jahre war dies Standard in verschiedenen bundesstaatlichen Verboten von Pornographie.
60) 352 U.S. 380 (1957) 383.

schnittsmenschen, bei Anwendung gegenwärtiger Gemeinschaftsstandards, lüsterne Gedanken auszulösen.⁶¹⁾ Solche Äußerungen, welchen nicht der geringste soziale Wert zukomme, befänden sich nicht im Schutzbereich des *First Amendment*, der *Freedom of Speech*.

Diese Formel wurde als ergänzungsbedürftig erkannt, als es darum ging festzustellen, wie Material, das nicht auf den Durchschnittsmenschen, sondern nur auf soziale Minderheiten wirkt, darunter einzuordnen sei. Konkret ging es um Ausendungen, die auf ein männlich-homosexuelles Publikum zugeschnitten waren. Da solche Äußerungen, wenn sie Lüsterheit reizen, aber eben nicht jene des Durchschnittsmenschen, dem Recht nicht durch die Lappen gehen durften, wurde die Formel ergänzt. Neben die Erregung von Lüsterheit trat die offenkundige Anstößigkeit. Wird der Durchschnittsmensch zwar nicht erregt, nimmt er aber Anstoß an einer sexuellen Darstellung, so ist sie (ebenfalls) als obszön zu qualifizieren.⁶²⁾

Das war der Stand, als *John Clelands* Die Memoiren der Fanny Hill vor dem Supreme Court landeten. Das Höchstgericht fand sich in einer delikaten Situation wieder, ist doch Fanny Hill ein pornographischer Klassiker, der zwar unzweifelhaft auf körperliche Sensationen abzielt, dies aber in einer Sprache und mit einem Inhalt tut, die in der Literaturwissenschaft durchaus Anklang gefunden haben. Darüber hinaus stellte der Supreme Court fest, dass eine große Anzahl von Bibliotheken das Buch im Zuge seiner Wiederauflage bestellt hatten. Wie sollte damit umgegangen werden?

Eine Mehrheit der Richter entschied sich dafür, in die Obszönitätsformel eine weitere feine Differenzierung einzuziehen, die allerdings das *Holding* von *Roth* weniger ausdifferenziert, als es aushebelt: Eine dritte Voraussetzung sollte nun dazu kommen müssen, damit etwas als im rechtlichen Sinn obszön gewertet werden kann: Neben der Erregung von Lüsterheit und der offenkundigen Anstößigkeit muss als weiteres Element geprüft werden, ob das Werk denn wirklich „utterly without redeeming social importance“ sei.⁶³⁾ Fanny Hill, so die Mehrheit, könne, obwohl sexuell stimulierend, nicht als völlig wertlos angesehen werden.

In *Roth* aber hatte bereits das Erregen von Lüsterheit das Vorliegen eines sozialen Werts gerade ausgeschlossen. Richter *Clark*, dessen *Dissenting Opinion* mich hier interessiert, sieht die neue Formel als unzulässige Modifikation der Rechtsprechung, als Einführung eines aus seiner Perspektive völlig unzulässigen Rettungsankers. Dadurch würde dem „smut artist free rein to carry on his dirty business“ gegeben.

Clark steigt in die Auseinandersetzung um diese analytische Frage mit einem persönlichen Bekenntnis ein, das in seiner Offenheit erstaunt. Er zeigt sich geradezu genervt und überaus peinlich berührt. „It is with regret that I write this dissenting opinion“, leitet er seine Ausführungen ein. Aber die Öffentlichkeit solle um die anhaltende Flut von pornographischen Materialien wissen, welche das Höchstgericht umspüle, und um das zunehmende Problem des Staats, diese Flut zu bannen. Fanny Hill sei ein typisches Exemplar dieser Gat-

tung. Er, *Clark*, hätte nunmehr zehn Jahre lang einschlägige Fälle ertragen. Nun aber wäre es zuviel: „Though I am not known to be a purist – or a shrinking violet – this book is too much even for me.“⁶⁴⁾

Clark setzt seinen emotionalen Ausführungen noch eins drauf. Er sieht sich, um seinen Anmerkungen ein angemessenes Setting zu geben, gezwungen, den Inhalt des Buchs nachzuzeichnen, „which causes me embarrassment.“⁶⁵⁾ *Clark* erachtet das aber für den einzigen Weg, seine Aufgabe mit Anstand zu erledigen. Noch schlimmer wäre es aus seiner Perspektive, typische Zitate aus typischen Episoden zu bringen – dies „would so debase our Reports that i do not follow that course“. Lieber also überwindet *Clark* seine Scham als dass er die Reports mit Originalzitaten abwürdigte. Sein Ziel besteht darin, nicht nur die neue Formel auszuhebeln, sondern darüber hinaus auch klar zu machen, dass Fanny Hill selbst nach der neuen Formel nicht schützenswert wäre. *Clark* positioniert sich damit in jenem Konflikt, der thematisiert, ob ein Text, der Pornographie „funktioniert“, sozialen oder literarischen Wert haben kann und wie viel Wert er haben muss, um den Fängen des Obszönitätsverbots zu entrinnen. Es ist auch die Frage danach, welche und wie viel „Geschichte“ ein solcher Text erzählen muss.

In der Tat ist Fanny Hill ein „grenzwertiger“ Text. Es handelt sich, wie *Clark* auch ausführt, um eine Ansammlung minutiös geschilderter sexueller Episoden verschiedenster Art, die als Lebensgeschichte von Fanny lose zusammen gehalten werden. Der Text ist insofern bemerkenswert, als er keine „dirty words“ verwendet. Die detaillierten Beschreibungen sind in einer Sprache gehalten, die an das Zusammenspiel von Maschinen gemahnt – ein Zeichen der Zeit, die in Richtung Industrialisierung und Mechanisierung schreitet. Ein literarischer Experte, den *Clark* zitiert, hält fest, er hätte von dem Buch Dinge über das 18. Jahrhundert gelernt, die er sonst nicht wissen würde; Fanny Hill sei eine Intellektuelle, die mit großer Genauigkeit die äußere Welt beschreibe, „physical sensations, psychological responses“.⁶⁶⁾

Einen Absatz lang zitiert *Clark* diese Expertise. Dann holt er zu seinem eigenen apodiktischen Urteil aus. „If a book of art is one that asks for and receives a literary response, Memoirs is no work of art. The sole response evoked by the book is sensual. Nor does the orderly presentation of Memoirs make a difference; it presents nothing but lascivious scenes organized solely to arouse prurient interest and produce sustained erotic tension. Certainly the book's baroque style cannot vitiate the determination of obscenity. From a legal standpoint, we must remember that obscenity is no less obscene though it be expressed in „elaborate language.“ Indeed, the more meticulous its presentation, the more it appeals to the prurient interest. To say that Fanny is an „intellectual“ is an insult to those who travel under that tag. She was nothing but a harlot – a sensualist – exploiting her sexual attractions which she sold for fun, for money, for lodging and keep, for an inheritance, and finally for a husband“.⁶⁷⁾

61) *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957) 487f.

62) *Manual Enterprises v. Day*, 370 U.S. 478 (1962)

486f.

63) *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413, 433.

64) 383 U.S. 413, 433.

65) 383 U.S. 413, 433.

66) 383 U.S. 413, 447.

67) 383 U.S. 413, 447f.

Die Passage kulminiert in der Feststellung, Fanny sei „nothing but a harlot“, nichts als eine Hure – und ist das nicht die Essenz von Pornographie, die „Rede einer Hure“ zu sein? Es soll nicht sein, darin ist sich *Clark* mit der auf dem Prüfstand stehenden untergerichtlichen Entscheidung einig, dass Obszönität verboten werden kann, gut geschriebene Obszönität aber nicht. Porno bleibt Porno, und der Richter erkennt, wie Justice *Stewart* dies unnachahmlich festgehalten hat, einen Porno, wenn er ihn sieht. Er darf auf seine Routinen der Wahrnehmung vertrauen und hält dies seinen Kollegen vor, die mit geschickter Rhetorik davon ablenken wollen, dass sie die Geschichte des Pornographierechts nicht „linear“ weiter geschrieben sondern eine Bruchlinie eingezogen haben.

Das Supreme Court als sein eigenes Publikum hat sich einige Jahre später von der *Memoirs*-Formel distanziert und den Maßstab, nach dem kategorisiert werden soll, rigider ge-

zogen. Es reicht nach herrschender Rechtsprechung (Miller v. California, 413 U.S. 15 [1973]) nicht aus, dass ein Text ein „modicum“ an sozialer Bedeutung hat; es muss ihm „serious literary, artistic, political, or scientific value“ zukommen. Literatur, so die Botschaft, ist eine ernsthafte Angelegenheit. Oder könnte ernsthafter literarischer Wert auch in einem frivolen Text liegen? Das Recht kann sich der Formelbildung und Kategorisierung nicht entziehen. Sein Test ist jeweils der einzelne Fall, wenn die juristischen Scheinwerfer angehen und die juristischen Routinen zuschnappen. Es ist ein Verdienst von *Law and Literature*, das sehr deutlich zu machen.

Dr.ⁱⁿ Elisabeth Holzeithner ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Universität Wien; elisabeth.holzeithner@univie.ac.at.

Hauer/List/Nußbaumer/Schmelz
AWG 2002

Abfallwirtschaftsgesetz 2002
2004, 544 Seiten, geb., 3-7046-3986-9, € 94,-

Mit dem seit 2. November 2002 in Kraft stehenden AWG 2002 hat der Bundesgesetzgeber das Abfallwirtschaftsrecht völlig neu gestaltet. Der vorliegende Kommentar arbeitet die Inhalte der jeweiligen Paragraphen möglichst klar heraus und gibt den Vollzugsbehörden, den Gerichten sowie den Abfallverantwortlichen vor Ort einen Leitfaden – auch in Zweifelsfragen. Die bisherige Judikatur und das Schrifttum zum Abfallrecht – soweit sie für das AWG 2002 verwendbar waren – wurden berücksichtigt.

Die Anmerkungen und Kommentare zu den einzelnen Bestimmungen wurden jeweils von einem der Mitglieder des Autorenteam erstellt.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.jusline.at

VERLAG
ÖSTERREICH
VORMALS VERLAG DER K. U. K.
HOF- UND STAATSDRUCKEREY

Literatur und Recht können aus verschiedenen Perspektiven beobachtet werden. Erstens können in literarischen Werken Rechtsbezüge ausfindig gemacht, zweitens können rechtliche Normvorstellungen mit Werken der Literatur in Bezug gesetzt, drittens können Rechtsnormen unter der Bezeichnung „Literaturrecht“¹⁾ systematisch erfasst und integriert werden²⁾ und viertens können Rechtstexte auf ihre literarische Qualität hin untersucht werden. So kann zB³⁾ die in Friedrich Dürrenmatt's Roman „Es geschah am hellichten Tag“ erzählte Geschichte als Anschauungsbeispiel für rechtliche Grundfragen (und Störungen) des Zusammenspiels von sicherheitspolizeilicher Prävention und kriminalpolizeilicher Verfolgung gelten. Wenn etwa⁴⁾ die Rechtslehre der Privatwirtschafts- und neuerdings auch der Hoheitsverwaltung „Köpenickiaden“ attestiert,⁵⁾ dann ist damit eine Verbindung zu Carl Zuckmayer's „Der Hauptmann von Köpenick“ hergestellt.

Für PhilologInnen und JuristInnen ist beides von Interesse und kann zur Erweiterung des jeweiligen Routinehorizontes beitragen. Beide verstehen sich zumeist als BeobachterInnen von Etwas, was sie nicht herstellen.

Zu einem gemeinsamen Nenner in Beziehung gesetzt führt „Literatur und Recht“ zum Thema der Sprache und der Kommunikation. Beide – Literatur und Recht – sind kommunikative Wirklichkeit(en). Beide werden durch Sprache gebildet und abgebildet. Sie existieren als kommunikativ erzeugte und durch Kommunikation konservierte Wirklichkeit(en).

Das Verstehen und Interpretieren von Texten gilt beiden als gemeinsam. Juristische Texte gelten als Ausdruck von Verhaltensnormen, die in einem besonderen Erzeugungs- und Wirkungszusammenhang stehen, der bei literarischen Texten fehlt. Im Übrigen – so wird gesagt – sei alles gleich: Auslegung sei gleichermaßen das Wesenselement des Verstehens juristischer wie literarischer Texte.

Wenn es sich so verhielte, dann müssten gute JuristInnen ebenso gute PhilologInnen sein wie umgekehrt. Juristische und literaturwissenschaftliche Auslegungsmethoden müssten austauschbar sein.

Kommunikation kann als Prozess des Informierens, Mitteilens und Verstehens verstanden werden. Verstehen findet beim Empfänger statt. Medium ist die Sprache. Sie erzeugt beim Empfänger kognitive und emotionale Wirklichkeit und konserviert sie als Sinnsymbol. Dies ist selbst dort der Fall, wo eine Botschaft als „sinnlos“ aufgefasst wird – auch diese Einschätzung setzt voraus, dass die Kette Information-Mitteilung-Verstehen stattfindet. Wird eine Information überhaupt als solche erkannt, dann bringt selbst die Beurteilung als „sinnlos“ durch den Empfänger eine Form des Verstehens zum Ausdruck.

Aus systemtheoretischer Sicht sind soziale und psychische Systeme (Gesellschaft und Einzelne) durch Sinnzwang gekennzeichnet. Erstere operieren in Form von Kommunikati-

on, letztere in Form von Bewusstsein. Sinnzwang, Kommunikation/Bewusstsein unterscheiden soziale und psychische Systeme von Maschinen und biologischen Systemen.

Recht und Literatur können als Sinnprodukte sozialer und psychischer Systeme konstruiert und beobachtet werden. In der Sinndimension, nicht in der Entstehung oder Wirkung liegen die Unterschiede. Sinnerzeugende und -konservierende rechtliche Kommunikation ist intentional stets auf Verhal-

Literatur – Recht – kommunikative Macht.

Systemtheoretisch betrachtet.

Bernd-Christian Funk



tensteuerung gerichtet. Rechtsprache will verstanden und ihre Botschaft befolgt werden. Literatur muss nicht unbedingt gelesen werden wollen. Manche AutorInnen haben ihre Werke vernichtet, ohne dass sie jemand anderer je zu Gesicht bekommen hätte. Und selbst wenn sie gelesen werden möchte, muss sie nicht auf eine über das Lesen hinausgehende Steuerung des Verhaltens ihrer LeserInnen gerichtet sein.

Recht und Literatur werden durch Kommunikationsvorgänge zweiter Ordnung beobachtet: durch Empfängergemeinschaften, zB der Rechts- und Literaturwissenschaften. Sprache über Sprache erzeugt neue Sinnprodukte (neue Wirklichkeit), konserviert sie und beeinflusst zugleich das Verstehen von Wirklichkeit erster Ebene. AutorInnen, die vor Anderen Lesungen aus ihren Werken veranstalten, beobachten und agieren in kommunikativen Prozessen zweiter Ordnung. Es entstehen neue Sinndimensionen.

Sinnerzeugende Systeme sind selbstreproduzierend (autopoietisch) und selbstreferentiell. Rechtliche Autopoiesis ist auf Verhaltenssteuerung gerichtet, literarische Autopoiesis auf das sprachliche Abbilden von Bewusstseinsvorgängen. Hier liegt der wesentliche Unterschied: die Intentionalität der kommunikativen Prozesse ist nicht die gleiche. Damit steht nicht im Widerspruch, dass Literatur gesellschaftliche Verhaltensfolgen haben kann: Nach dem Erscheinen von Goethe's Roman „Die Leiden des jungen Werther“ hat es in der männlichen Leserschaft eine statistisch signifikante Häufung von Suiziden gegeben. Nichts spricht dafür, dass diese Wirkung vom Autor intendiert war.

Recht und Literatur können als sprachliche Konstrukte beobachtet und beschrieben werden. Gemeinsam ist ihnen die Sprache als Medium zwischen Sein und Bewusstsein, wel-

1) Mit Urheberrecht als Kern.

2) Letztere Perspektive soll hier nicht weiter erforscht werden.

3) Zu erstens.

4) Zu zweitens.

5) Grundlegend *Klecatsky*, Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1957, 333; et vice versa *Aichreiter*, Wohin entwickelt sich das Legali-

tätsprinzip? Eine Köpenickiade der Hoheitsverwaltung, in: *Schäffer/Berka/Stolzlechner/Werndl* (Hrsg), Staat? Verfassung? Verwaltung, FS *Koja* (1998) 509.

ches Beides zugleich erzeugt und konserviert. Die kommunikative Intention ist nicht die gleiche: Der Sinn rechtserzeugender Kommunikation ist Verhaltenssteuerung von Angehörigen rechtserzeugender sozialer Systeme. Der Sinn literarischer Spracherzeugung muss nicht auf Kommunikation gerichtet sein, sondern kann darauf beschränkt bleiben, Bewusstseinsvorgänge auszudrücken. Wer Literatur produziert, könnte das auch tun (und tut es vielleicht auch) in der Erwartung, dass niemand (außer ihm selbst) das Niedergeschriebene liest. So manche Tagebücher sind posthum ohne Willen ihrer VerfasserInnen veröffentlicht worden.

Literatur kann – ebenso wie Religion – als autopoietisches Sinnprodukt psychischer Systeme konstruiert werden. Geht man von dieser Möglichkeit aus, dann ergibt sich folgendes Paradoxon: Literatur in diesem Sinne ist nur dann als Literatur zu identifizieren, wenn sie von niemandem außer von ihrem Verfasser gelesen wird. Wird sie zur mitgeteilten Information, die von anderen Empfängern verstanden wird, dann tritt sie aus ihrer Isolierung heraus in einen gesellschaftlichen Kommunikationsprozess, der soziale Systeme erster Ordnung (Leserschaft) oder zweiter, dritter usw. Ordnung (Literaturwissenschaften, Literaturwissenschaftsgeschichte, Literaturwissenschaftssoziologie usw.) begründet.

Recht ist stets ein sprachliches Abbild des kommunikativen Operierens sozialer Systeme. Literatur ist zunächst ein sprachliches Abbild des Operierens einzelner psychischer Systeme und bleibt es, solange sie nicht in einen gesellschaftlichen Kommunikationszusammenhang eintritt. Dazu lässt sich kritisch anmerken, dass auch psychische Systeme, sofern sie der Sprache mächtig sind, in eben dieser Fähigkeit durch gesellschaftliche Systeme geprägt und in diesem Sinne „sozialisiert“ sind: ohne Sprache keine Literatur – ohne Gesellschaft keine Sprache.

Die Frage, ob desozialisierte psychische Systeme existieren können (Kaspar Hauser), ist durch Nachdenken nicht zu beantworten und durch Versuche – schon aus ethischen Gründen – nicht zu lösen.⁶⁾

Werden Recht und Literatur als sprachvermittelte Sinnprodukte sozialer Systeme (Recht) und psychischer Systeme (Literatur) verstanden, die kommunikativ existieren (Recht) und in kommunikative Zusammenhänge eingebracht werden können (Literatur), dann stellt sich als Nächstes die Frage nach möglichen Beeinflussungen in Form von Transformation und Induktion. Die allgemeine Theorie sozialer Systeme geht davon aus, dass soziale Tatsachen nur durch soziale Tatsachen erklärt werden können. Sie leugnet aber nicht, dass Sinnprodukte sozialer Systeme durch Sinnprodukte psychischer Systeme beeinflusst sein können – et vice versa. Wechselwirkungen dieser Art können als Interpenetration und Koppelung von Systemen beobachtet werden.

Die allgemeine Theorie sozialer Systeme hat den Wechselwirkungen im Verhältnis von psychischen und sozialen Systemen wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Dies ist als eine für etablierte Wissenschaftsdisziplinen typische Ausgrenzungsfolge: Für soziale Systeme ist die Soziologie, für psychische Systeme die Psychologie zuständig; die Sozialpsychologie bewegt sich im Niemandsland zwischen beiden Welten.

Recht und Literatur sind durch Sprache hervorgebrachte und konservierte Produkte. Durch Sprache werden Bilder abgebildet. Kommunikative Prozesse haben den Sinn, die Differenz von Bildern und Bild-Bildern zu überbrücken und im Wege der Anschlusskommunikation zu festigen. Recht und Literatur unterscheiden sich auch hinsichtlich der kommunikativen Macht, die als Produkt solcher Prozesse zu beobachten ist: Kommunikationsprodukte höherer Ordnungen können Kommunikationsprodukte unterer Ordnungen beeinflussen. Rechtsauslegung beeinflusst Rechtsnormvorstellungen, Rechtstheorie beeinflusst Rechtsauslegung und damit Rechtsnormvorstellungen, soweit die kommunikativen Prozesse in Teilen des Gesamtsystems ablaufen. Bei Literatur sieht die Sache anders aus: sie ist nicht notwendigerweise darauf gerichtet, gesellschaftliches Verhalten kommunikativ zu steuern und kann daher als Produkt ohne Sozialisation ausschließlich für ihre ProduzentInnen existieren. Sie produziert nicht notwendigerweise kommunikative Macht.

Welchen Nutzen können dergleichen Erwägungen – namentlich für JuristInnen – stiften? Ein Beitrag in einer juristischen Zeitschrift muss mit dieser Frage rechnen. Der Beitrag ist – weil sprachlich vermittelt – ein Bild von Bildern, zu verstehen als Versuch, Differenzen – in diesem Fall zwischen Literatur und Recht – zu benennen und zu integrieren, ohne sie zu beseitigen. Recht und Literatur sind kulturelle und damit soziale Phänomene. Sie können nicht nur von innen her beobachtet und beschrieben werden. Sachprobleme, mit denen sich die Rechtswissenschaft(en) befassen, können besser überblickt und verstanden werden, wenn sie als Teil der Entwicklung der Kultur- und Wissenssoziologie, namentlich der Wissenschaftssoziologie dargestellt werden. Für die Rechtswissenschaft(en) dürfte diesfalls ein Nachholbedarf bestehen, der großteils nicht wahrgenommen, verdrängt, geleugnet oder für unerheblich ausgegeben wird. Der Beitrag versteht sich als Skizze eines unkonventionellen Zuganges zu Problemen, nicht als Anweisung zu deren Lösung.

o.Univ.-Prof. Dr. Bernd-Christian Funk lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; bernd-christian.funk@univie.ac.at.

6) Es gibt Berichte über Versuche im 18. Jahrhundert, die gezeigt haben, dass Kinder sterben, wenn sie von Kommunikation abgeschnitten werden.

Der große österreichische Rechtsphilosoph *Hans Kelsen* hat eine grundlegende Unterscheidung getroffen, die für unser Thema „Literatur und Recht“ von höchster Relevanz ist: er hat die Welt der Natur, die nach dem Kausalitätsprinzip „Wenn A ist, so ist auch B“ verläuft, von der des Sollens getrennt, das dem Gesetz „Wenn A ist, soll B auch sein“ gehorcht. Der Unterschied zwischen dem Prinzip der Kausalität, das die Natur beherrscht und dem der Zurechnung, das in anderen normativen Disziplinen, wie Jurisprudenz und Theologie, beheimatet ist, bedarf keiner näheren Begründung, sondern drängt sich unserem Bewusstsein unwiderstehlich auf und kann durch Beispiele sonder Zahl illustriert werden. So folgt aus dem Gravitationsgesetz, dass ein fallender Gegenstand zu Boden fällt und nicht aufwärts und dass der Regen sich aus einer Wolke entlädt. Dagegen sagt der Satz „Wer einen Diebstahl begangen hat, soll bestraft werden“ noch nichts darüber aus, ob der Dieb tatsächlich bestraft wird, die Voraussetzung der Verhängung und des Wirksamwerdens dieser Androhung ist nämlich die Faktizität, dass der Dieb in der Wirklichkeit erwischt und auch seiner Bestrafung zugeführt wird. Das mittelalterliche Rechtsspruchwort „Die Nürnberger hängen keinen, sie hätten ihn denn“ bezieht sich auf diesen notwendigen Zusammenhang zwischen der Welt des Sollens und der des Seins. Der Umstand, dass es mannigfache Zusammenhänge zwischen Sein und Sollen gibt, wie im obigen Beispiel, ändert nichts daran, dass beide Prinzipien grundverschieden sind und auch durch ihre Verschränkung in der realen Welt niemals völlig zur Deckung gelangen.

Doch nicht genug damit: die Welt des Sollens ist weit davon entfernt, ähnlich der Natur eine einheitliche Größe zu sein, die alle Unterschiede einebnet, die Welt des Sollens umfasst vielmehr folgende drei Bereiche, die Kreisen vergleichbar sind, die einander berühren oder überschneiden, nie aber völlig deckungsgleich sind: die der gesetzten Rechtsnorm, die der Moral und Ethik und die der Sitte, die sich sowohl gegenüber der Rechtsnorm als auch gegenüber der Moral als eigenständige Größe behaupten kann. Der Unterschied zwischen der auf das Gewissen des Individuums abstellenden Moral, die Herz und Nieren prüft, und dem Recht, das sich mit dem äußeren Verhalten der Normunterworfenen zufrieden gibt, ohne die Motive zu prüfen, ist unmittelbar einleuchtend und kann durch zahllose Beispiele illustriert werden. So haben die Männer und Frauen des Widerstandes gegen den Nationalsozialismus zwar gegen geltendes Recht verstoßen, haben aber in Einklang mit moralischen Normen gehandelt. Und viele, die das Gesetz formal erfüllten, halten einer moralischen, positiven Beurteilung nicht Stand. Dass auch Recht, Moral und Sitte voneinander abweichen können, ist nicht auf den ersten Blick einleuchtend, kann aber ebenfalls durch zahlreiche Beispiele belegt werden. So war das Duell im alten Österreich eine strikte, unumgängliche Sitte im Offizierskorps, obwohl das gleichzeitig geltende Strafrecht den Zweikampf verbot und das kirchliche Recht alle Teilnehmer an einem Duell, also auch die Sekundanten, exkommunizierte. Zwischen dem bloß mündlich tradierten Gewohnheitsrecht, dem gesetzten Recht und der Sitte gibt es mannigfache Bezüge, ohne dass diese Sphären aufhören, faktisch und begrifflich getrennte Bereiche zu sein. Das Gewohnheitsrecht, auf

das der Gesetzgeber gelegentlich verweist, ist zwar nicht an das Publizitätsprinzip der öffentlichen Kundmachung, das auf staatlichen Normen im Allgemeinen zutrifft, gebunden, es bleibt aber dessen ungeachtet durch die mündliche Tradition von Gewohnheitsrechten, wie zB lokalen Wegerechten, dem Erfordernis der Sprachlichkeit unterworfen.

Literatur und Recht

Norbert Leser

Dieses Prinzip der Sprachlichkeit schlägt auch die Brücke zwischen den beiden zu untersuchenden Sphären von Literatur und Recht, aber auch zu den Sphären der Moral und der Sitte, zB der Verkehrssitte der Usancen im Handels- und Wechselrecht. Dass es Konflikte zwischen der Welt der Natur und der des Sollens in seinen verschiedenen Ausprägungen gibt, ja dass diese Konflikte gleichsam durch die Natur der Welt und der des Menschen vorprogrammiert sind, versteht sich quasi von selbst und kann wiederum durch unzählige Erfahrungen illustriert werden. Insbesondere im Bereich der Sexualität, wie wir spätestens seit Freud wissen, sind solche Konflikte zu häufig und schwerwiegend, um übersehen werden zu können. Nicht genug damit aber gibt es zwischen den verschiedenen Formen des Sollens Konflikte, die das Individuum berühren, ja auf eine Zerreißprobe stellen können.

Wir dürfen daher nicht überrascht sein, solche Konflikte in der Literatur, die ja das Leben abbildet und überhöht, auf Schritt und Tritt vorzufinden und dargestellt zu sehen. Ja es lässt sich zeigen, dass es erst diese Konflikte sind, die die Literatur aller Sparten, also Lyrik, Epik und Drama, interessant und spannend machen. *Arthur Schopenhauer* hat in seiner Kunstphilosophie den Gedanken ausgeführt, dass das Unglück, das ja aus Konflikten entspringt, interessanter und mannigfacher ist als die Beschreibung des Glücks, die etwa in der Form der Idylle oder der bukolischen Gedichte ein Randdasein führt, für den Außenstehenden aber nicht viel her gibt, weil mit dem Glück meist auch der Vorhang fällt. Dagegen gilt der Satz von *Leo Tolstoj* am Anfang seines Romans „*Anna Karenina*“ „Alle glücklichen Ehen sind einander gleich, jede unglückliche Ehe aber ist auf ihre Art unglücklich“ nicht nur für Ehen, sondern für menschliche Verbindungen und Beziehungen insgesamt.

Wohl gibt es in der Weltliteratur, beginnend mit dem antiken Drama, auch erheiternde Komödien, aber mit Recht werden die Tragödien eines *Sophokles* nicht nur von *Friedrich Nietzsche*, der das Dionysische über das Apollinische stellte, über die Komödien eines *Aristophanes* gestellt. Nur die Tragödien haben nämlich die kathartische Wirkung der Läuterung auf den Zuseher, er erkennt sich in der Tragödie wieder, ob er nun Schuld auf sich geladen hat oder, wie *Ödipus*, schuldlos schuldig geworden ist.

Der dramatische Konflikt ist es, der nicht nur das Drama selbst, sondern alle Gebiete der Literatur, ja der Kunst überhaupt, durchzieht und würtzt. Nur der Konflikt ist imstande, die volle Aufmerksamkeit des Schauenden und Hörenden, die bis zur vollen Identifizierung mit dem Helden gehen kann, zu erwecken und zu erhalten. Auch für die Lyrik gilt Ähnliches, da nicht die Besingung des Glücks, sondern die Kundgabe des Schmerzes und der unerfüllten Sehnsucht unser volles Mitgefühl entflammt, da sich, *pars pro toto* gesprochen, Herz und Schmerz am wirkungsvollsten miteinander reimen. Und die großen Epen der Weltliteratur, beginnend mit den Homerischen Epen, beziehen ihren Stoff aus Kämpfen und Kriegen, aus Leidenschaften und Verstrickungen mannigfacher Natur. Schon das antike Drama in Gestalt der Tragödie, etwa der Sophokleischen Antigone, kreisen um die einander widersprechenden Anforderungen von Recht und Moral, von Autorität und Gewissen. Wenn Antigone trotz dem königlichen Verbot nicht darauf verzichtet, ihren Bruder ehrenvoll zu bestatten, ja dies für ihre heiligste Pflicht hält, thematisiert sie schon frühzeitig den Konflikt zwischen Recht und Gerechtigkeit, zwischen positiver Satzung und Spruch des Gewissens, der die gesamte Geschichte der Menschheit und somit auch die Literatur, die ein Teil und Spiegelbild dieser Geschichte ist, durchzieht.

Aus der Spannung zwischen Recht und Gerechtigkeit, aus der Unmöglichkeit jeweils beiden Polen voll Genüge zu tun, bezieht ein Großteil der literarischen Darstellung und Verdichtung des Lebens Stoff und Brisanz. So hat uns *Heinrich von Kleist* im „Michael Kohlhaas“ (1810) das nicht selten anzutreffende Bild eines Menschen vor Augen geführt, der ein ihm zugefügtes Unrecht nicht verschmerzen kann und sich in seinem Schmerz verzehrt, ähnlich wie auch der Kleist'sche „Prinz von Homburg“ den Konflikt zwischen Gehorsam und Gewissen exemplifiziert, ein Konflikt, der zu seinem Todesurteil führt, das jedoch noch rechtzeitig aufgehoben wird (Das ist ein deutlicher Unterschied zwischen Preußen und Österreich: in Österreich hätte er für seine Zivilcourage, wenn auch gegen den Befehl durchgeführt, den Maria-Theresien Orden erhalten, während er in Preußen sein Todesurteil erhalten hat, das aber letztlich doch nicht vollstreckt wurde).

Die Beispiele, die uns die Literatur aller Zeiten und Völker liefert, sind uferlos und von nicht zu überbietender Ergiebigkeit. Man ist angesichts dieser Fülle von Beispielen geneigt, in den Ruf Goethes einzustimmen, der uns im „Vorspiel auf dem Theater“ zum „Faust“ durch den Mund der lustigen Person belehrt: „Greift nur hinein ins volle Menschenleben! Ein jeder lebt's, nicht vielen ist's bekannt, und wo ihr's packt, da ist's interessant.“

Von den vielen antiken Rechtssprüchwörtern, die der Menschheit auf ihrem Gang durch die Geschichte vorangeleuchtet sind, ist wohl keines so treffend, wie das lateinische, vielsagende „*summum ius, summa iniuria*“. Mit dieser Sentenz wurde schon frühzeitig ein Thema angeschlagen, das seither und auch schon vorher nie aufgehört hat, den Konflikt zwischen Recht und Gerechtigkeit zu begleiten und zu verfolgen. Auch beim besten Willen aller Beteiligten, den man aber allerdings keineswegs voraussetzen kann, da im Bereich

des Menschlichen auch Bosheit und Niedertracht zu Hause und am Werke sind, ist es nicht möglich, diesen Ur- und Grundkonflikt für alle Teile befriedigend zu lösen, ja auch nur zu entschärfen, er trifft den Einzelfall immer wieder in tragischer Schicksalhaftigkeit und Unausweichlichkeit. Ist es immer möglich, Gnade vor Recht ergehen zu lassen, oder erfordert es nicht die Natur des Rechtes als Gemeinschaftsordnung, am Einzelnen auch ein Exempel zu statuieren? Freilich ist es von unschätzbarem Wert, wenn sich das Recht als menschliche Norm, die über Menschen zu Gericht sitzt, seiner Grenzen bewusst ist und diese nicht überschreitet. In diesem Sinne ist es als eine Errungenschaft der europäischen Rechtstradition zu werten, dass die Todesstrafe überwunden und außer Kraft gesetzt wurde. Diese Tatsache begründet auch eine tiefe Divergenz mit der amerikanischen Justiz, die trotz ihrer pseudoreligiösen Ausrichtung nicht schon die Mahnung des Alten Testaments „Die Rache ist mein; ich will vergelten“ (5. Moses, 32,35), die im Römerbrief durch die Worte „spricht der Herr“ (Römer, 12,19) ergänzt wurde, beachtet und auf ihre Rechtsordnung anwendet. Eines der Argumente gegen die Todesstrafe, nämlich die durch das vollstreckte Todesurteil nicht mehr korrigierbare Möglichkeit des Justizirrtums, findet auch in der Literatur, speziell des 20. Jahrhunderts, ihren reichen Niederschlag. In diesem Jahrhundert wurde nämlich nicht nur in Einzelfällen und nicht nur ungewollt, sondern durchaus gewollt, gegen das Postulat der Gerechtigkeit und des Strebens nach ihr verstoßen, und zwar in massenhaften Fällen und Opfern des Totalitarismus.

So hat *Franz Kafka* in seinem weltberühmten Roman „Der Prozess“ am Beispiel des Josef K. ein Schicksal dargestellt, das unter den Vorzeichen totalitärer Systeme zu einem Massenschicksal wurde. Was beim posthumen Erscheinen dieses Buches (Berlin 1925) noch als die Ausgeburt einer krankhaften Phantasie abgetan werden konnte, wurde wenige Jahre später zu einer epidemischen Größe, die das 20. Jahrhundert mehr als alles andere charakterisierte. Das Beispiel des Justizirrtums wurde durch eine Justiz, die sich ohne Hemmungen und Skrupel in den Dienst der Allmacht stellte, die der totalitäre Staat in Anspruch nahm, überboten, so dass nur die nachträgliche juristische Konstruktion eines „gesetzlichen Unrechts“, das der Rechtsphilosoph *Gustav Radbruch* unter dem Eindruck der Verbrechen des Dritten Reiches formulierte, eine Handhabe lieferte, mit dem Ungeheuerlichen, was geschehen war, wenigstens begrifflich zurechtzukommen.

Doch auch dort, wo es sich „nur“ um einen bedauerlichen Einzelfall handelt, hält die Literatur unerbittlich fest, was geschehen ist und auf Grund ebenso unerbittlicher Normen geschehen musste. So hat der große kretische Epiker *Nikos Kazantzakis* in seinem Roman „Alexis Sorbas“, der durch die Verfilmung und Vertonung durch *Mikis Theodorakis* weltberühmt wurde, die Grausamkeit der Dorfsitte, die sich an einer Witwe, nachdem sie in den Augen der Dorfbewohner einen Fehltritt begangen hat, austobt und deren Tod herbeiführt, veranschaulicht. Immer wieder verstehen es geniale Literaten, die Allgemeingültigkeit von Konflikt und Tragik an einem markanten Einzelfall darzustellen und die Schiller'sche Maxime „Ernst ist das Leben, heiter die Kunst“ ad absurdum zu führen. Weder das Leben noch die Kunst sind ihrer Natur

nach heiter, wenn es auch gelingen kann, beiden heitere Seiten abzugewinnen, doch auch dies nur vorübergehend und bruchstückhaft.

Wegen der Unerschöpflichkeit des Themas „Recht und Literatur“ konnten die bisherigen Ausführungen nur andeutend und demonstrativ sein. Sie bedürfen jedoch einer Ergänzung, weil das Thema nicht nur quantitativer Abstriche, sondern auch prinzipieller Ergänzungen bedarf, die trotz ihres kursorischen Charakters angebracht werden müssen. Das Recht ist nämlich nicht bloß Darstellungsinhalt der Literatur, diese hat auch rechtliche Komponenten und Konsequenzen.

Zunächst zu den gesetzlichen Voraussetzungen literarischer Produktion. Diese treten zu den technischen Bedingungen, die in jedem Fall gegeben sein müssen, hinzu. Die Einschränkungen der Publikationsmöglichkeit literarischer Produkte können rechtlicher oder faktischer Natur sein. Je politischer im weitesten Sinne eine Publikation ist, desto eher sind restriktive Maßnahmen zu erwarten. In totalitären Staaten und Diktaturen sowieso, weil der totalitäre Staat ein Informationsmonopol für sich beansprucht, um seine Ziele der Gleichschaltung der Bevölkerung und der Unterdrückung freier Regungen erreichen zu können. Aber auch dort, wo das Recht der freien Meinungsäußerung prinzipiell gewährt wird und keine formelle Zensur das Erscheinen und freie Agieren von Zeitungen, Zeitschriften und sonstigen Druckwerken behindert, sind es oft soziologische Mechanismen, von Machträgern, die einen Druck ausüben und die freie Zirkulation von Ideen behindern. Unter den Künsten ist es vor allem die Literatur, auf die mächtige gesellschaftliche Gruppen ein besonderes Augenmerk richten, weil der Einfluss des Wortes am mächtigsten ist und Worten nicht selten Taten folgen. Dies lässt sich wiederum nach dem Freud'schen Grundsatz, dass am Pathologischen der Normalfall in zugespitzter Form sichtbar wird, am besten am Beispiel totalitärer Staaten verdeutlichen. Die Schriftsteller sind in erster Linie Objekte und Opfer einer Aggression und Abwehr, denn das Wort ist unerbittlich und setzt mehr Reaktionen in Bewegung als die Musik und die bildende Kunst. Die Klänge und Farben erlauben es viel eher, Inhalten aus dem Wege zu gehen und gefährlichen Aussagen auszuweichen. Die Schriftsteller sind angesichts unterdrückender Mechanismen entweder gezwungen zu schweigen oder sich mangels freier Publikationsmöglichkeiten im Untergrund zu betätigen. Die Samisdat-Literatur in der ehemaligen Sowjetunion ist ein Beispiel für eine solche subkutane und subversive Praxis. Auch im Deutschland des Dritten Reiches gab es die Praxis, die Botschaft, die man nicht ungehindert verkünden konnte, in verschleierte und verschlüsselter Form zu Papier zu bringen und in historisierende Darstellungen mit einer Botschaft für die Gegenwart auszuweichen. Wenn im Dritten Reich bei Aufführungen des „Don Carlos“ an der Stelle „Geben Sie Gedankenfreiheit, Sire!“ ein Beifallssturm im Publikum ausbrach, war wieder einmal das gesprochene Wort der Auslöser für ein Ventil der sich unterdrückt fühlenden Menschen.

Da die Worte eine Mittelstellung zwischen Gedanken und Werken einnehmen, kommt ihnen ein besonderer Stellenwert zu. Manchmal sind Worte nur Ersatz für Taten und Handlungen,

manchmal gehen blutrünstige und brandstiftende Worte, auch wenn sie nur als Abreaktion gedacht sind, in blutige Taten über. Als Beispiel für diese ambivalente Wirkung des Wortes möchte ich eines aus meinem engsten und ursprünglichsten Fachgebietes, mit dem ich auch 1968/69 den akademischen Durchbruch an der Universität Graz erreichte, nämlich mit der Geschichte des Austromarxismus, anführen. In meinem Werk „Zwischen Reformismus und Bolschewismus. Der Austromarxismus als Theorie und Praxis“ (Wien 1968), mit dem ich mich habilitierte, untersuchte und diagnostizierte ich den „Verbalradikalismus“ der austromarxistischen Politik, die in der Sprache radikal, im praktischen Handeln aber defensiv und zurückweichend war. Dieser Verbalradikalismus, der auch das von mir in Umkehrung des biblischen Wortes entworfene Bild von „Schafen im Wolfspelz“ rechtfertigte, tat viele Jahre nach der Entstehung der Ersten Republik die gewünschte Wirkung; er erfüllte die eigenen Anhänger mit Mut und Siegeszuversicht und er versetzte die bürgerlichen und kleinbürgerlichen Gegner in Angst und Schrecken.

Dieser Verbalradikalismus war also eine erfolgreiche Doppelstrategie, bis am 15. Juli 1927 ein Ereignis eintrat, das die bis dahin wirksame Praxis unter sich begrub. Der Freispruch dreier Frontkämpfer am 14. Juli 1927, die im Verlauf einer politischen Auseinandersetzung am 30. Jänner 1927 der Tötung eines Kindes und eines Invaliden im burgenländischen Schattendorf schuldig geworden waren, löste unter der Wiener Arbeiterschaft eine unverhältnismäßige Protesthaltung aus. Der Protest war deshalb besonders unangemessen, weil er sich gegen ein Geschworenengerichtsurteil richtete und die Beteiligung der Laien an der Rechtsprechung eine von der Sozialdemokratie verteidigte Errungenschaft der bürgerlichen Revolution war. Aber es handelte sich eben nicht um einen bloßen Protest gegen ein Fehlurteil, sondern um einen Anlass, der aufgestaute Aggressionen auslöste. Auch bei dieser Auslösung spielte das Wort eine verhängnisvolle Rolle: Der Leitartikel des Chefredakteurs der „Arbeiter-Zeitung“, *Friedrich Austerlitz*, war nach bewährter Manier ein Brandartikel, der aber diesmal nicht beruhigte, sondern Leidenschaften entfesselte. Der Brand des Justizpalastes am diesen Tag setzte die ungewollte geistige Brandstiftung in das Fanal einer Tat um, die auch das Ende der Wirksamkeit der bis dahin erfolgreich gewesenen Praxis des Verbalradikalismus besiegelte. Ausnahmsweise wirkte der Mechanismus von Aufwiegelung und Abwiegelung, von heißen und kalten Wechselbädern, nicht mehr erwartungsgemäß, der Patient, die proletarische Masse, hielt sich nicht an das Schema von Aufregung und Abregung, sondern kollabierte mit tödlichen Folgewirkungen für die Demokratie in Österreich, die sich noch bis 1933/34 fortschleppte, aber im Grunde schon an diesem Tag ihren Todesstoss erhalten hat. *Elias Canetti* wurde als Augen- und Ohrenzeuge der verhängnisvollen Ereignisse zu seinem grundlegendem Werk „Masse und Macht“, das in seinen Reflexionen weit über den damaligen Anlass hinausgriff, inspiriert.

Das von mir präsentierte Beispiel des 15. Juli 1927, seiner Voraussetzungen und Wirkungen, demonstriert, dass die beiden zusätzlichen Aspekte der Bedingungen und der Wirkungen eines Druckwerkes einander durchdringen und ineinander

der übergehen und dass es eine Frage des gewählten Zeitpunktes ist, zu dem ein gedrucktes Wort oder ein geschriebenes betrachtet und reflektiert wird. Sowohl die Vorgeschichte als auch die Wirkungsgeschichte eines literarischen Produktes verdienen Beachtung und müssen synoptisch betrachtet werden. Die rechtlichen Rahmenbedingungen einer literarischen Produktion umfassen das jeweilige Werk in seiner Entstehung und seiner Auswirkung in Raum und Zeit. Eine rechtliche Bedingung kann sich sowohl auf das im Entstehen begriffene als auch auf das bereits publizierte Werk erstrecken. Sie kann das Werden eines Werkes begleiten, ihm vorangehen und/oder ihm nachfolgen. Sie kann die Publikation eines Werkes verhindern oder dem bereits veröffentlichten Werk folgen. So können Druckwerke, die einem Gesetz widersprechen, entweder nicht zustande kommen oder nachträglich Sanktionen hervorrufen. Denn auch die freie Meinungsäußerung und die Freiheit der Kunst wie die der Wissenschaft erfolgen nicht im rechtsfreien Raum, sondern sind ihrerseits durch konkurrierende Normen betroffen. Eine völlige Freiheit der künstlerischen oder wissenschaftlichen Aussage ist weder möglich noch wünschenswert, wie jede Freiheit stößt auch diese an die Grenzen, die sie nicht überschreiten darf.

So ist zB in Österreich eine nationalsozialistische Wiederbetätigung in Wort und Tat verboten und wird strafrechtlich sanktioniert. Ein Missbrauch der künstlerischen oder wissenschaftlichen Freiheit liegt auch vor, wenn das Wort als Mittel zur Störung und Zerstörung anderer, ebenfalls staatlich geschützter Werte eingesetzt wird. So sind zB Pornografie und Blasphemie gewissen Rechtsnormen zu unterwerfen. Allerdings ist es eine Frage der jeweiligen Auslegung, ob ein solcher Tatbestand vorliegt und erfüllt ist. Eine zu engherzige Auslegung läuft Gefahr, die Freiheit von Kunst und Wissen-

schaft unter Berufung auf gleichberechtigte oder übergeordnete Werte und Normen auch dort zu behindern, wo sie legitime Funktionen der Darstellung und Aufklärung erfüllt. Eine zu weit gehende Permissivität gegenüber allem, was gesagt und gedruckt wird, untergräbt die moralische Ordnung des Zusammenlebens. Jede Generation muss sich einen Weg bahnen, um diesem Dilemma beizukommen, so wie auch die Judikatur im Einzelfall eine Abwägung zwischen verschiedenen Gütern und Normen vornehmen muss.

Es muss abschließend betont werden, dass das weltweit kodifizierte Urheberrecht zum Schutz des geistigen Eigentums und der Autoren von literarischen und sonstigen künstlerischen und wissenschaftlichen Produkten historisch jüngeren Datums eigentlich erst nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges voll wirksam wurde.

Jedenfalls begleitet das Recht mit seinen Geboten und Verboten die literarische Produktion, so wie diese bei aller Freiheit in einen Normenkomplex eingebunden ist. Auch die Behandlung dieses Themas ist prinzipiell unerschöpflich und konnte daher eher nur angedeutet als in allen Dimensionen angeführt werden.

Diese kasuistisch schier unerschöpfliche Materie, deren Regelung einen enormen Fortschritt gegenüber rechtlich unregulierten Zuständen mit sich brachte, kann hier nicht einmal skizziert, sondern nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden.

Em.Univ.-Prof. Dr. Norbert Leser ist Leiter des Ludwig Boltzmann-Institutes für neuere österreichische Geistesgeschichte; norbert.leser@univie.ac.at.

VERLAG ÖSTERREICH

Heid (Hg.)

RPA spezial

Vergaberecht für Ziviltechniker

2004, 132 Seiten, br., 3-7046-4345-9, € 31,-

Die Anforderungen von Architekten und Ingenieurkonsulenten an das Vergaberecht unterscheiden sich wesentlich von denjenigen anderer Berufsgruppen. Das Buch geht auf alle Besonderheiten ein und beinhaltet sowohl Beiträge von Vertretern der Auftraggeber- und der Auftragnehmerseite.

Eingehend erörtert werden ausgewählte Fragen von Ziviltechniker-Vergaben wie zB:

- Qualität und Honorar bei Ziviltechnikerleistungen
- Ziviltechniker als vergebende Stelle
- Vergabe von Ziviltechnikerleistungen in der Praxis
- Ziviltechniker und Vergabekontrolle uvm.

Heid (Hg.)

Vergaberecht
für Ziviltechniker

Praxishandbuch

RPA

spezial

CIRCLE

VERLAG
ÖSTERREICH

BESTELLSERVICE Fax: 01-610 77-589, e-mail: order@verlagoesterreich.at

Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien, Kandlgasse 21, Tel.: 01-610 77-315 Fax: -589, www.jusline.at

Einigen Juristen war immer schon zu eng, was Recht, Staat und Gesetz ihnen zumuteten: Sebastian Brant, Matthias Claudius, Felix Dahn, Albert Drach, Johann Wolfgang Goethe, Christian Dietrich Grabbe, Franz Grillparzer, Andreas Gryphius, Friedrich Hebbel, E. T. A. Hoffmann, Heinrich Heine, Karl Leberecht Immermann, Franz Kafka, Heinrich v. Kleist, August Kotzebue, Nikolaus Lenau, Christian Morgenstern, Novalis, Martin Opitz, Fritz Reuter, Josef Schefel, Walter Scott, Robert Louis Stevenson, Theodor Storm, Torquato Tasso, Ludwig Thoma, Kurt Tucholsky, Ludwig Uhland, Jules Verne, Zacharias Werner, Christoph Martin Wieland waren allesamt von Haus aus Juristen – ah ja, und John Grisham natürlich auch. Sie alle nutzten in mehr oder weniger großem Maß die Kunst als produktive Kontraposition zum herrschenden Recht der Zeit und wollten sich nicht länger abfinden damit, dass die Sicht der Juristen fast immer eine von oben ist, wollten sich dem mitunter persönlich verheerenden Konfliktmanagement im Rahmen des herrschenden Ordnungsgefüges nicht länger (ausschließlich) aussetzen – und fanden so zu kreativen Formen des Protests gegen das Vorurteil des Gesetzes. *Literatur ist nicht Recht.*

Und so kann's ja ganz offensichtlich wirklich nicht sein: Dass das Recht sich umstandslos als Literatur beschreiben ließe! Schon der allenthalben zu verzeichnende Mangel an Rechtskritikern müsste den Liebhabern des „*Law & Literature*“-movements zu denken geben. Zufall ist es jedenfalls keiner, dass die mitunter ganz gut im Brot stehenden Literaturkritiker polymedial nach verwertungsträchtigen Ritzen in der spröden Unterhaltungslandschaft suchen (und sie dann und wann auch finden) – und dass nach Rechtskritikern so gar kein Bedarf ersichtlich ist. Und ebenso wenig ist es ein Zufall, dass die Literaturkritiker sich der Lektüre des Rechts so ganz und gar nicht annehmen wollen. Sie mögen Gründe haben, welche auch immer, aber so ganz falsch werden sie nicht liegen: *Recht ist nicht Literatur.*

Zum Beispiel: Künstlerin und Künstler entnehmen Inhalte und Formen ihres Sprechens (und also auch ihres Schreibens) dem persönlichen Erfahrungsschatz, ihrem individuellen So-Sein; das als allgemeingültig unterstellte, scheinbar objektive, immer übergeordnete und in seinen Darstellungsmöglichkeiten formelhaft strukturierte Diskurssystem (auch des Rechts) steht dazu zwar in keinem ganz unegal Verhältnis – es ist ihnen aber äußerlich (was wiederum nicht bedeutet, dass es ihnen nicht wichtig wäre). Juristinnen und Juristen aber lassen sich von der Akzeptanz von Autoritäten bestimmen. Ihren Aufbewahrungsort haben diese Autoritäten in verabsolutierten Textstücken gefunden: in den Gesetzen. Der „Rechtsstab“ fungiert als Vermittler oder Übersetzer. Seine Mitglieder (Bürokratinnen, Richterinnen, Anwältinnen usw) verkörpern und erhalten die „lesbare“ Autorität und reduzieren die beim menschlichen Gebrauch von Autorität immer gegebene Möglichkeit von Willkür und Missbrauch auf das kleinstmögliche Maß – wenn man ihren eifertigen Selbstdar-

stellungen Glauben schenken darf. Sie geben vor, ihre Sprache (meist als das bezeichnet, was es nicht gibt, nämlich als „Rechtssprache“¹⁾) einem überindividuellen, abstrakten und absoluten Komplex zu entleihen. Als Vorteil wird gepriesen, was den Laien als unnatürlich, künstlich im formelhaften Sinn, als entfremdet erscheint.

„Das nicht mehr abwendbare Wort“

Zu einigen rechtsphänomenologischen Beobachtungen in Albert Drachs Erzählung „UND“

Alfred J. Noll

Deshalb auch lesen Juristinnen und Juristen anders als die anderen – und ganz anders als die Künstler. Kein Jurist darf lesen und verstehen wie er will. Er liest, wie er und alle anderen aus seiner Branche es gelernt haben. Er und sie legen aus, vertrauen auf die Mechanismen der Auslegung (auch wenn sie ihm in der täglichen Routine meist nicht mehr bewusst sind). Die juristische Regel sollte in einer Vielzahl von Fällen Gültigkeit und eine möglichst einheitliche Bedeutung haben. Dazu braucht es ein überindividuelles, „mechanisches“ Deutungsverfahren. *Hermann Klenner* hat das auf den Punkt gebracht: „Von Amts wegen hat der Verstand des Juristen über seine Vernunft zu triumphieren.“²⁾ Und Juristinnen und Juristen lassen sich deshalb auch bestimmen als die Gruppe jener Verstandeshandwerker, die ein spezifisches, der Durchsetzung und Darstellung von Autorität verpflichtetes Verfahren der Textrezeption gemein haben und unter Entscheidungszwang von Vernunftgründen im Zweifel leichthin abzusehen bereit sind – und dennoch keine Pfarrer, Priester oder religiösen Propagandisten sind.

Wie anders doch bei allen anderen: Wörter rufen dort noch bestimmte Gefühle, Vorstellungen, Erinnerungen hervor. Wörter und Wendungen wie „Gefahr“ und „Gefahrentragungspflicht“, „Genuss“ und „Einlassungsfahrlässigkeit“ oder „Treu und Glaube“, „Irrtum“, „Schuld“ und „Recht“ (!) sind gemäß ihrer gesellschaftlichen Kontexte belegt, erregen dazu beim Leser oder Hörer Assoziationen, die seinem individuellen Erfahrungsschatz entsprechen, und werden vor diesen Hintergründen verstanden – oder als gänzlich unverständlich vom aktiven Wortschatz fern gehalten. Juristischer Sprachgebrauch ist – auf seine Eigenheit hin befragt – immer Enteignung: Er entzieht sich dem unmittelbaren lebensweltlichen Verständnis und beharrt auf der autoritativ festgesetzten Kluft zwischen Wortbedeutungen. Der juristische Jargon entnimmt seine Vokabeln meist dem allgemein verständli-

1) Vgl. Noll, „Rechtssprache“ – eine Glosse anlässlich der Rechtschreibreform, Fachsprache 3-4/2003, 83 ff (jetzt wiederabgedruckt in: ders, RechtsLagen.

2004, 18 ff).

2) *Klenner*, Einleitung, in *Gustav Radbruch*, Literatur- und kunsthistorische Schriften (1997) 1 (6).

chen Sprachgebrauch, unterlegt sie aber mit neuer Bedeutung, kreiert eigene Definitionen und schafft so einen anderen, fachspezifischen semantischen Gehalt: die (angeblich existierende) „Rechtssprache“ eben, von der Juristinnen und Juristen kokett zu berichten wissen, dass sie für die Laien zwar nicht verständlich sei, aber des ungeachtet zu ihrem alleinigen Wohle ausschließliche Verwendung finden müsse. Und die natürlich zugunsten der Rechtssicherheit nicht nur dauerhaft, sondern auch noch klar und eindeutig formuliert sein soll. Aber klar und eindeutig für wen? – „Guter Glaube ist, wenn man an das Gute glaubt?“ (Juli Zeh)

Das Recht ist alt – obwohl es natürlich immer jünger wird. Das ABGB ist von 1811, das Staatsgrundgesetz von 1867, das Bundes-Verfassungsgesetz von 1920 ... Auch wenn uns der politisch-konservative Reformgeist als besonders widerliche Emanation des Zeitgeistes die einschlägige Zuversicht deutlich schwerer macht: Ein Normenkomplex ist immer auf Dauer angelegt, er muss sich selbst und die in ihm niedergelegten Werte (auf-)bewahren. Wo er diesen Anspruch verliert, verzichtet er auf einen spezifisch-rechtlichen Gehalt (man kann sich das dann unter der Rubrik „Verfall des Rechtsstaates“ zum Thema stiller Abendandachten machen). Die Formelhaftigkeit der juristischen Rede entspricht ihrer grundsätzlich konservierenden Funktion. Die Literatur aber: sie will der Formelhaftigkeit gerade entkommen (auch wenn sie's nicht immer schafft); sie will aufbrechen, sehend machen, anmuten und erregen (auch wenn sie dennoch oft traditionelle Inhalte und überkommene Formen konservierend als „große Kunst“ scheidert). Literatur wählt und konstruiert ihre Themen, ihre Sprache und ihre gesellschaftlichen Lösungen und/oder Aporien. Literatur schafft sich – je nach Abhängigkeit von den ökonomischen Zwängen, den gesellschaftlichen Entwicklungen, der psychischen Gestimmtheit und den persönlichen Fähigkeiten der Autoren – einen eigenen Regelzusammenhang von Schuld, Absicht, Tat und Strafe. Sie ist „produktive Spiegelung“ (Klaus Lüderssen). Natürlich greift Literatur auch die juristischen Begriffe, Verfahrensweisen und Denkinhalte auf. Aber es fehlt ihr gänzlich der Anspruch, deren Gültigkeit und bisherigen Zusammenhang aufrechtzuerhalten. Recht ist eben nicht Literatur.³⁾

Matthias Settele⁴⁾ hat das brauchbar zusammengefasst:

„Fälle und Prinzipien werden in den Dienst der Literatur, der künstlerischen Aneignung, Gestaltung, der Absicht gestellt. Die autonome Verarbeitung kann jeden gesellschaftlichen Konsens, jede juristische Richtigkeit zerstören, verweigern oder mitbenützen und verfremden. Die vielfältigen Gattungen und Formen der Literatur lassen oft eine einfache, oberflächliche Rückführung in

einen allgemeinen oder einen politischen, juristischen, germanistischen Diskurs nicht ohne Verlust zu: Der Modellcharakter der Literatur, das Sinnbild, das Spiel, die Utopie, die Erzählweisen und sprachlichen Mittel verweigern sich meist der direkten Nutzbarmachung für andere Verwendungen, für ein anderes Sprechen.“

Weil das so ist – und man könnte präzisieren und ergänzen, was an dieser Stelle freilich nicht notwendig ist – hat die Literatur ihr eigenes Recht. Kaum etwas ist schmalsinniger als die von Juristen mitunter geäußerte Kritik, die Dichter würden unter dem Placet einer von ihnen beanspruchten poetischen Lizenz „rechtliche Dinge nach ihrem Gutdünken umfälschen“.⁵⁾ Ein sinnloser Vorwurf, und Ausweis lediglich des eigenen Unverständnisses. Was das Recht nicht darf, nämlich die Literatur nach jeweiligem Belieben sich zu unterwerfen (an historischen Beispielen für einschlägige Versuche besteht allerdings kein Mangel), das gerade darf die Literatur: das Recht ausschließlich an künstlerischen Maßstäben messen – und (so gut es eben geht) das Recht den ästhetischen-inhaltlichen Anforderungen der Literatur bis zu dessen völliger Kapitulation aussetzen.

Ideologiekritisch motiviert kommen uns bei der Sichtung juristischer Texte gewisse Hürden vor die Brille. Will man das „gemeine Volk“, „die Massen“ gar, vom Verständnis des „heiligen Textes“ ausschließen? Seit der Aufklärung wäre dies arg verpönt, ist deshalb nicht mehr offiziell beabsichtigt – aber dennoch dem Wirken und Weiterbestehen des Systems durchaus zuträglich. Nicht dass es uns so sehr um den ästhetisch-kulinarischen Genuss beim Lesen großer Kodifikationen ginge. Vorbei aber jedenfalls sind die Zeiten, da „Recht und Poesie miteinander aus einem Bette aufgestanden waren“, wie es noch bei Jacob Grimm so schön hieß.⁶⁾ Und vorbei auch die Zeit, da ein Dichter täglich einige Seiten des *Code civil* las, „um den Ton zu treffen“, den er für seine *Chartreuse de Parme* für erforderlich hielt.⁷⁾

Mitunter hat das Recht zu nachgerade bizarren Verschleierungsformen dessen gefunden, was sich darin Ausdruck verschafft: Wie die Religion ist auch das Recht (unter anderem) ein gesellschaftliches Ordnungssystem, es beinhaltet damit notwendig machterzeugende und machterhaltende Mechanismen – von denen es aber gerade nichts erkennen lassen will.⁸⁾ Die Literatur kann uns sehend machen – wir nehmen Albert Drach als ein kleines Beispiel.

Bei Albert Drach geht es mitunter um die Ent-Täuschung des Rechts und jeglicher Ordnung.⁹⁾ Er mobilisiert humoristisch eine Reserve gegen vernünftigt sich gebende Ordnungen, die sich in ihrer Logik dann wieder gegen den Einzelnen

3) In diesem Zusammenhang lediglich als Verdacht geäußert: Wir nützen dem Verständnis von Recht und Literatur wohl am besten, wenn wir deren Unterschiede möglichst deutlich markieren. Zumindest aber gilt, dass „the ability to make distinctions is as important to knowledge as the ability to make connections“, wie uns Posner, *Law and Literature. A Misunderstood Relation*⁶⁾ (1994) 353 lehrt.

4) Settele, *Der Protokollstil des Albert Drach. Recht, Gerechtigkeit, Sprache, Literatur* (1992) 114.

5) So der etwas empört sich gebende Widerspruch

von *Mitteis*, *Recht und Dichtung*, in ders., *Die Rechtsidee in der Geschichte. Gesammelte Abhandlungen und Vorträge* (1957) 685.

6) Grimm, *Von der Poesie im Recht* (1816; 1957) 8.

7) Henri Beyle (Stendhal), *Briefe* (1983) 759 (Oktober 1840 an Balzac).

8) In Zeiten wie diesen kann es kaum schaden, die Polit-Kalauer der 70er wieder in Erinnerung zu rufen: „Der Arbeiter arbeitet, der Unternehmer unternimmt. Würden endlich die Arbeiter etwas unternehmen, müssten auch die Unternehmer arbeiten!“ (so die dt. Polit-Kabarett-Gruppe „Floh de

Cologne“). Das ist natürlich kaum erträglicher Stumpfsinn – der freilich solange entschuldigt ist, als den gönnerhaft sich gebenden „Leistungssträgern“ (vulgo: „Arbeitgebern“) im öffentlichen Sprachgebrauch die dankbar-sein-müssenden „Arbeitnehmer“ gegenübergestellt werden. Als ob nicht diejenigen, die Arbeit sich aneignen (und also nehmen), von denen zehren würden, die durch die Hingabe ihrer Arbeit den gesellschaftlichen Reichtum (und also auch den unserer „Unternehmer“) erst begründen würden.

kehren. *Drach* war (vermutlich) ein schlechter Jurist,¹⁰⁾ und (mit Sicherheit) ein guter Schriftsteller. Inhalt und Form seines Schreibens waren durch seine Ausbildung zum Juristen und durch seine einschlägige Tätigkeit und die damit verbundenen Erfahrungen geprägt. Sein „Protokollstil“¹¹⁾ lässt sich von den bürokratischen Erfahrungen in der österreichischen Justizlandschaft nicht trennen – wenngleich dieser „Stil“ keineswegs „juristisch“ in einem überkommenen Sinne ist.

In einem kleinen Protokoll mit dem Titel „UND“¹²⁾ geht es um den Richter *Alois Balduin Huntzinger*, dem von allen Bindewörtern „und“ am widerwärtigsten ist. Die gleichsam programmatische Begründung: „dass das verbindende ‚und‘ Nennungen, Behauptungen, Bezeichnungen in einen Zusammenhang brächte, der [...] oft dazu diente, die Unterschiede zwischen einander Entgegengesetztem im Vortäuschungswege aufzuweichen oder geradezu auszugleichen.“ (39) Der als Einzelgänger bekannte Richter verschwindet für einige Zeit völlig und die merkwürdigsten, stark ins kriminalistische neigenden Ungereimtheiten seines Lebens begegnen den Leserinnen – bis schließlich alles beim Alten ist. Sorge und Nachforschungen waren ganz unbegründet. Nur dass wieder einmal eine „Weibsperson“, des Richters ältere Wirtschafterin *Antonia Muckenhuber* auf der Strecke bleibt. *Drach* verhandelt in seiner eigentümlichen Sprache, diesem verschrobene, von Sarkasmen und substantivischen Trapezakten durchsetzten Protokolldeutsch, auch hier die Tatsache, dass das Recht ein Machtverhältnis ist und der Zynismus eine Form von Gelassenheit gegenüber den Dingen. Wir lesen über den grausamen und grotesken Unsinn der menschlichen Existenz, bei denen Hauptfiguren unversehens zu Zuschauern und Zuschauer zu Hauptfiguren werden. Hier wird also „die Erzählkonvention von der Lebenswirklichkeit, wenn man sie ernst nimmt, andauernd aufs äußerste strapaziert“, schrieb *Walter Klier*.¹³⁾

In einer längeren Passage der Erzählung UND heißt es über die Biographie des Richters *Huntzinger*:

„[...] In der Tat hatten vorsichtige Umfragen, die teils durch Mittelspersonen, teils direkt erfolgten, bei seinen Kollegen und ihm untergeordneten Personen ergeben, dass er außer einem häufig auch bei den Parteien des Gerichtes angelegten Lächeln, das seine scharfgeschnittenen Gesichtszüge nicht sonderlich aufhellte, kaum Außeramtliches für seine Umwelt bereit hatte. Seine Arbeitsfähigkeit war jedenfalls dauernd gegeben, wiewohl er den Dienst ohne Leidenschaft versah. Er hatte sich weder um die Gunst von Mitarbeitern noch um die von im Rang Höhergestellten beworben. Sein Ehrgeiz ging nicht so weit, den Vorsitz zu führen oder irgendwie nach außen hin besonders in Erscheinung zu treten. Er hatte zwar die Gesetze, so viele auf ihn zukamen, nach Möglichkeit und Tunlichkeit in sich aufgenommen. Einem tieferen Sinn ging er nicht nach. Einer politischen Partei hatte er nicht angehört, über Politik sich nicht geäußert. Von den Rechtssuchenden zog er keinen vor, doch war es ihm offenbar darum zu tun, häufig im Senat als Referent aufzutreten, so dass ihm diese Rolle meistens verblieb. Wenn er allerdings das Referat bekam,

war kaum mehr von einem Vergleich zwischen den Prozessführenden die Rede. Es war, als ob der Hass oder Gegensatz, der zwischen ihnen von Anfang an bestand, sich in seinem Beisein nur steigerte, ja selbst dort, wo nur verschiedene Meinungen aufeinander zukamen und die Möglichkeit einer gütlichen Beilegung von Anfang an bestand, sich, sowie er das Referat führte, die Abstände zwischen Klägern und Beklagten vermehrten und keine Einigung mehr zuließen. Dazu kam noch, dass der Spruch, den er am Ende veranlasste, weder im Sinne der einen noch der anderen Partei erfolgte, wo solches möglich war, und wo eine das bessere Los ziehen musste, dieses sich auf andere Weise beschränkt und belastet erwies, so dass niemand zufriedener vom Gericht schied, sobald er das Referat innehatte. Am allerwenigsten waren es die Anwälte, die meistens voraussahen, dass sie mit dem anhängigen Rechtsstreit, wie immer er zuletzt ausgehen würde, wohl auch den Klienten verlieren würden. – Das war alles, was man über seinen gegenwärtigen amtlichen Lebenswandel hatte in Erfahrung bringen können.“ (42/43)

Lassen wir den *plot* der Geschichte einmal beiseite und wenden uns lediglich den berufsbiographischen Besonderheiten des OGH-Richters *Huntzinger* zu:

Zunächst fällt auf, dass der Richter selbst von sich nichts Preis gibt. Man bedarf, um etwas über ihn zu erfahren, der Nachfrage bei „Mittelspersonen“, der Kontaktaufnahme mit „ihm untergeordneten Personen“. Ganz die anonyme Macht, als der der Richter den Rechtsunterworfenen im juristischen Alltag gegenübertritt. Er ist nicht Mensch, noch nicht einmal Person, er ist lediglich eine Charaktermaske. Etwas „Außeramtliches“ gibt es nicht – obwohl (und darin liegt denn auch die Crux des kleinen „Falles“) wir alle wissen oder auch nur vermuten, dass auch *Huntzinger* ein privates Leben führt. Sein „angelegtes Lächeln“ macht ihn nicht menschlich, erweist sich als bloßer Tribut an die Konvention – und vermag die „scharfgeschnittenen Gesichtszüge nicht sonderlich aufzuhellen“. Hier ist ein Demiurg des Rechts am Werk, den die „Idee des Rechts“ (was auch immer es sein mag) nicht affiziert. *Drach* präsentiert uns *Huntzinger* noch nicht einmal als schlechten oder gar bösen Menschen – *Huntzinger* ist die schattenrissartig gezeichnete und unentwegt „arbeitsfähige“ Inkarnation der Justizmaschinerie. Es passt ins Bild, wenn *Huntzinger* nicht als von den bürokratischen Karrierehehnsüchten geplagter Funktionär des Rechts gezeichnet, sondern als unentwegt funktionierend beschrieben wird. Keine „Leidenschaft“ und kein Hecheln nach „Gunst“ – das alles scheint *Huntzinger* nicht zu bedürfen.¹⁴⁾ Er will nicht einmal „besonders in Erscheinung treten“, will nicht auffallen, nicht als Besonderer identifizierbar sein. Abstinenter ist er: nicht nur als Teil eines Berufskollektivs, sondern auch und gerade als Mensch unter Menschen. Folgerichtig daher, dass er keiner politischen Partei angehört und sich „über Politik nicht äußert“. Jede Emanation, die ihn als Individuum identifizierbar machen könnte, scheint ihm zuwider zu sein, ist ihm fremd.

9) Vgl. *Noll*, Die böse Justiz. Enttäuschungsreflexionen bei Albert Drach. Eine Notiz, in *Fetz* (Hrsg), In Sachen Albert Drach. Sieben Beiträge zum Werk (1995) 71 ff.

10) Vgl. *Noll*, Aug in Aug mit dem Gesetz. Der

Rechtsanwalt und Kläger Albert Drach, AnWB 2003, 192 ff.

11) Trefflich nachgezeichnet von *Settele*, Protokollstil 155 ff.

12) *Drach*, UND (1983), in ders, JA UND NEIN. Drei

Fälle (1992) 39 ff (Seitenzahlen im Text beziehen sich auf diese Ausgabe).

13) *Klier*, Grausam und grotesk. Zu den drei kurzen Erzählungen von Albert Drach, EXTRA – Blg zur Wiener Zeitung v 2. Oktober 1992, 15.

Eine Ausnahme davon immerhin ist bemerkenswert: *Huntzinger* will entscheiden. Im Senat ist ihm dies wesentlich als Referent möglich. Und entgegen landläufiger advokatorischer Erfahrung ist es ihm dabei nicht um Arbeitsvermeidung zu tun, sondern um dezisionistische Gestaltung. Die vom Richter geforderte Unparteilichkeit erfährt hier eine bemerkenswerte Hybris: Richter sein heißt für *Huntzinger*, sich den Niederungen parteilicher Sichtweisen gänzlichen zu entheben und eine Entscheidung jenseits aller parteilichen Interessen zu finden. Niemand soll *sein* Recht bekommen, es soll *das* Recht herrschen – und solcherart alle Beteiligten unter seine Knute zwingen. Dem Recht kommt so eine Frieden-funktion nur noch in dem Ausmaß zu, als es sich gegenüber allen Parteien als durchsetzungsfähig erweist.

Was verstört uns, wenn wir *Drachs* Charakterisierung des Richters *Huntzinger* Revue passieren lassen? Ist er nicht das Musterbeispiel ordentlicher Amtsführung? Ist er nicht das Fleisch gewordene RDG: untadelig in der Lebensführung, in wünschenswerter Weise unparteilich, arbeitsam und korrekt? *Drach* spielt auf hervorragende Weise mit der Unlust, die uns befällt, wenn wir uns *Huntzinger* vergegenwärtigen. Soll nicht auch der Richter Mensch sein? Soll er nicht Schwächen haben? Ist er nicht – was wir dem Gesetz gerade noch zugehen – kalt und ohne Erbarmen für die dem Recht im allgemeinen und dem Gericht im besonderen unterworfenen Kreatur? *Drach* macht es offensichtlich bis zum Schmerz: Solche Richter wollen wir nicht! Und *Drach* stößt mit jedem Satz in die Wunde: Das Recht kann uns etwas Besseres nicht geben. Und in der Tat: Dieser Richter ist ganz untadelig: „Er hatte die Gesetze, so viele auf ihn zukamen, nach Möglichkeit und Tunlichkeit in sich aufgenommen.“ Was will man mehr? Und dass er „einem tieferen Sinn nicht nachging“, ist nicht gerade dies die Garantie für korrekte Amtsführung?

Überlegen wir kurz, woher wir unsere Erwartungen beziehen, wenn wir uns mit *Huntzinger* nicht so recht anfreunden können. Der bloße Rekurs aufs geltende Recht hilft nicht recht weiter. Ganz unstrittig lässt sich einer wie *Huntzinger* mit den geltenden Vorschriften vereinbaren. Und ebenso offensichtlich sind es also außerrechtliche Gesichtspunkte, die dafür verantwortlich sind, dass wir mit *Huntzinger* nicht warm werden wollen. – Was lässt uns *Drach* über *Huntzinger* wissen? Dass „er gar nicht Gesprächig war“ (40)¹⁴, dass „der Richter privat mit niemandem Umgang gepflogen hatte“ (41)¹⁵, dass er „so wie seinerzeit der große ostpreussische Philosoph *Immanuel Kant* in Königsberg, nebst Verrichtung seiner ausgedehnten amtlichen Tätigkeit, nur wenig und im allgemeinen bloß zu denselben Zeiten ausgegangen“ ist, und dass diese Ausgänge erst stattgefunden hätten, „wenn die Straßen völlig leer waren“ (42). All das lässt, so das Ergebnis der Nachforschungen über *Huntzinger*; den Schluss zu, „dass es sich bei dem nicht mehr Anwesenden um einen Menschen

gehandelt haben müsse, der in einem Land, in dem Beziehungen so gut wie alles oder wenigstens das meiste sind, schon durch fehlende Geselligkeit sich den Sonderstatus eines Einzelgängers zu sichern bestrebt gewesen war“ (42/43). Immerhin: Früher hatte er noch mit einem Nachbarskind „gespielt, geturnt und sich für den Eintritt in die Hitlerjugend vorbereitet“ (45).

Und wir können uns auch ein Bild machen von seiner Gemütsentwicklung. *Drach* bietet uns zwei prägnante Episoden: *Huntzinger* erlebte die Ermordung eines Juden, „der in seinem Beisein aus einem Versteck geholt und amtlich totgeprügelt wurde. Bevor der Enderfolg erzielt worden war, hatte der Amtzubehandelnde noch einen Hilfeschrei an die Allmacht des Schöpfers gerichtet. *Balduin* [*Huntzinger*] war zwar wie die übrigen Anwesenden veranlasst, sich von dem Geschehen abzuwenden, äußerte sich aber trotzdem dazu [...]: Wen gehe überhaupt Gott etwas an, noch dazu dem seiner?“ (46) – Das zweite Erlebnis „mit ungünstigem Ausgang“ war die Vergewaltigung seiner Ziehmutter *Miranda Kratochwil* durch einen uniformierten Besatzungssoldaten „offenbar kirgisischer Abstammung“: „Sie erhielt [...] in Anwesenheit ihrer Kinder und des künftigen Richters von dem ungeduldigen Uniformierten vor ihrer gänzlichen Umstimmung noch einen Stich unterhalb der Brust und wurde dann ebenfalls im Beisein derselben zur Anschauung Zugelassenen von ihm auf die beanspruchte Art der Liebe zugeführt.“ *Huntzingers* meinte dazu, „dass es offenbar darauf ankomme, äußeren, nicht abwendbaren Einwirkungen vor dem Eintritt zusätzlicher Nachteile zu entsprechen, statt sich vorerst zu widersetzen“ (47).

Und dann wissen wir noch etwas. Einem jungen Schriftführer – der aus dem Gerichtsdienst ausschied, sobald er konnte – hatte *Huntzinger* geraten:

„[D]as Wichtigste im Prozess sei das Protokoll, dadurch wären sowohl die Rechtsuchenden als auch die Zeugen und was sonst noch vor Gericht erscheine, gebunden, auch wenn sie nicht das gemeint, was sie zum Ausdruck gebracht hätten. Mitunter können der Richter auch entsprechend nachhelfen, wenn das, was aus ihnen hervorsprudele, für seine Entscheidung nicht reiche. Und schließlich schlinge sich ihr eigenes Wort und was da sonst noch geschwätzt werde, wie ein Strick um ihren Hals, aus dem sie nicht mehr herauskönnten. Denn auf die Wahrheit komme es in einem Rechtsstreit zwischen Privaten um Geld, Geldeswert und sonstige Streitigkeiten nicht an. Darum sei die Macht des Richters größer als dort, wo es bloß um den Kopf, um Freiheitsentzug und Geldbußen gehe, wo noch dazu eine Kanzleikraft, meist un gelenkt, mitschreibe und so ein geschickter Rechtsbrecher, dem man nichts mit Sicherheit nachweisen könne, dem richterlichen Zugriff entrinne.“ (53)

Und einem seiner Kollegen beim Obersten Gerichtshof hatte *Huntzinger* anvertraut: „bisher (habe er) zwar oft mit

14) Dass UND seine beinahe kriminalistische Wendung gerade daraus bezieht, dass wir einem, der sich im Amt unentwegt als funktional erweist, eine nur noch zu entlarvende Triebabfuhr jenseits dienstlicher Verpflichtungen gerne zutrauen (das gerade ist es, was wir wissen wollen!), ist eine andere Geschichte. Und dass gerade diese Entlarfung dann

nicht kommt, wir Leser also mit unserem „Verdacht“ alleine gelassen werden, macht die humoristisch-satirische Wirkung der Geschichte aus – eine humoristische Radikalität, mittels der jegliche Zentrierung, Fokussierung oder Projektion von stabilen Wertpositionen zersetzt wird; vgl zur Funktion des Humors bei *Drach* vor allem *A. Fischer*, Inszenierte

Naivität. Zur ästhetischen Simulation von Geschichte bei *Günter Grass*, *Albert Drach* und *Walter Kempowski* (1992) 257 ff.

15) Und öfter: Schon der Knabe war „überhaupt nicht Gesprächig“ (47), und auch später hatte er sich „als wenig Gesprächig und gesellig erwiesen“ (49).

16) Und auch keine Frauenbesuche!

Erfolg seine Wahrheit durchgesetzt, jetzt aber (gelange er) wohl in die Lage, an das nicht mehr abwendbare Wort heranzukommen. Denn niemand könne den Schlussstrich, den das Höchstgericht unter einen Fall schreibe, jemals rückgängig machen.“ (54) Und dann werden wir mit drei juristischen Fällen beglückt, die durch *Huntzingers* originelle Lösung gekrönt wurden: Entscheidungen, die die Betroffenen ins Unglück führten. Und als dies im Zuge der Nachforschungen bekannt wurde, „nahm der nicht genügend rechtskundige Polizist zwar nicht an, es werde deshalb ein Aufruhr stattfinden wie nach dem Schattendorfer Mordprozess, in dem Nazimörder freigingen, nämlich der Brand des Justizpalastes, es könne aber vielleicht der Referent [*Huntzinger*] in Furcht vor Rachefolgen das Weite gesucht haben“ (58). Unser gesetztreuer Richter ist durchaus verabscheuungswürdig.

Das alles wird uns zwar als das bloße Ergebnis von Nachforschungen über *Huntzinger* präsentiert, aber es wird uns doch als wahr vermittelt. Von ganz anderer Art sind die gegen *Huntzinger* in der Luft liegenden Verdächtigungen: Er *könnte* auch der Mörder der Ziehschwester *Amalasunta* gewesen sein, die „vor ihrem Ableben im vierten Monat schwanger gewesen war“ (48); und er *könnte* auch der Mörder des Witwer *Mund* gewesen sein: „Jedenfalls fand man in der wenig begangenen Straße vor Tagesanbruch den entseelten Witwer *Mund* unten in der Dachtraufe, aus der er wohl kaum hatte trinken wollen, während der Jüngling [*Huntzinger*] ungeachtet der inzwischen eingetretenen Sperrstunde, vom Wirt offenbar übersehen, auf der Bank lag, auf der er vorher mit dem nun nicht mehr lebend Vorhandenen gegessen war“ (49/50) – womit *Huntzinger* um des Witwers Sparbuch reicher war. Und unser Richter *könnte* auch der Mörder des Mädchen *Wildwasser* gewesen sein, mit dem er sich während seiner Abwesenheit zunächst verlobt, eine Verheiratung dann aber unterlassen hatte, weil das Mädchen bei einer Zugfahrt „irrtümlich statt der Türe zum Abtritt die Außentüre des Wagens geöffnet hatte und tot auf den Bahnkörper gelangt war“ (59). Ober er wirklich der Mörder war, wissen wir nicht. Denkbar immerhin ist es.

Die kriminalistische Atmosphäre der Erzählung bezieht ihre Spannung aus der deutlich in den Raum gestellten Möglichkeit, dass es sich bei *Huntzinger* tatsächlich um einen

vielfachen Mörder handelt, der immer noch davon gekommen ist – und immer wieder davon kommen wird. Ist aber nicht schon der Gedanke, der uns *Huntzinger* als Mörder erscheinen lässt, letztlich nur dem geschuldet, was *Huntzinger* so sehr verabscheut, nämlich dem „verbindenden ‚und‘“, das immer „Nennungen, Behauptungen, Bezeichnungen in einen Zusammenhang brächte, der in Wahrheit gar nicht bestünde“? (39) Und würden wir nicht, wenn wir in *Huntzinger* den Mehrfachmörder erblickten, umstandslos zum Komplizen des Erzählers? – Offiziell ist doch alles in Ordnung! Nur die Ziehschwester, der Witwer und die Verlobte sind nach ihren Kontakten mit dem Richter tot – und letztlich ist es auch die Wirtschafterin des Richters, die, nachdem ihr die Heirat durch den Richter angeboten war, diese ablehnte, dann nicht auf den Verkehr achtete, und „bei dieser Gelegenheit von einem Kombiwagen erfasst (wurde) und den Tod (fand)“. (61)

Drachs Erzählung ist ein humoristisch-zynischer Aufschrei. Er hat eine brachiale Art, Schreckliches als belanglos und „normal“ darzustellen. Er betreibt eine humoreske Form der Ent-Täuschung von Routinen und Gewohnheiten. Und er lässt es uns spüren und fühlen, dass da einiges nicht stimmt – und er lässt uns zornig werden, wenn wir im Zuge der Lektüre erkennen müssen, dass es vor der Frage nach dem Inhalt des Rechts, des illusionslosen Hinschauens auf das „Wie“ des Rechts bedarf. Gegen *Huntzinger* ist kein Kraut gewachsen. So gut werden wir das Recht und die Gesetze nicht machen können, dass wir den *Huntzingers* dieser Welt entkommen.

Natürlich hat *Drach* seine Grenzen. Seine Stärke liegt in der Phänomenologie – und hier kann er es mit dem Gutteil der rechtssoziologisch einschlägigen Arbeiten aufnehmen. Er bekommt ins Visier, was Wissenschaft allzu oft als blinden Fleck unbeschrieben lässt. *Drach* formuliert Aufgabenstellungen einer Richtersozioologie, die bis heute uneingelöst sind. Er wiegt uns nicht im Eiapopeia eines wohlmeinenden Fortschritts gegenüber der rechtsuchenden Bevölkerung. Das Recht ist letztlich auf Gewalt angewiesen¹⁷⁾ – und Richter bleiben ihre Vollstrecker. Letztlich dringt das „nicht mehr abwendbare Wort“ (54) tief ins Fleisch.

Univ.-Doz. Dr. Alfred J. Noll ist Rechtsanwalt in Wien; kanzlei@jus.at.

17) Vgl. *Noll*, Recht aufs Fleisch. Der Tod von Marcus O. zeigt: Staatliche Strafgewalt kann sich vom Zusatz körperlichen Schmerzes nicht lösen, *Falter* 19/1999, 15.

Was hat die Beteiligung an der juristischen Praxis mit dem Verfassen eines Romans zu tun und was unterscheidet sie davon?

Wer Recht mit Literatur vergleicht, begibt sich auf Glatt-eis. Zwar macht das Verfassen von Texten einen wesentlichen Teil der juristischen Arbeit aus, aber zwischen einem rechtlichen Text und einem literarischen bestehen doch große Unterschiede, sollte man meinen. Schließlich werden im Recht anders als in der Literatur *Geltungsansprüche* verhandelt – zumindest in anderer Form als in der Literatur, deren allfällige „Wahrheiten“ tiefer und allgemeiner zu sein scheinen. Unterschlägt der Vergleich des Rechts mit der Literatur daher nicht den diskursiven Duktus von Rechtstexten? Lädt er nicht dazu ein, die ästhetische, kreative und imaginative Dimension der juristischen Arbeit zu überschätzen? Und mündet eine solche Überschätzung nicht leicht in eine Herabwürdigung juristischer Rationalitätsansprüche, die dann ihrerseits zu einer Atmosphäre des Zynismus beiträgt, in der intellektuelle Redlichkeit und Sorgfalt weniger zählen als der rhetorische Effekt? Diese und ähnliche Bedenken liegen jedenfalls nahe.

Dennoch: Auch ohne eine dekonstruktive Anti-Theorie des Rechts bewerben zu wollen, kann man sich des Vergleichs mit der Literatur bedienen, um etwas Interessantes über das Recht zu sagen. Der amerikanische Rechtsphilosoph *Ronald Dworkin* beispielsweise hat das getan. Weit davon entfernt, die These der „Unbestimmtheit“ des Rechts zu verteidigen, benützt er den Vergleich, um Licht auf die *Rationalität* des Rechtsdenkens zu werfen. Und doch verdeutlicht auch seine Analogie eine Unbestimmtheit der Interpretation. Man sollte diese Unbestimmtheit allerdings nicht überbewerten und zum Anlass für einen globalen Skeptizismus oder allzu naiven Realismus nehmen. Es geht bei weitem nicht alles. Nicht einmal in der Kunst. Auch hier gelten Standards, sogar für die kreative Negation von Standards. Wer sich überhaupt für Kunst interessiert, kann sich nicht völlig indifferent verhalten. Konventionen wollen „kunstvoll“ überschritten werden.¹⁾ Das ist ein Grund, warum Kunst überhaupt gelehrt wird²⁾ – auch wenn es kein Patentrezept für die Produktion ästhetischer Qualität gibt. So wie es kein Patentrezept für die korrekte Lösung schwieriger Rechtsprobleme gibt. Gleichwohl würden wir gerne darauf vertrauen können, dass im Recht noch weniger geht als in der Kunst.

Aber beginnen wir am Anfang. Was hat *Dworkin* überhaupt zu seinem Vergleich veranlasst?

1. Juristische Wahrheit

Dworkin vertritt die Auffassung, dass es im Großen und Ganzen für jeden noch so schwierigen Rechtsfall genau eine richtige Lösung gibt und dass diese Lösung prinzipiell auch gefunden werden kann, nämlich so: Man konstruiere eine The-

orie, die zum vorhandenen positiven Rechtsmaterial passt und dieses so gut wie möglich rechtfertigt; diejenigen Prinzipien, die in einer solchen Theorie eine Rolle spielen, ziehe man dann zur Lösung jener Fälle heran, die nicht schon durch das positive Recht „vorentschieden“ sind.³⁾ Wir haben es hier also mit einer Art Kohärenztheorie der (rechtlichen) Wahrheit zu tun. Doch wie wir auch wissen, garantiert Kohärenz

Recht-Schreiben

Über das Wahre, Schöne und Gute in der juristischen Begründung

Christian Hiebaum



nicht Wahrheit, auch wenn Begründen naturgemäß auf eine Maximierung von Kohärenz abzielt.

Bei *Dworkin* kommt die minimale und dennoch wichtige Differenz zwischen Kohärenz und Wahrheit gleich doppelt zum Ausdruck. Zum einen zeigt sie sich in der Ungeklärtheit des Verhältnisses der beiden Kriterien des „Passens“ (*fit*) und des moralischen Werts. Was, wenn eine moralisch ansprechendere Theorie, zB eine egalitaristische, weniger gut zum vorhandenen Rechtsmaterial passt als eine moralisch unattraktivere Theorie, eine nicht- oder sogar anti-egalitaristische? Zum anderen stößt man auf diese Differenz, wenn man sich die Frage stellt, was eine möglichst gute moralische Rechtfertigung ist. Bemisst sich die moralische Qualität einer Rechtfertigung etwa wieder ausschließlich an irgendeiner Kohärenz? Kommt da nicht auch noch ein anderes Moment ins Spiel? Wenn die Menschen tatsächlich gleich an Würde sind, dann doch wohl unabhängig davon, ob diese Überzeugung mit unseren anderen moralischen Überzeugungen eindeutig begründet werden kann. Zumal kaum alle diese Überzeugungen, die im Übrigen auch teilweise unbewusst sein können, ein geschlossenes Ganzes ergeben. Wie immer man diese Überzeugungen systematisch erfasst, einige werden dabei rausfallen müssen. Welche das sind, hängt von der Gewichtung der einzelnen Überzeugungen ab. Wer der Gleichheit etwa einen hohen Stellenwert einräumt, sie sogar als Wert an sich betrachtet, wird andere spontane Intuitionen als Irrtümer abtun als jemand, für den Gleichheit allenfalls instrumentellen Wert besitzt.

Die Vorstellung, dass die Masse der die Rechtspraxis leitenden juristischen Überzeugungen falsch sein kann, mutet aber unsinnig an. Zum einen, weil wir, wenn sie zuträfe, schwerlich wüssten, was die Inhalte dieser Überzeugungen überhaupt sind; zum anderen, weil es ohne dieses Wissen

1) Nicht jede Provokation verdient Beifall. Und die in liberalen Kreisen gerne geäußerte Auffassung, Kunst müsse provozieren und verstören, ist überhaupt nichts weiter als Ausdruck einer gewissen Gedankenlosigkeit. Wer einer Provokation applaudiert, ist typischerweise nicht selbst provoziert. Pro-

voziert müssen offenbar immer die anderen sein. So könnten dann im Extremfall „objektiv“ interessante Kunstwerke entstehen, die eigentlich niemand – subjektiv – für interessant hält. Zu solchen „Überzeugungen ohne Eigentümer“ siehe *Pfaller*, Die Illusionen der anderen. Über das Lustprinzip in der

Kultur (2003).

2) Siehe *Burger*, Von der Lehre der Kunst, in ders., Ptolemäische Versuchungen. Aufzeichnungen über die Bahn der Sitten (2001) 216.

3) *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen (1984); ders., Law's Empire (1986).

wohl keine Rechtspraxis gäbe, die den Namen „Praxis“ verdient. Nichtsdestoweniger kann prinzipiell jede *einzelne* Rechtsüberzeugung falsch sein.⁴⁾ Ein Letztbegründungsmodell kann uns *Dworkin* also schon deshalb nicht anbieten, weil eine Letztbegründung nicht möglich ist. Aber darüber muss man nicht verzweifeln. Wenn Philosophen wie *Wittgenstein*, *Sellars*, *Quine*, *Davidson* und *Brandom* Recht haben, dann sind Letztbegründungen auch für empirische Überzeugungen keine Option. Die Begründung dafür lautet, dass eine Begründungsrelation eine logische Beziehung ist, in der nur Begriffe bzw. Überzeugungen zueinander stehen. Die empirische Wirklichkeit und der bloße Sinneseindruck hängen allenfalls *kausal* mit unseren Überzeugungen zusammen. (Dass Sinneseindrücke keine Rolle bei der Begründung empirischer Überzeugungen spielen, folgt daraus selbstverständlich ganz und gar nicht.) Überzeugungen wiederum sind naturgemäß Teil eines Netzwerkes mehrerer Überzeugungen. Das heißt, wer eine Überzeugung hat, hat immer auch andere. Fundamental ist keine von ihnen, auch wenn sie nicht alle gleichermaßen reversibel sind. Manche sind eben grundlegender als andere. Aber – und das ist der entscheidende Punkt – die Wahrheitsfähigkeit empirischer Überzeugungen wird dadurch nicht ausgeschlossen. Im Übrigen glaubt auch *Dworkin* nicht, dass die Wahrheit immer auf der Hand liegt, dass es also keine vernünftigen Meinungsverschiedenheiten geben kann. Er meint allerdings, dass richtige Lösungen nur deshalb oft nicht gefunden werden, weil unsere intellektuellen und vor allem zeitlichen Ressourcen begrenzt sind.

Dworkin's Theorie ist eine normative, und als solche lässt sie sich auch nicht ohne weiteres empirisch widerlegen. Allerdings würde sie wenig taugen, wenn sie allzu weit von der Realität der juristischen Arbeit entfernt wäre. Denn was für die Lösung schwieriger Fälle gilt, muss auch gelten, wenn die Frage lautet: Wie bestimmt man die juristische Rationalität als solche? Die Theorie der Begründung von Rechtsentscheidungen sollte ihrerseits zu dem „passen“, was im Rechtssystem passiert. Zunächst versucht *Dworkin*, die empirische Angemessenheit seiner Theorie anhand einiger bedeutender Gerichtsentscheidungen darzulegen. Aber er tut noch mehr. Um das Bild, das er von der rechtlichen Argumentation zeichnet, etwas abzurunden (natürlich eine rhetorische bzw. ästhetische Strategie), vergleicht er die Rechtsarbeit mit dem, was Autorinnen machen, die gemeinsam einen Kettenroman schreiben.⁵⁾

2. Der Kettenroman

Angenommen, mehrere Autorinnen machen sich daran, einen Roman zu verfassen. Wir gehen davon aus, dass es sich nicht bloß um ein sprachliches Experiment handelt, sondern dass der Roman eine narrative Struktur aufweisen, mithin eine Geschichte erzählen und den einen oder anderen Protagonisten enthalten soll, der seinerseits einen psychologisch plausiblen Charakter repräsentiert. Eine der Autorinnen fängt an, und

die anderen fügen dann Kapitel um Kapitel hinzu. Nach *Dworkin* verfügt die erste Autorin naturgemäß über mehr Freiheit als die zweite, da sie nicht nur vor der Wahl des Genres steht, sondern auch die ersten Figuren einführt. Ihre Partnerinnen haben dann die Geschichte möglichst konsistent fortzuführen. Weder reproduzieren sie einfach den Beginn, noch können sie machen, was sie wollen. Einerseits sollen die Charaktere „glaubhaft“ wirken, andererseits soll eine, wenn schon nicht unbedingt realistische, so doch in sich schlüssige Handlung entstehen. (Linear muss die Handlung, das sie noch hinzugefügt, keineswegs bleiben. Auch Mosaik- und nichtteleologisch strukturierte Milieu- und „Zeitgeist“-Beschreibungen, wie zB die früheren Werke von *Bret Easton Ellis*, können mehr oder weniger stringent organisiert sein.)

Dworkin nimmt nun nicht nur an, dass die erste Autorin am freiesten ist, sondern auch, dass die Freiheit der anderen sukzessive abnimmt. Je weiter der Text gediehen ist, desto mehr Beschränkungen würden wirken. Das klingt einleuchtend. So könnten beispielsweise die ersten Autorinnen einen Serienmörderroman begonnen haben, der das Publikum knietief im Blut waten lässt und mit allerlei Abgründen konfrontiert. Daraus nach der Hälfte plötzlich ein Beziehungsdrama zwischen zwei bis dahin randständigen Figuren zu machen, oder eine Satire über das Leben auf dem Campus à la *David Lodge*, würde ein wenig verstören. Natürlich ist nicht ausgeschlossen, dass ein solcher Roman am Ende doch noch so etwas wie Stimmigkeit offenbart. Aber um das zustande zu bringen, bedürfte es schon außerordentlicher Kunstfertigkeit – insb wenn das Ganze nicht den Eindruck einer Überambitioniertheit oder Manieriertheit hinterlassen soll. Leere Virtuosität ist auch nicht gefragt. Kurz, ein Gelingen würde ausgesprochen unwahrscheinlich.

Völlig frei ist aber nicht einmal die, die den Anfang macht. Schon ihre Phantasie ist eine durch die etablierten ästhetischen Normen und Genres beschränkte. Nötigenfalls muss sie sich selbst Beschränkungen auferlegen, und sei es, dass sie beschließt, im ersten Kapitel auf einen bestimmten Buchstaben zu verzichten.⁶⁾ Aber bekanntlich erwächst die Kreativität ohnehin aus nichts anderem als der Beschränkung. Das glauben heute jedenfalls nicht nur deklarierte Hegelianer.⁷⁾ Der Geniekünstler, den die Romantik gefeiert hat, war immer schon ein obskures Phantasieprodukt. Disziplin und Kreativität gehen Hand in Hand. Am deutlichsten zeigt sich dies ganz woanders, nämlich in der Mathematik. Auch diese verfügt über eine ästhetische Dimension. Nicht umsonst wissen Eingeweihte die Schönheit und Eleganz eines Beweises zu schätzen.

Wie auch immer, in jedem Fall hätten die Autorinnen den ihnen jeweils vorliegenden Text im Lichte des Ganzen, wie es ihnen vorschwebt, zu interpretieren – gewissermaßen im „Vorgriff der Vollkommenheit“, wie es bei *Gadamer* in einem etwas anderen Zusammenhang heißt. Dabei interpretieren sie selbstverständlich nicht nur das von ihren Kolleginnen Ge-

4) So oder so ähnlich ließe sich das allgemeine Argument *Donald Davidsons* gegen den Skeptizismus vielleicht für das Recht paraphrasieren. Siehe *Davidson*, Wahrheit und Interpretation (1990).

5) *Dworkin*, How Law Is Like Literature, in ders, A Matter of Principle (1985) 146.

6) Siehe *Elster*, Subversion der Rationalität (1987) 178ff.

7) Siehe nur *Fish*, Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies (1989).

schriebene, sondern zugleich auch jene Standards, die im Kunstbetrieb, in der Literatur im Allgemeinen und in den einzelnen Genres im Besonderen als regulative und konstitutive Regeln gelten. Diese Standards sind zwar nirgends verbindlich ausformuliert, kommen aber dennoch in zahlreichen Einzelwerken zur Geltung. Die interpretative Gewinnung solcher Standards ist zugleich deren Weiterentwicklung. Bisweilen entstehen dabei auch neue Genres, zuletzt etwa der „Theorieroman“. Man denke nur an *Thomas Meineckes* Buch „Tomboy“, in dem die Protagonistinnen und Protagonisten ihr Leben den Gender Studies widmen, ihren Alltag, ihre Beziehungen zueinander und ihre Rezeption von Kultur ununterbrochen auf theoretische Vorannahmen sowie auf sexuelle und geschlechterpolitische Implikationen hin befragen. Vielleicht hat *Meinecke* damit aber auch nur ein uraltes Genre wiederbelebt und so etwas wie die postmoderne Version sokratischer Dialoge abgeliefert. Und vielleicht liegt gerade darin seine Leistung.

Doch worauf es ankommt, ist: Auch etwas Neues verschlägt uns nicht völlig die Sprache. Allenfalls tut es dies nur für den Moment, da wir lediglich *ahnen*, dass es in einer subtilen Beziehung steht zu verschiedenen kulturellen Traditionen. Vor allem geht nicht alles (jederzeit). Weder die Autorinnen eines Kettenromans noch der Alleinautor eines Werks können alle Standards negieren. Sie interpretieren und versuchen das Beste aus dem Material, das ihnen zur Verfügung steht, zu machen – das Beste im Lichte von nicht unbedingt explizierten und kanonisierten, vor allem aber interpretationsbedürftigen Standards.

Und eben das tun nach *Dworkin* auch gewissenhafte Juristinnen. Sie orientieren sich an Standards, die nicht unbedingt expliziert, dh positiviert sein müssen, und zwar an solchen, die aus dem Explizierten das Bestmögliche machen. Damit – und das wird postmoderne Literaturtheoretiker freuen – ist natürlich bereits zugestanden, dass selbst das Explizite noch der Interpretation bedarf. Ob die Regel/Prinzipien-Unterscheidung, die *Dworkin* in diesem Zusammenhang einführt, bei all ihrer Popularität, die sie mittlerweile genießt, eine glückliche Unterscheidung ist, lassen wir einmal dahingestellt. Entscheidend ist, dass einerseits das Explizite, Positive, mithilfe des Impliziten, Nichtpositiven, konkretisiert wird; und dass andererseits das Explizieren des Impliziten es ermöglicht, allfällige Lücken zu schließen, ohne einem schlichten Dezisionismus verfallen zu müssen. Genauso erfordert noch die radikalste literarische Innovation, wenn sie ästhetisch gelingen soll, den Anschluss an das Gegebene (freilich nicht unbedingt Evidente).⁸⁾

3. Kohärenz im Recht

Dass den Autorinnen die Standards, die sie anwenden, und die Einflüsse, die sie in bestimmten Traditionen verorten, womöglich gar nicht oder nur teilweise bewusst sind, tut *grundsätzlich* nichts zur Sache. Dennoch unterscheidet sich in dieser Hinsicht die Fortführung oder die Erneuerung einer

künstlerischen Tradition von der einer rechtlichen. Nicht zuletzt aufgrund ihrer standardisierten Ausbildung und eines gewissen Zwangs zur Explikation von Vorannahmen dürften Juristinnen, wenn sie Begründungsarbeit leisten, „bewusster“ vorgehen.

Selbstverständlich ist es ihnen unmöglich, sämtliche Rechtsüberzeugungen auf einmal „infrage zu stellen“. Von wo aus sollte dies geschehen? Auch im Recht wird vieles einfach vorausgesetzt. Zwar wird einer praktizierenden Zivilrechtlerin die Unterscheidung zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung bewusst sein. Für die dogmatischen Grundlagen dieser Unterscheidung muss dies aber keineswegs gelten. In den meisten Fällen, doch keineswegs immer, kann auf deren Explikation verzichtet werden. Und niemand wird auf die Idee kommen, die Gültigkeit des klassischen Deliktsaufbaus im Strafrecht anzuzweifeln. Zumindest ließe sich ein solches Unternehmen schwerlich als juristisches identifizieren. Und dennoch: Die – wenn auch unmöglich vollständige – Explikation von Entscheidungsgründen ist für das Recht essenziell.

Das hat mit der Funktion des Rechts zu tun: der Stabilisierung von Verhaltenserwartungen. Die Lösung eines schwierigen Falles durch ein Höchstgericht ist typischerweise von allgemeinerem Interesse als die Beantwortung der Frage, ob Roman X besser gelungen ist als Roman Y. Die Kunst hat eben nicht den Zweck, soziale Ordnung zu gewährleisten. Damit entbehrt sie auch der Notwendigkeit, in gleichem Maße verständlich, nachvollziehbar und berechenbar zu sein wie das Recht.

Umgekehrt aber verlangt das Recht von seinen Anwendern durchaus Kunstfertigkeit und ein Gefühl für so etwas wie Schönheit. Begründen zielt nämlich auf Kohärenz ab, und „Kohärenz“ ist ein schillernder Begriff. Es ist kein Zufall, dass *Dworkin* die Rechtspraxis mit einer künstlerischen Praxis vergleicht. Ohne mich hier auch nur auf die wichtigsten Kohärenzkonzeptionen in der Philosophie und der Rechtswissenschaft einlassen zu können⁹⁾, möchte ich doch zwei Punkte hervorheben: Einerseits scheint der Begriff der Kohärenz den logischen Begriff der Konsistenz, der Widerspruchsfreiheit, in sich zu bergen; andererseits jedoch ist Kohärenz auch ein ästhetisches Konzept. „So wie die Kunst“, schreibt *Richard Shusterman*, „normalerweise in ihrer Ordnung, Einheit und ihrem Zweck Vernunft in sich trägt, so offenbart die Vernunft wiederum ihre eigenen tiefen ästhetischen Dimensionen. Denn viele ihrer zentralen Begriffe (wie etwa Kohärenz, Ausgewogenheit, Proportion, Vollständigkeit, Einfachheit und Gerechtigkeit) weisen nicht nur ästhetische Konnotationen auf, sondern bedürfen, selbst wenn sie mechanisch definiert werden, einer Art kultivierter ästhetischer Wahrnehmung oder eines kultivierten Geschmacks für das angemessene Verständnis und ihre Anwendung.“¹⁰⁾

Die ästhetische, nicht nur rhetorische, Dimension juristischer Argumentation ist also nicht zu unterschätzen.¹¹⁾ Doch die juristische Arbeit des Verfassens von Begründungen und

8) Genauer zur Logik der Innovation in der Kunst *Groys*, Über das Neue. Versuch einer Kulturökonomie (1992).

9) Siehe dazu nur *Bracker*, Kohärenz und juristi-

sche Interpretation (2000).

10) *Shusterman*, Philosophie als Lebenspraxis (2001) 159.

11) Siehe jüngst zB *Lege*, Pragmatismus und Juris-

prudenz. Über die Philosophie des *Charles Sanders Peirce* und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht (1999) 563ff.

das Schreiben eines Kettenromans unterscheiden sich nicht nur im Grad der Expliziertheit von Kohärenzerwägungen. Es gibt noch einen weiteren Unterschied, und damit komme ich auf die eingangs formulierten Vorbehalte gegen eine Assimilation der juristischen an die künstlerische Praxis zurück: Im Recht würden Geltungsansprüche verhandelt, in der Literatur eher nicht oder auf andere Weise. Dass auch die ästhetische Qualität keine Sache des bloß subjektiven Empfindens ist, habe ich schon gesagt. (Sogar Gerichte haben sich bisweilen auf solche Diskussionen einzulassen oder wenigstens einschlägigen Sachverständigen zu vertrauen. Denn von der „kulturellen“ oder künstlerischen Bedeutung eines Werks hängt rechtlich einiges ab. Andernfalls ließe sich nicht erklären, weshalb die transgressiven gewaltpornographischen Schriften des *Marquis de Sade* in jeder besser sortierten Buchhandlung für alle zugänglich und erhältlich sind.) Dennoch besteht, was den Geltungsanspruch angeht, ein großer Unterschied zwischen der Beteiligung am juristischen Diskurs und dem Verfassen eines Romankapitels.

Natürlich möchte jede unserer Autorinnen ihr Bestes geben und den einmal begonnenen Roman auf bestmögliche Weise fortsetzen. Dabei weiß sie aber, dass die Qualität ihres Beitrags weitgehend hinter die des Endprodukts zurücktritt. Wie gut sich ihr Beitrag ins Ganze einfügt, hängt von allen anderen ab. Und zuerst steht der Gesamtroman zur Beurteilung an. Dadurch werden die Ansprüche, denen die einzelnen Autorinnen zu genügen haben, deutlich unbestimmter. Oder besser: Sie lasten weniger schwer auf ihnen. Dass ästhetische Qualität nichts vollkommen Beliebiges ist, bedeutet nämlich nicht, dass es immer (oder meistens) nur eine richtige Lösung für ein künstlerisches Problem gibt. Zumal die Standards mit den Genres variieren und Genres transzendiert werden können. (Genres können sogar zertrümmert werden, wie *Vladimir Sorokin* mit seinem Roman „Roman“ gezeigt hat. „Roman“ beginnt als üppig-idyllische Beschreibung des russischen Landlebens, ganz in der Manier Tolstoj's, und endet als sprachliches Stakkato mit einem selbstzerstörerischen Amoklauf des Protagonisten Roman.)

Wer dagegen eine Rechtsentscheidung begründet, sagt sich nicht „Ich mache das einmal so, daraus könnte was werden“. Sein „Projekt“ ist deutlicher vom „Gesamtprojekt“ Recht unterschieden. Denn das Ende des Letzteren ist für ihn gar nicht absehbar. Gerade dadurch wird das einzelne Kapitel, für das er verantwortlich zeichnet, die Entscheidung und deren Begründung, aufgewertet.

Diese stärkere Abgrenzung des einzelnen „Rechtskapitels“ vom „Gesamtroman“ ergibt sich auch daraus, dass die

Entscheidung nicht nur für andere Rechtsanwender und sonstige Interessierte von Belang ist, sondern zuallererst für ganz konkrete Parteien; das Publikum ist nicht *bloß* ein vorgestelltes, dessen Normen sein professionelles Gewissen konstituieren. Damit erhält die Frage der Gültigkeit der einzelnen Entscheidung größeres Gewicht, obwohl von der Einzelentscheidung für das Gesamtsystem üblicherweise weniger abhängt als für den Roman von einem einzelnen Kapitel. Und was der Rechtsanwender keinesfalls hat (jedenfalls nicht in dem Maße wie der Belletrist), ist die Freiheit, Genres wechseln. Er kann bei der Lösung strafrechtlicher Probleme beispielsweise nicht ohne weiteres auf zivilrechtliche Methoden der „Rechtsfortbildung“ zurückgreifen.

4. Konklusion

Fassen wir also zusammen: Zwischen dem Verfassen eines Kettenromans und der Teilnahme am juristischen Diskurs bestehen in der Tat auffällige Ähnlichkeiten. Beide Aktivitäten nehmen auf Normen Bezug, seien es mehr oder weniger explizite oder lediglich implizite. Weder ist die Kunst das Terrain der ungebundenen Kreativität, noch ist die Rechtspraxis eine Praxis des bloßen Suchens und stupiden Befolgens klarer positiver Regeln. Sowohl in der Kunst als auch im Recht haben sich Bewertungen an Kohärenzkriterien zu orientieren. Das gilt für die ästhetische Innovation genauso wie für das, was gemeinhin „richterliche Rechtsfortbildung“ genannt wird.

Trotzdem gibt es einige evidente Unterschiede. Drei haben wir hervorgehoben: Zum einen besteht im Recht ein erhöhter Bedarf an Explikation der entscheidungsleitenden Normen; Rechtsentscheidungen sollen, mit anderen Worten, nicht nur begründbar sein, sondern tatsächlich begründet werden. Dieser Bedarf ergibt, zweitens, auch aus der Tatsache, dass Rechtsentscheidungen stärker als „Einzelprojekte“ ausgewiesen sind als die Kapitel eines Romans, der von mehreren Personen verfasst wird. Bei der Begründung selbst ist der Rechtsanwender schließlich, drittens, strikter an Genres, insb. bereichsspezifische Methodologien, gebunden als die Belletristin, die daher nicht unbedingt die einzig richtige Lösung eines ästhetischen Problems anzustreben hat. Als Teilnehmerin an einem Kettenromanprojekt hätte sie das ohnehin nicht in der Hand.

*Christian Hiebaum ist Dozent am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Graz und Mitherausgeber des **juridikum**; christian.hiebaum@uni-graz.at.*

Frau sein allein ...

Iris Appiano Kugler

Ob dies nun reicht oder nicht, darum wurde im PräsidentInnenwahlkampf heftig gerätselt. Zunächst mal sollte es ja reichen. Mit ihrem unreflektierten Frauenjoker im Ärmel versuchte Frau Ferrero-Waldner bei jenen zu landen, die sie erstmals als Wahlpotential entdeckte. Diesen präsentierte sie als Wahlprogramm schlicht biologische Tatsachen. Etwas zu schnell wurden ein paar Vokabel gelernt und jene, die ihr das vorwarfen als sexistisch bezeichnet. Nicht zu übersehen war, dass Frau Ferrero-Waldner diesen Terminus Technicus wohl das erste Mal in ihrer politischen Karriere bemüht hatte. Von Maria Rauch-Kallat haben wir gelernt, dass die Feministinnen altmodisch sind, weil sie immer noch für die Durchsetzung ihrer Rechte kämpfen, und nicht jene, die sie ihnen immer noch verwehren – das sind jetzt die Modernen. Und nunmehr wissen wir was wahrer Sexismus ist.

Leider (für Frau Ferrero-Waldner) sind Frauenpolitik und Frauenrechte nicht nur das Hobby radikaler Feministinnen sondern eine Wissenschaft. Offenbar hat dann jemand aus ihrem Beraterstab (sic!) bei Ingrid Strobl nachgelesen und Frau Ferrero-Waldner den Rettungsring in den Fettnapf hinterhergeworfen.

Nunmehr ist auch ihr klar, dass es nicht ganz ohne Inhalt geht. Früher, als die Dinge noch beim Namen genannt wurden, hieß dies aktive Frauenpolitik. Damit wären Grundsätzlichkeiten wie gleiches Geld für gleiche Arbeit gemeint, gleiche Verteilung gesellschaftlicher Ressourcen, flächendeckende Kinderbetreuung usw. Dass Gleichstellung und Chancengleichheit nach wie vor mehr Illusion denn Realität sind, kann in diversen Statistiken und Berichten, nicht zuletzt im regelmäßigen Bericht zur UN-Frauenrechtskonvention CEDAW nachgelesen werden.

Sollte es nicht nur um Wählerinnen-angegangen sein, hätte die Außenministerin bis jetzt ein breites politisches Betätigungsfeld für die Durchsetzung von Frauenrechten gehabt. Doch nicht einmal in homöopathischen Dosen fin-

den sich hier Spuren einer Frau, die sich für andere Frauen einsetzt.

Keine einzige ihrer sieben Sektionen wird derzeit von einer Frau geführt. In der ausgegliederten Austrian Development Agency ADA wurden Geschäftsführung und vier Abteilungsleitungen ausschließlich mit Männern besetzt – allein mit völliger Blindheit ist das Übersehen all der fähigen Frauen in diesem Bereich nicht begründbar. Auch ihre Außenpolitik lässt nicht auf inhaltliches Rückgrat schließen. Beschämend war die mediale Vorverurteilung jener KünstlerInnen durch die Außenministerin, die bei Antiglobalisierungsdemonstrationen in Genua festgenommen wurden. Doch auch sonst ist die Chance groß, dass durch Frau Ferrero-Waldner vor allem dann Gutes geschieht, wenn sich eine Kamera in ihrer Nähe befindet (Engagement für kriegsgeschädigte und kranke irakische Kinder 2003). Pech für Unifem, dass die Dotationen für den UN-Frauenfonds nicht medienwirksam kommentiert werden, dort ist Österreich nicht zuletzt dank der Außenministerin Schlusslicht. Womit wohl klar ist, dass Frau Ferrero-Waldner unter Frauenförderaktivitäten vor allem solche versteht, die sie selbst befördern.

Dass ihre eigene gesamte Existenz dem von der ÖVP vertretenen Frauenbild völlig widerspricht, scheint sie nicht zu stören. Wie sie diese „Zurück an den Herd“ Politik mittragen kann, ohne dass ihr auffällt, dass sich diese direkt gegen ihre Interessen als berufstätige Frau richtet, regt an zur Theorienbildung. Weit abgehoben von der Masse, gelten deren Regeln und Probleme wohl nicht für sie. Oder sie sieht sich als positives Beispiel, wie ihre Kollegin Maria Rauch-Kallat. Statt sich für frauenpolitische Anliegen einzusetzen, rät diese ihrer Klientel reich zu heiraten. Zumindest aus ihrer Partei hat ihr hier zu niemand widersprochen.

Wieso eine Staatsoberhäuptin einen derart dürftigen gesellschaftspolitischen Entwurf auch noch in die Welt hinaustragen dürfen soll, ist nicht zu beantworten. Einsam mit solchen Mangelkonstrukten ist sie in ihrer Partei nicht.

Auch der parteifreie Finanzminister der ÖVP findet, dass er für seine leicht überbeuerte Homepage auf die Dienste guter alter Bekannter zurückgreifen darf. Denn, so dieser, auch Häuslbauer beauftragen Freunde und Bekannte. Da jedoch nicht alles was hinkt schon ein Vergleich ist, wollen Häuslbauer mitunter so wenig Geld für ihre Behausung ausgeben wie möglich – nicht so viel wie möglich, wie der Finanzminister für seine Homepage und die damit verbundenen und profitierenden Freunde und Bekannten.

Soll frau nun die Repräsentantin einer Partei wählen, die sich einen Finanzminister hält, der ernsthaft die Auffassung vertritt, dass er die Möglichkeiten seines Amtes bis zu den Grenzen des Strafrechts ausschöpfen können soll und darf. Und ähnlich weltfremd wie die Frauenministerin findet, dass dieser moralische Substandard als politische Behausung ausreicht. Auch hierzu war von Benita Ferrero-Waldner nichts zu hören, obwohl sie in Hinkunft doch auch ein Maßstab politischer Moral sein soll und will.

Die Pensionsreform, die Ambulanzgebühr, die Besteuerung der Unfallrenten und dann die spannende Frage, ob tausende Mütter und Eltern das Kinderbetreuungsgeld nun zurückzahlen müssen oder nicht. All diese Maßnahmen hatten massive und härtere Auswirkungen auf Frauen – und nun schließt sich der Kreis: Eine engagierte Stimme Ferrero-Waldners für die Interessen der Frauen war auch hier nie zu hören. Bleibt abschließend die trocken-bittere Erkenntnis, dass frau nur dann als Kategorie wahrgenommen wird, wenn sie WählerInnenstimmen bringt. Ob sich die politische Heimat von Frau Ferrero-Waldner mehr durch Frauenfeindlichkeit oder Menschenverachtung auszeichnet, ist eine reine Geschmacksfrage. Ob dies den Gegenkandidaten in den Augen der Wählerinnen zu einem Streiter für Frauenrechte gemacht hat, ist anzuzweifeln. Auch ihm wäre rückblickend mitzugeben, Frauen nicht erst dann zu bemerken, wenn sie ihm nützen.