

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

nr 2. 2007

thema



Gender Migration Sexarbeit Frauenhandel

recht & gesellschaft

Schubhaft und Asyl

Rauchen und Recht

Zivildienst und VfGH

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · Euro 14,- · ISSN 1019-5394

 VERLAG
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

.....
Judith Schacherreiter · Alexia Stuefer · Matthias C. Kettemann · Lukas Oberndorfer

Paradigmenwechsel in der Justizpolitik?

Alexia Stuefer

Seit knapp sechs Monaten wird Österreich von einer rot-schwarzen Regierung geführt. An der Spitze des Justizministeriums steht die SPÖ-Politikerin Maria Berger. In einem Anfang März veröffentlichten Interview in der deutsche Wochenzeitung „Die Zeit“ (Nr 11, Seite 15) ließ sie mit erstaunlich progressiven und liberalen Vorstellungen aufhorchen. Sie mahnte nicht nur eine Senkung der Haftzahlen ein, sondern forderte darüber hinaus einen menschenwürdigeren Umgang mit inhaftierten Personen. Eine scharfe Rüge erteilte sie den Gerichten im Bereich der Meinungsfreiheit: Österreich ist im Laufe nur eines Jahres in neun (!) Fällen vom EGMR wegen Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäußerung verurteilt worden. Die Ministerin ortete diesbezüglich „Fehler in der grundrechtskonformen Interpretation des Medienrechtes.“ In zwei anhängigen Fällen habe sie die Generalprokuratur angewiesen eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes an den OGH zu erheben, um so eine Wende der Judikatur der in Medienrechtssachen als letzte Instanz fungierenden Oberlandesgerichte herbeizuführen.

Die Justizministerin hat Recht, ihre Forderungen sind mit Nachdruck zu begrüßen. Endlich soll das – seit Jahren akute – Problem der überfüllten Justizanstalten durch mE sehr sinnvolle Maßnahmen gelöst oder zumindest gelindert werden. Kurzfristige Freiheitsstrafen sollen – wegen deren Sozialschädlichkeit – durch gemeinnützige Arbeit ersetzt oder ganz vermieden werden. „Es werde zu oft eingesperrt“, so die Ministerin. Weiters betonte sie den ureigensten Zweck des Strafvollzuges, die Resozialisierung der verurteilten Person. Die Verwahrungshaft soll zur Betreuungshaft werden: „Für

die Resozialisierung und somit für den Schutz der Bevölkerung ist aber auch wichtig, dass sich Gefangene nicht wie der letzte Dreck fühlen. Das wurde ihnen ja oft ein ganzes Leben lang bedeutet, sonst wären die meisten gar nicht im Gefängnis gelandet. Um das Selbstwertgefühl dieser Menschen zu heben, braucht es daher eine entsprechende Umgebung und nicht irgendeine alte Kaserne, wo Menschen einfach in Schlafsälen weggesperrt werden.“

Weniger ambitioniert liest sich freilich das rot-schwarze Regierungsprogramm. Die Forderung nach Einführung der gemeinnützigen Leistung als eigener Sanktionsform und als Ersatz von (kurzfristigen) Ersatzfreiheitsstrafen wird zwar erwähnt, der Bereich des Strafvollzugsrechtes wird jedoch in einem Absatz abgehandelt und geht mE über programmatische Ansätze nicht hinaus. So soll einerseits eine Differenzierung zwischen gefährlichen RechtsbrecherInnen und solchen, die einer Resozialisierung zugänglich sind und andererseits eine unterschiedliche Behandlung von aufenthaltsverfestigten StraftäterInnen und anderen vorgenommen werden. Während ersteres bereits geltendes (vgl § 23 StGB, § 171 StVG) – und eigentlich totes – Recht ist, ist die zweite Forderung gleichheitsrechtlich fragwürdig und im höchsten Maße unbestimmt. Konkrete Maßnahmen, die zu einer besseren Betreuung der inhaftierten Personen führen sollen, bietet das Programm nicht. Ebenso wenig finden sich Vorschläge zur Senkung der Zahl der Untersuchungshäftlinge und zur Vermeidung des sog. „Ost-/Westgefälles“: Die Wahrscheinlichkeit der Verhängung der Untersuchungshaft ist in Wien am größten, in Graz und Innsbruck deutlich geringer, und zwar unabhängig von der regionalen

Kriminalitätsbelastung. Die Entscheidung, ob und wie lange eine Person in Untersuchungshaft bleibt, wird nach wie vor von hauseigenen Haftstilen und institutionellen Hausbräuchen bestimmt (vgl *Soyer/Stangl*, Regionale Disparitäten in der Strafrechtsanwendung und die neue Stellung des Staatsanwaltes im Vorverfahren, FS Miklau, 523ff). Die von ExpertInnen mehrfach geforderten Maßnahmen der „elektronischen Fußfessel“ und des elektronisch überwachten Hausarrestes bleiben unerwähnt. Begrüßenswert ist, dass die Koalition sich zu einer „zügigen“ Reform des strafprozessualen Haupt-, Rechtsmittel- und Geschworenenverfahrens bekennt.

In weiten Teilen des Zivilrechtes will die Koalition zunächst vor allem „evaluieren“. So etwa in den Bereichen des Erbrechtes betreffend die Regelungen über Schenkungen auf den Todesfall sowie die Anrechnung von Vorausempfangen; zum Schutz der Kunstschaftenden gegenüber den VerwerterInnen, des Schadenersatzrechtes hinsichtlich der Schmerzensgeldansprüche, des Wettbewerbsrechtes und letztlich des Familienrechtes. Hier soll „*hinsichtlich der gesellschaftlichen Veränderungen und ihrer Form des familiären und partnerschaftlichen Zusammenlebens eingehend evaluiert werden und auf der Basis der Ergebnisse im Kontext der familiären Solidarität (Ehe, Lebensgemeinschaft und Patchwork-Beziehungen) eine Hebung der Erwerbsquote, Armutsbekämpfung, Beseitigung von Diskriminierungen und Altersabsicherung erreicht werden.*“ Ins Auge sticht und höchst bedauerenswert ist, dass im Programm die gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften nicht einmal Erwähnung finden. Justizministerin Berger sprach sich in der ORF-Pressestunde am 21.01.2007 zwar gegen eine „Öffnung des Institutes der Ehe für gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften aus“, forderte aber immerhin „eingetragene Partnerschaften.“

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Regierungsprogramm für die 23. GP in Teilbereichen sinnvolle Lösungsansätze bereit hält, die es zu unterstützen und zu bekräftigen gilt. Von einem Paradigmenwechsel in der Justizpolitik zu sprechen, wäre allerdings überzogen.

Inhalt

recht & gesellschaft

Ronald Frühwirt	Zivildienst und VfGH: Auf ein Neues	60
Marcel Pilshofer	Vor 25 Jahren schaffte Frankreich die Todesstrafe ab – ein Meilenstein auf dem Weg zum „todesstrafenfreien Europa“	64
Matthias C. Kettemann	Rauchen und Recht	67
Margit Ammer	Schubhaft und Asyl	72
Manfred Füllsack	Wissen und Eigentum unter „polykontexturalen“ Bedingungen	79

thema

P. Abel/D. Einwallner	Vorwort	83
------------------------------	---------------	----

gender migration

Miriam Broucek	Die sichtbar Unsichtbaren – Spezifika von Frauen in der Migration	84
Y. Riaño/N. Baghdadi	Arbeitsmarktpartizipation gut ausgebildeter Migrantinnen aus ‚Drittstaatenländern‘ in der Schweiz: Zwischen De-Qualifizierung und Re-Qualifizierung	87

sexarbeit

Marie Theres Prantner	Sexarbeit – die österreichische Rechtslage und Entwicklungen in der Europäischen Union.....	93
	Praktische Ansätze: LEFÖ, SOPHIE, Bericht Fachtagung Prostitution	95
A. Stuefer/D. Einwallner	Sexarbeit in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung	98
Emilija Mitrović	Sexarbeit in der Bundesrepublik Deutschland und gewerkschaftliche Interessensvertretung	103

frauenhandel

Julia Planitzer	Menschenhandel – Was hat sich seit Palermo getan?	107
------------------------	---	-----

rubriken

vor.satz	Alexia Stuefer Paradigmenwechsel in der Justizpolitik?	57
merk.würdig	Konrad Lachmayer Die Europäische Sicherheitsarchitektur rüstet auf	59
nach.satz	Nina Eckstein Neue Regierung – andere Frauenpolitik?	112
impressum	71

Die Europäische Sicherheitsarchitektur rüstet auf

Konrad Lachmayer

Neuerdings wird die Europäische Sicherheitslandschaft auch im Zusammenhang mit polizeilichen Befugnissen deutlich ausgeweitet. Kooperation heißt das Zauberwort und vieles wird möglich:

Man stelle sich vor eine deutsche Polizeispezialeinheit wird in Wien tätig. Allerdings nicht im Rahmen einer sog „grenzüberschreitenden Nacheile“ eines aus Deutschland flüchtigen Verbrechens an der oberösterreichischen Grenze, sondern im Rahmen einer Sportgroßveranstaltung eben irgendwo im österreichischen Bundesgebiet: und zwar in eigener Uniform, mit eigener Bewaffnung und am Ende sogar mit den eigenen Befugnissen. All dies ist nicht nur eine Zukunftsvision europäischer Sicherheitsbehörden, sondern bereits rechtlich beschlossen und in Österreich umgesetzt.

Im sog „Vertrag von Prüm“ haben sich im Mai 2005 Belgien, Deutschland, Spanien, Frankreich, Luxemburg, die Niederlande und Österreich über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration geeinigt. In Österreich wurde dieser Vertrag mit Genehmigung des Parlaments im BGBl III 2006/159 kundgemacht.

Der Titel des Vertrages klingt soweit noch vage. Doch worum geht es bei diesem Vertrag wirklich? Die Kooperationsbefugnisse im Vertrag sind sehr konkret ausgestaltet und bieten eine große Bandbreite an unterschiedlichen Formen polizeilicher Zusammenarbeit. Da ist zunächst die informationelle Eingriffsdimension (Kap 2 des Vertrages) zu erwähnen: automatisierter Aufruf

und Abgleich von DNA-Profilen, automatisierter Abruf von Daten aus Fahrzeugregistern und die Übermittlung von personenbezogenen Informationen zur Verhinderung terroristischer Straftaten. Aber das ist nur die Spitze des Eisberges ...

Neben diesen bereits öffentlich gefeierten Bereichen des Datenaustausches, kommt es zu einer Vielzahl weiterer Polizeikooperationen. Es sei hier die Möglichkeit „gemeinsamer Einsatzformen“ näher beschrieben: Gemeinsame Einsatzformen dienen zur „Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie zur Verhinderung von Straftaten, in denen von den Vertragsparteien zu benennende Beamte oder sonstige staatliche Bedienstete bei Einsätzen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei mitwirken.“ Dabei können PolizistInnen anderer Staaten mit der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse im Inland betraut werden.

Drei Besonderheiten seien hervorgehoben:

1. Hoheitliche Befugnisse dürfen dabei nur unter der Leitung und in der Regel in Anwesenheit von Beamten des Gebietsstaats wahrgenommen werden; die Anwesenheit inländischer Beamte muss also „nur“ in der Regel gegeben sein. Die ausländischen BeamtInnen können daher auch in der Abwesenheit inländischer BeamtInnen hoheitlich aktiv werden.

2. „Beamte einer Vertragspartei, die sich im Rahmen eines gemeinsamen Einsatzes im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, können dort ihre nationale Dienstkleidung tragen. Sie können ihre nach dem innerstaatlichen Recht des Entsendestaats zugelassenen Dienstwaffen, Munition und

Ausrüstungsgegenstände mitführen.“ (Art 28) Die Bewaffnung erfolgt also nach dem Recht des Entsendestaates.

3. Soweit es nach dem Recht des Gebietsstaats zulässig ist, können BeamtInnen anderer Vertragsparteien die Wahrnehmung ihrer hoheitlichen Befugnisse nach dem Recht ihres Entsendestaats eingeräumt werden. Das heißt, dass die Eingriffs- und Zwangsbefugnisse des Entsendestaates innerstaatlich angewendet werden können.

Dies hat mit „grenzüberschreitender Nacheile“, wie sie bereits bisher möglich war, nichts mehr zu tun. Nunmehr können staatlich Bedienstete eines anderen Vertragsstaates im gesamten Staatsgebiet tätig werden. Dabei können sie nicht nur ihre eigene Ausrüstung und Bewaffnung mit sich führen, sondern bei entsprechender rechtlicher Ausgestaltung sogar ihre hoheitlichen Befugnisse importieren. Es kommt also zu einem Befugnis-Shopping im Raum der Sicherheit.

Die ersten mit dem Vertrag verbundenen Erfolge wurden bereits im Justiz- und Innenministerrat der EU am 15. Februar 2007 hervorgehoben: „Der automatisierte Datenaustausch hat bereits in dieser frühen Phase zu großen konkreten Erfolgen geführt: So haben z.B. die deutschen Behörden DNA-Profile aus ungelösten Fällen mit Daten der österreichischen Behörden abgeglichen und in mehr als 1500 Fällen eine Übereinstimmung festgestellt.“ (Pressemitteilung des Rats für Justiz und Inneres der Europäischen Union 5922/07 – Presse 16).

Angestrebte Konsequenz der „Erfolgsbilanz“ ist die Ausweitung des „Vertrages von Prüm“ auf das gesamte Gebiet der Europäischen Union. Es ist beabsichtigt diesen Vertrag in die 3. Säule der Europäischen Union zu integrieren. Damit findet eine räumliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Vertrags auf alle 27 Mitgliedstaaten statt. Der Raum der Sicherheit weitet sich aus. Wie viel vermag da noch vom Raum der Freiheit und des Rechts verbleiben?

Dr. Konrad Lachmayer ist Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien und Redaktionsmitglied des Juridikum; konrad.lachmayer@univie.ac.at.

Zivildienst und VfGH: Auf ein Neues

13,60, 11,26 oder gar 6 Euro?
Welchen Betrag braucht es, um
einen Zivildienstleistenden
angemessen zu verpflegen?

Ronald Frühwirth

1. Einleitung¹

1.1. ZDG-Novelle 2001

Die Frage der angemessenen Verpflegung von Zivildienstleistenden² entwickelt sich zusehends zur never-ending-story im Verfassungsdiskurs. Mit Inkrafttreten der Zivildienstgesetz-Novelle 2001³ am 1.1.2001 wurde das Verpflegungsregime völlig neu geregelt. Seit damals haben gem § 28 Abs 1 Zivildienstgesetz 1986 (ZDG)⁴ die Rechtsträger der jeweiligen Einrichtungen „dafür Sorge zu tragen, dass die Zivildienstleistenden angemessen verpflegt werden“. Die Neuregelung führte dazu, dass die Mehrheit der ZD hohe Abschlüsse in Kauf nehmen musste. Ein Verpflegungsgeld von 6 Euro im Gegensatz zum früher ausbezahlten durch Verordnung⁵ festgelegten Betrag von 155 Schilling (= 11,26 Euro) täglich wurde zum gängigen Durchschnitt.

1.2. Judikatur des VfGH

Der Bundesminister für Inneres (BMI) vertrat in allen diesbezüglich angestregten Feststellungsverfahren die Ansicht, dass 6 Euro pro Tag geeignet seien, eine angemessene Verpflegung iSd ZDG zu gewährleisten.

In mehreren Erk legte der VfGH Grundsätze für eine verfassungskon-

forme Auslegung des Begriffs der angemessenen Verpflegung in § 28 ZDG fest.⁶ Das Erk des VfGH 15.10.2005, B 360/05 ua⁷ – wodurch zwei Feststellungsbescheide des BMI aufgehoben wurden und festgehalten wurde, dass es sich bei Auszahlung eines Betrags von 6 Euro täglich nicht um eine angemessene Verpflegung handelt – zwang nun den Gesetz- bzw Verordnungsgeber endlich zum Handeln. Der VfGH trat zum wiederholten Male der Ansicht entgegen, dass der Begriff der angemessenen Verpflegung gem § 28 ZDG nicht ausreichend determiniert sei und stellte fest, dass es in der Rechtsordnung ausreichend Anhaltspunkte für eine verfassungskonforme Auslegung des Begriffs gebe. Drei Rechtsquellen waren für den VfGH maßgeblich:

Zum einen die vor Inkrafttreten der ZDG-Nov 2001 geltende Verpflegungsverordnung des Innenministers, wonach ZD, soweit die jeweilige Einrichtung für deren Verpflegung nicht sorgen konnte, einen Anspruch auf Abgeltung in Höhe von 11,26 Euro täglich hatten.

Zum anderen betonte der VfGH die begriffliche Zugehörigkeit des Zivildienstes zur umfassenden Landesverteidigung. Sowohl der Militär- als auch der Zivildienst leiten sich aus der Wehrpflicht ab und verfassungsrecht-

lich zulässig sind beide nur aufgrund der besonderen Regelung des Art 4 Abs 3 lit b EMRK. Aus dieser gemeinsamen Grundlage zog der VfGH den Schluss, dass zur Bestimmung des Angemessenheitsbegriffes im Rahmen des Zivildienstrechtes die für Heeresangehörige geltenden Regelungen vergleichsweise herangezogen werden sollten. Ein Präsenzdiener erhält demnach pro Tag 13,60 Euro als Verpflegungsgeld, wenn er sich außerhalb des Garnisonsortes selbst zu versorgen hat. Dieses Tatbestandsmerkmal regelt für den VfGH einen zumindest mit der Situation eines ZD vergleichbaren Sachverhalt.

Als drittes Auslegungskriterium wurde die Rsp des OGH⁸ herangezogen, wonach ZD als selbsterhaltungsfähig einzustufen sind. Daraus leitete der VfGH die Feststellung ab, dass ZD während der gesamten Dauer ihres Dienstes wirtschaftlich in die Lage versetzt werden müssten, sich versorgen zu können.

Der VfGH hielt weiters fest, dass der Begriff der Angemessenheit verfassungskonform dahingehend zu interpretieren sei, dass dadurch die verfassungsrechtlich verankerte Möglichkeit, bei Vorliegen näher umschriebener Gewissensgründe einen Wehrersatzdienst zu leisten, weder faktisch vereitelt noch (erheblich) erschwert werden dürfe. Der zu ermittelnde Betrag müsse zudem geeignet sein zu ermöglichen, dass sich Zivildienstleistende regelmäßig bei Lebensmitteleinzelhändlern oder Gastgewerbebetrieben verpflegen könnten.

2. Neue Rechtslage

2.1. Verpflegungsverordnung

Der VfGH hat es ausdrücklich offen gelassen, ob eine verfassungskonforme Auslegung durch eine generelle Regelung unter Zugrundelegung einer typisierenden Betrachtungsweise oder durch eine Einzelfallbetrachtung unter Anwendung verfassungsrechtlich unbedenklicher Ermittlungsmethoden zu gewährleisten sei. Den vom VfGH ge-

1) Vgl Eisenberger, Zivildienst, Zivildienstes spricht man von Zivildienstpflichtigen, während der Zivildienstleistung von Zivildienstleistenden. Im Text ist mit der Abkürzung ZD der Begriff des Zivildienstleistenden gemeint.

2) Das Gesetz unterscheidet zwischen Zivildienstleistenden und Zivildienstpflichtigen. Zivildienstpflichtig werden Wehrpflichtige nach ihrer Zivildiensterklärung durch Bescheid. Ab diesem Zeitpunkt und nach Ableistung des

3) BGBl I 2000/133.

4) Bundesgesetz über den Zivildienst (Zivildienstgesetz 1986 – ZDG), BGBl 1986/679 idF BGBl I 2006/40.

5) Verpflegungsverordnung des BMI, BGBl 1994/288 idF BGBl II 2000/25.

6) VfSlg 16.389, 16.588, 16.985 und 17.341.

7) Noch nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen; JAP 2006/2007, 87 (Kucsko-Stadlmayer/Ennöckl); jüngst bestätigt durch VfGH 28.2.2006, B 1281/05.

8) OGH 7.12.2001, 7 Ob 279/01g.

währten engen Spielraum hat nun der Verordnungsgeber genutzt, indem er den Begriff der Angemessenheit in § 28 ZDG im Verordnungswege konkretisierte:

Am 2.2.2006 wurde durch die damalige BMI neuerlich eine Verpflegungsverordnung⁹ kundgemacht. Eine angemessene Verpflegung besteht demnach täglich in der Bereitstellung von Frühstück, einer warmen Hauptmahlzeit und einer weiteren Mahlzeit. Den Regelfall soll also die volle Naturalverpflegung darstellen. In § 4 Abs 1 VerpflegungsV heißt es dann: „Soweit dem Rechtsträger die Naturalverpflegung nicht möglich ist, hat dieser dem Zivildienstleistenden einen Betrag von 13,60 Euro abzugelten.“ Dabei handelt es sich um den vom VfGH als zur analogen Heranziehung geeignet betrachteten Betrag aus dem Heeresgebührengesetz (HGG)¹⁰. Ganz so großzügig gibt sich der Verordnungsgeber freilich nicht. Schon im Abs 2 finden sich bedeutende Einschränkungen, die eine Auszahlung in der Höhe von 13,60 Euro zur Utopie machen. Der Verordnungsgeber sieht hier drei Kriterien vor, die den Rechtsträger ermächtigen, vom genannten Betrag in Höhe von 13,60 Euro Abschläge geltend zu machen: Gem § 4 Abs 2 Z 1 können 15 % abgezogen werden, wenn der ZD seinen Dienst an einem gleichbleibenden Dienstort verrichtet. Weitere 10 % können gem Z 3 in Abzug gebracht werden, wenn dem ZD an der Dienstverrichtungsstelle eine Kochgelegenheit zur Verfügung steht, die ihm auch die Zubereitung frischer Speisen ermöglicht. Und schließlich können noch je nach Ermessen des Rechtsträgers gem Z 2 bis zu 10 weitere Prozentpunkte abgezogen werden, wenn der ZD überwiegend zu Tätigkeiten herangezogen wird, die mit geringer körperlicher Belastung verbunden sind.

2.2. Zivildienst-Übergangsrecht 2006

Aufgrund der klaren Verfassungswidrigkeit der meisten bisher ausbezahlten Verpflegungsbeträge, hat der Gesetzgeber nun für die Nachzahlungsforderungen ehemaliger ZD das sogenannte Zivildienstgesetz-Übergangsrecht 2006¹¹ (ZDÜ 2006) beschlossen.

Rund 40.000 bis 50.000 ZD¹², die ihren Dienst seit Anfang 2001 geleistet haben, sollen anspruchsberechtigt sein. Das Gesetz sieht dafür ein mit strengen Fristen versehenes Verfahren vor. Ehemalige ZD hatten ihre Ansprüche beim jeweiligen Rechtsträger ihrer Einrichtung bei sonstiger Verjährung innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten des ZDÜ 2006, somit bis spätestens 29.09.2006, geltend zu machen. Dem Rechtsträger wurde sodann ein Zeitraum von drei Monaten eingeräumt, um die geltend gemachten Ansprüche unter Heranziehung der Verpflegungsverordnung abzugelten. Sofern in dieser Zeit keine Einigung mit dem ZD erzielt werden konnte, stand diesem die Möglichkeit offen, innerhalb von nur vier Wochen nach Ablauf der drei Monate – bei sonstigem Anspruchsverlust – einen Antrag auf Feststellung der Höhe eines allfälligen vermögensrechtlichen Anspruches gegenüber dem Rechtsträger bei der im BMI eingerichteten Zivildienstserviceagentur (ZISA) einzubringen. Diese entscheidet darüber mit Bescheid, wogegen gem § 2a Abs 4 ZDG die Möglichkeit der Berufung an den BMI offen steht.

2.3. Kritische Würdigung der VerpflegungsV

Gegen die in der Verpflegungsverordnung genannten Abzugsmöglichkeiten können erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht werden.

So lässt sich einiges gegen die Sachlichkeit des Abzuges wegen angeblich geringer körperlicher Belastung gem § 4 Abs 2 Z 2 vorbringen, zumal trotz offensichtlich gewollter Einzelfallbetrachtung eine umfassende Betrachtung unter Einbeziehung weiterer Faktoren wie der Nahrungsgewohnheiten, der Körpergröße, des Körpergewichtes unterbleibt. Bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang auch die Rechtsanwendung, die Angaben hinsichtlich einer psychischen Belastung, selbst geltend gemachten Schlafstörungen wegen ständig wechselnder Schichtdienste, kein Gehör schenkt und sie im Rahmen der Bemessung der

körperlichen Belastung unberücksichtigt lässt.

Zudem findet diese Abschlagsmöglichkeit keine Entsprechung in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes. Der Verfassungsgerichtshof zieht – wie oben ausgeführt – in mittlerweile ständiger Rsp als Anknüpfungspunkt für die Ermittlung eines angemessenen Verpflegungsbetrages die §§ 14 und 15 HGG heran. In völligem Gegensatz zur hier dargestellten Regelung in § 4 Abs 2 Z 2 VerpflegungsV, wird im Anwendungsbereich des HGG bei geringerer körperlicher Belastung nicht ein bestimmter Betrag abgezogen, sondern gebühren gerade umgekehrt gemäß § 14 Abs 2 HGG bei außergewöhnlicher körperlicher Beanspruchung Verpflegungsgeldzuschläge. Die Abschlagsmöglichkeit nach § 4 Abs 2 Z 2 Verpflegungsverordnung scheint schon aus diesem Grund nicht der Verfassung zu entsprechen.

Gegen die Abschlagsmöglichkeit nach § 4 Abs 2 Z 3 VerpflegungsV wegen Vorliegens einer Kochgelegenheit ist insbesondere auszuführen, dass eine sachgemäße und verhältnismäßige Regelung im Zuge einer Einzelfallbetrachtung auch auf tatsächlich vorhandene Kochkenntnisse, wie auch auf die – vor allem zeitlich – bestehende Möglichkeit der Nutzung dieser Kochgelegenheit abstellen müsste.

Der Verordnungsgeber hat sich jedenfalls einer stark individualisierenden Regelung bedient, die für den Einzelfall zu einer Auslegung des Begriffes der Angemessenheit führen soll. Zwar hat der VfGH selbst im Erk VfGH 15.10.2005, B 360/05 ua unter Pkt 4.2. festgehalten, dass es auf der Hand liege, dass „Abschläge von den genannten Bezugsgrößen zulässig sein können, wenn Zivildienstleistende ihren Dienst – anders als Soldaten, die befehlsgemäß den Garnisonsort verlassen – an einem gleich bleibenden Einsatzort verrichten“, kurz darauf wird aber in Pkt 4.4. festgehalten, dass den Zivildienstleistenden jedenfalls „eine Geldleistung für ihre (tägliche) Verpflegung iS eines Mindestbetrages gewährleistet sein“ müsse, der sich „an einschlägigen Regelungen im Bereich

9) BGBl II 2006/43.

10) Heeresgebührengesetz 2001, BGBl I 2001/31 idF BGBl I 2006/113.

11) BGBl I 2006/40.

12) Diese Zahl geisterte durch die Medien, die Grünen verwendeten sie etwa in ihrer Anfrage an den

Innenminister vom 17.01.2007, zum Zivildienst vom 1.1.2001 bis 271/J XXIII.GP. Es handelt sich dabei um eine vorsichtige Schätzung anhand der Zahl der Zuweisungen zum 3.2.2006.

des Zivil- und Wehrdienstes, insbesondere an der Bestimmung des § 15 Abs 2 erster Satz HGG 2001 iVm § 1 der Verordnung des Bundesministers für Landesverteidigung über das Tageskostgeld, BGBl. II Nr. 126/2002, zu orientieren hat“. Damit gemeint ist der Betrag von € 13,60.

Bei Heranziehung aller drei Ausnahmetatbestände der nunmehrigen Verpflegungsverordnung gelangt jedoch lediglich ein Betrag von 8,84 Euro zur Auszahlung, was deutlich unter den vom VfGH herangezogenen Bezugsgrößen liegt. Darum sind auch aus einer Gesamtbetrachtung heraus Zweifel an der Verfassungskonformität der VerpflegungsV angebracht.

2.4. Verfassungswidrige Vollziehung

Hinsichtlich der zugesprochenen Verpflegungskosten für die dienstfreien Tage erweist sich die bisherige Rechtsanwendung der neuen Regelung durch die ZISA als rechts- bzw verfassungswidrig. § 5 Abs 2 iVm Abs 1 VerpflegungsV legt fest, dass für den Fall, dass dem Rechtsträger die angemessene Verpflegung wegen Krankheit, Unfall oder Dienstfreistellung nicht möglich ist, dieser dem ZD „die Verpflegskosten abzugelten“ hat. Die Höhe des abzugeltenden Betrages ergibt sich dabei aus § 4 VerpflegungsV. Diese Bestimmung kann verfassungskonform nur dahingehend ausgelegt werden, dass mit der Formulierung „Betrag, der sich aus § 4 ergibt“ nur der Betrag von € 13,60 nicht aber der nach Ausschöpfung aller Abzugsmöglichkeiten gem § 4 Abs 2 sich ergebende Betrag gemeint sein kann. Die ZISA spricht grundsätzlich für dienstfreie Tage iSd § 5 den Betrag zu, der sich aus § 4 nach Abzug aller Abschlagsmöglichkeiten ergibt. Andererseits gesteht sie in einzelnen Bescheiden zu, dass das Vorliegen einer Kochgelegenheit einem ZD an dienstfreien Tagen nicht zum Vorteil gereichen kann und daher an diesen Tagen keine Anwendung findet. Das ist nur folgerichtig, muss aber – wie oben ausgeführt – für alle Abschläge gelten. Eine andere Auslegung führt nämlich zum Ergebnis, dass ZD an dienstfreien

Tagen trotz gleicher Umstände unterschiedlich behandelt werden. Es kann aber an dienstfreien Tagen keine Rolle spielen, ob dem ZD in der Einrichtung eine Kochgelegenheit zur Verfügung steht, wie stark körperlich belastend seine Tätigkeiten sind und ob er an einem gleichbleibenden Dienort eingesetzt wird, weil dies keinen Einfluss auf die Verpflegungssituation an dienstfreien Tagen hat. Diese Rechtsansicht führt vielmehr dazu, dass Gleiches – nämlich die Verpflegungssituation von ZD an dienstfreien Tagen – ungleich behandelt wird, worin ein Verstoß gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Gleichheitsgebot zu erblicken ist.

2.5. Kritische Würdigung des ZDÜ 2006 und dessen Anwendung

Das ZDÜ 2006 macht es ehemaligen ZD nicht gerade leicht, zu einer fairen Verpflegungsgeldnachzahlung zu gelangen. Der Geltendmachung verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechte steht die Hürde entgegen, sich mit einer privaten – zumeist gemeinnützigen – Organisation zu streiten. Zwar werden die Kosten der Nachzahlungen durch die Rechtsträger idR in der Höhe von bis zu 4,20 Euro pro Person und Tag vom Bund ersetzt, darüber hinausgehende Abgeltungen sind jedoch vom Rechtsträger abzugelten. Für die Annahme eines Angebotes des Rechtsträgers war letztlich allerdings nicht nur eine moralische Frage entscheidend, sie war vielfach auf einen gewissen Pragmatismus zurückzuführen, der sich darin zeigte, lieber einen geringeren dafür gleich ausbezahlten Betrag anzunehmen als mit ungewissem Ausgang längere Zeit um einen höheren zu streiten. So bestand zwar in der überwiegenden Anzahl an Fällen eine Einigkeit zwischen Rechtsträgern und ZD hinsichtlich einer Nachzahlung dem Grunde nach, erfolgte aber dennoch keine Auszahlung des bereits anerkannten Betrages, da sich die Rechtsträger in allen dem Autor bekannten Fällen auf Angaben der ZISA stützten, wonach die Rechtsträger, soweit eine Einigung nicht erzielt werden konnte, eine Teilabgeltung nicht vorzunehmen

hatten¹³. Aus dem Gesetz ergibt sich diese Rechtsanschauung nicht unbedingt. In § 1 Abs 3 Satz 2 ZDÜ 2006 heißt es lediglich, dass für den Fall, dass es zu keiner gütlichen Einigung kommt *und* der Rechtsträger eine Abgeltung nicht vornimmt, die ZISA auf Antrag des Anspruchsberechtigten die Höhe der vermögensrechtlichen Ansprüche des Zivildienstpflichtigen feststellt. Es ist also keineswegs gesagt, dass der Rechtsträger nicht einen ersten von beiden Seiten anerkannten Betrag zur Auszahlung bringen kann, diese Kosten gegenüber dem Bund geltend macht und der Zivildienstpflichtige hinsichtlich seiner weiteren strittigen Ansprüche einen Feststellungsbescheid beantragt. Eine solche Vorgangsweise wäre nicht nur voll durch das Gesetz gedeckt, sie hätte vor allem wesentlich mehr ehemalige ZD dazu veranlasst, für ihr Recht zu streiten.

Hinzu kommt für die Betroffenen ein großer Zeitaufwand. Die ZISA gibt nur vor, ein umfassendes Ermittlungsverfahren iSd AVG durchzuführen. Sie beschränkt sich vielmehr auf die Einholung von Aussagen der streitenden Parteien, führt aber selbst in den dem Autor bekannten Fällen keinerlei amtswegige Ermittlungen durch. Ein ordentliches dem AVG entsprechendes Ermittlungsverfahren wird dann scheinbar erst im Berufungsverfahren durchgeführt.

2.6. Verfahrenskosten durch Amtshaftung?

2.6.1. Zivildienst als Kernaufgabe des Staates

Zwar sind Eingaben im Anwendungsbereich des Zivildienstrechtes gem § 72 ZDG von allfälligen Gebühren befreit, dennoch sind zumindest eigene Vertretungskosten zu tragen. Das schreckt zusätzlich ab. Allerdings könnte im Falle des Obsiegens – egal in welcher Instanz – unter Umständen an einen Ersatz für entstandene Verfahrenskosten über den Amtshaftungsweg zu denken sein. Der Rsp des VfGH zufolge ist der Zivildienst als ausgliederungsfeste Kernaufgabe des Staates zu sehen.¹⁴ Unstrittig

13) Siehe etwa 2. Schreiben der zivildienstverwaltung.at/materi- ZISA an die Rechtsträger vom Mai al/Schreiben2_ZDUEG2006.pdf 2006, abrufbar unter <http://www.> (18.2.2007).

14) VfSlg 17.341, JAP 2005/2006, auch *Pabel*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgliederung, JRP = ZfV 2005/3 (*Raschauer*); vgl 2005, 221.

handelt es sich beim Verpflegungsgeld um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch des ZD, hielt der VfGH doch fest, dass der Pflicht des Einzelnen zur Ableistung des Zivildienstes die Pflicht des Staates gegenübersteht, für die Dauer dieses Dienstes die Deckung der notwendigen Lebensbedürfnisse zu gewährleisten.¹⁵ Der Staat lagert diese Verpflichtung zwar in der Umsetzung im Einzelfall auf die Rechtsträger aus, bleibt aber letztlich für die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Aufgaben verantwortlich. Diese Ansicht bestätigt sich nicht zuletzt in § 28a Abs 2 ZDG, wonach der Bund ermächtigt ist, ZD, die nicht angemessen iSd § 28 ZDG verpflegt werden, eine Aushilfe zu leisten. Der Staat nimmt seine jedenfalls bestehende Aufsichts- und Gewährleistungsfunktion wahr, indem er für den Großteil der Nachzahlungen aufkommt, die Verwaltung und Klärung der Ansprüche aber – unter Kontrolle des Staates durch die Möglichkeit der Einleitung eines Feststellungsverfahrens – auf die Rechtsträger abschiebt. Diesen kommt dabei eine vom ZDÜ 2006 aufgetragene entscheidende Rolle im Verfahren über die Nachzahlung zu, im Rahmen dessen sie zwingend eine Vorprüfung der Ansprüche vorzunehmen haben. Die Rechtsträger treffen dabei klare Pflichten bei der Umsetzung eines öffentlich-rechtlichen Anspruches. Diesbezüglich hielt der Innenausschuss des Nationalrates anlässlich der Verabschiedung des ZDÜ 2006 in seinem Bericht fest, dass er davon ausgeht, dass die Rechtsträger ihre ehemaligen ZD „in geeigneter Form von der Möglichkeit der Geltendmachung ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche informieren“¹⁶.

2.6.2. Rechtsträger als Beliehene

Aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Anspruches und der Einbettung der Rechtsträger in ein Verwaltungsverfahren hinsichtlich der Nachzahlung von Verpflegungsgeld, das letztlich zu

einem großen Teil vom Bund getragen wird, ergibt sich, dass die Rechtsträger somit bei Anwendung des ZDÜ 2006 bzw der Verpflegungsverordnung hoheitliche Funktionen ausüben und daher als Beliehene¹⁷ anzusehen sind, weshalb ihr Handeln der kompetenzrechtlich zuständigen Gebietskörperschaft – im konkreten Fall somit dem Bund¹⁸ – zuzurechnen ist. Allfälliges rechtswidriges und schuldhaftes Handeln kann daher zu Amtshaftungsansprüchen iSd § 1 AHG¹⁹ der betroffenen ZD führen. Zu denken wäre dabei etwa an Fälle, in denen der Rechtsträger eine Befassung mit der Thematik von vornherein ablehnt, wider besseren Wissens jeglichen Anspruch verweigert oder bewusst falsche Angaben macht. Gem § 1 Abs 2 ZDÜ 2006 hat der Rechtsträger geltend gemachte Ansprüche unter Heranziehung der Verpflegungsverordnung binnen drei Monaten abzugelten. Provoziert der Rechtsträger etwa wegen Untätigkeit innerhalb von drei Monaten die Einbringung eines Feststellungsantrages des ZD bei der ZISA, könnte darin eine rechtswidrige und schuldhaft, einen Amtshaftungsanspruch auslösende Unterlassung gesehen werden. Weiters bestimmt § 1 Abs 3 ZDÜ 2006, dass der Rechtsträger auf eine gütliche Einigung hinzuwirken *hat*, soweit zwischen ihm und dem ZD keine Übereinstimmung über die Höhe der abzugeltenden Ansprüche besteht. Das Gesetz geht also schon vom Wortlaut her (*arg hat*) von einer Verpflichtung aus. Die Gesetzesmaterialien sprechen diesbezüglich ausdrücklich von einer Verpflichtung.²⁰ Versucht der Rechtsträger somit erst gar nicht, eine gütliche Einigung zu erwirken, kann auch darin eine pflicht- und damit rechtswidrige Unterlassung gesehen werden.

3. Schluss

Schon die ZISA benötigt für ihr zum Teil mangelhaft durchgeführtes Verfahren sechs Monate. Ein ordentlich

durchgeführtes Ermittlungsverfahren durch den BMI wird nicht weniger Zeit in Anspruch nehmen. Bis dahin erhalten ehemalige ZD keinen Cent. Mit Einrechnung der dreimonatigen dem Verfahren der ZISA vorgeschalteten Entscheidungsfrist der Rechtsträger kommt der streitende ehemalige ZD auf eine Verfahrensdauer von (mindestens) 15 Monaten bis seine Ansprüche in einem (hoffentlich) ordentlichen Ermittlungsverfahren festgestellt worden sind. Hinzu kommt, dass die Zivildienstleistung im schlimmsten Fall dann schon sechs Jahre zurück liegt, die tatsächlichen Verpflegungskosten bis dahin somit vom ZD selbst getragen wurden. Der vom VfGH aufgestellte Grundsatz, wonach die Zivildienstleistung durch das Verpflegungsregime faktisch weder vereitelt noch (erheblich) erschwert werden darf, wird dadurch ad absurdum geführt.

Aufgrund begründeter Zweifel an der Verfassungskonformität der nun bestehenden VerpflegungsV, ist eine weitere notwendige Klärung durch den VfGH geradezu vorprogrammiert. Bis dahin haben viele ehemalige ZD durch die Unterzeichnung eines Vergleichs hinsichtlich ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche einen Schlussstrich gezogen. Wohl um die Wirksamkeit derartiger Vergleiche abzusichern, hat der Gesetzgeber durch die jüngste Nov²¹ des ZDG in § 76b Abs 9 festgehalten, dass Anspruchsberechtigte auf vermögensrechtliche Ansprüche auf Grund des ZDG jederzeit verzichten können. Der Staat versucht sich wiederum eines Teils seiner Verantwortung zu entledigen.

Ronald Frühwirth studiert Rechtswissenschaften in Graz und ist als juristischer Mitarbeiter in der Kanzlei Kocher & Bucher tätig; r.fruhwirth@kocher-law.at.

15) VfSlg 16.588, VfGH 17) Vgl zu Voraussetzungen und dienstes sind in Gesetzgebung 1949/20 idF BGBl I 1999/194.
15.10.2005, B 360/05 ua, VfGH Grenzen der Beleihung VfSlg und Vollziehung gem § 1 ZDG 20) 1343 BlgNR 22.GP, 2.
28.2.2006, B 1281/05. 14.473 und 16.400. Bundessache. 21) BGBl I 2006/40.
16) 1343 BlgNR 22.GP, 2. 18) Angelegenheiten des Zivil- 19) Amtshaftungsgesetz BGBl

Vor 25 Jahren schaffte Frankreich die Todesstrafe ab – ein Meilenstein auf dem Weg zum „todesstrafenfreien Europa“

Analyse eines strafrechtspolitischen Umdenkprozesses und seiner gesamteuropäischen Tragweite

Marcel Pilshofer

Beinahe unbemerkt von der Öffentlichkeit jährte sich im vergangenen Jahr ein Ereignis, dessen innerstaatliche wie auch gesamteuropäische Bedeutung für die Fortentwicklung des Rechtsstaates nicht unterschätzt werden sollte: Vor 25 Jahren, am 9. Oktober 1981, beschloss die französische Nationalversammlung das Gesetz über die Abschaffung der Todesstrafe. Das Gesetz Nr. 81-908, eingebracht über Antrag der Regierung unmittelbar nach deren Amtsantritt und ausgearbeitet unter dem entschiedenen Todesstrafengegner Robert Badinter als Justizminister (*garde des sceaux*), trat bereits am folgenden Tag in Kraft. In Artikel 1 des Gesetzes heißt es (in deutscher Übersetzung¹): „Die Todesstrafe ist abgeschafft.“ In weiterer Folge erklärte die Nationalversammlung auch jede außerordentliche bzw. Standgerichtsbarkeit (*juridictions d'exception*) per Gesetz für aufgehoben.

Dieses Gesetz bildete den Paukenschlag jener neuen Strafrechtspolitik, die der neu gewählte sozialistische Staatspräsident Francois Mitterrand bereits im Wahlkampf als eine seiner ersten Maßnahmen angekündigt hat-

te, und die ab Mai 1981 durch die von ihm ernannte Regierung von Ministerpräsident Mauroy unter Federführung des äußerst engagierten Justizministers Badinter in die Wege geleitet wurde. Die Bedeutung dieses Gesetzesaktes ging über das hinaus, was herkömmlich mit der Ablöse einer konservativ-rechten durch eine sozialistisch-linken Regierungspolitik verbunden ist: Frankreich war zu diesem Zeitpunkt das letzte demokratische Land in Europa, das die Todesstrafe nicht bloß *de iure* im Strafrecht verankert hatte, sondern auch *de facto* bis zuletzt von dieser Strafe Gebrauch machte. Die letzte Hinrichtung hatte erst am 10. September 1977 stattgefunden, und bei Inkrafttreten der Abschaffung der Todesstrafe befanden sich noch immerhin sieben zum Tode verurteilte Personen in Haft.²

Das Gesetz vom 9. Oktober 1981 machte Frankreich zu einem Teil jener „todesstrafenfreien“ Rechtssysteme, aus denen die EG schon kurze Zeit später ausnahmslos bestand. Eben diese Zugehörigkeit sollte ab den 90-er Jahren Wesensmerkmal Europas und Abgrenzungskriterium gegenüber den USA werden.

Folgeentwicklung im Umgang mit der Todesstrafe in der EG/EU

Frankreich war in Europa nicht bloß die letzte westorientierte Demokratie, in der eine Hinrichtung stattfand (Griechenland und Spanien vollstreckten jeweils noch als Diktaturen 1972 bzw. 1975 die letzten Todesurteile) – Frankreich war das einzige Land in der Geschichte der Europäischen (Wirtschafts-)gemeinschaft, in dem noch während aufrechter E(W)G-Mitgliedschaft Todesurteile vollstreckt wurden. Zwar waren es Griechenland und Belgien, die länger als Frankreich – nämlich bis zum Zustandekommen der Maastrichter Union in den 90-er Jahren – die Todesstrafe im ordentlichen Gerichtsverfahren bzw. auch in Friedenszeiten vorsahen. Erst dann änderten schließlich auch diese beide Staaten als letzte in der EG ihre Strafgesetzbücher.

Frankreich war es aber, das sich nach Abschaffung der Todesstrafe zu einem Vorreiter entwickelte, was den Kampf gegen die Todesstrafe auf europäischer und internationaler Ebene betraf. Unter Justizminister Badinter wirkte Frankreich entschieden am Zustandekommen des 6. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention 1950 (EMRK) mit, das bereits 1983/84 zustande kam. Dort heißt es u.a.:

„Artikel 1: Die Todesstrafe ist abgeschafft. Niemand darf zu dieser Strafe verurteilt oder hingerichtet werden.“

Artikel 2: Der Staat kann durch Gesetz die Todesstrafe für Taten vorsehen, welche in Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr begangen werden ...“ –

Frankreich gehörte neben Österreich und der Bundesrepublik Deutschland zu den ersten Signatarstaaten dieses Zusatzprotokolls. Dessen Unterzeichnung und Ratifikation war in den 80-er Jahren nach dem damaligen Stand der europäischen Rechtsvereinheitlichung (noch) nicht für alle EG-Mitglieder verpflichtend. Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland etwa lehnte die Unterzeichnung zunächst ab, weil der Vorbehalt für

1) Wenn der Staat tötet – Todesstrafe contra Menschenrechte (Amnesty International Publications 1989/Deutsche Erstausgabe 1989), 192, weiters zitiert als Amnesty.
2) Amnesty, 192.

Kriegszeiten bzw. *Kriegsgefahr* offenbar als nicht weit genug angesehen wurde.

Jedoch ging diese Entwicklung, die nun auch von Frankreich gefördert wurde, zügig weiter. Seit dem Maastrichter Rechtsvereinheitlichungsprozess (der die Schaffung der 3. Säule der Union bewirkte) nimmt die EU neue Mitgliedstaaten erst auf, sobald diese die EMRK samt allen Zusatzprotokollen ratifiziert haben. Dies schließt auch das 6. Zusatzprotokoll mit ein, sodass der Bestand der Todesstrafe für „herkömmliche“ Straftaten (solche, die auch im Frieden, ohne Vorliegen eines Ausnahmezustandes, begangen werden wie z.B. Mord), bzw. die Anwendung der Todesstrafe im ordentlichen Gerichtsverfahren nunmehr mit einer EU-Mitgliedschaft unvereinbar ist.

Exkurs: Todesstrafenfrage am Beginn des europäischen Einigungsprozesses

Wenn die EU heute als Speerspitze im weltweiten Kampf für die Abschaffung der Todesstrafe erscheint und von ihren eigenen Mitgliedern unerbittlich die „Todesstrafenfreiheit“ (zumindest im ordentlichen Verfahren) fordert, so ist sich die Öffentlichkeit oft nicht bewusst, dass die Idee Europas als einer ausnahmslos „todesstrafenfreien Zone“ eine relativ junge ist. Frankreich war vielleicht einer – wenn nicht der entscheidende – Schrittmacher bei dieser Entwicklung: das Land hätte sich Ende der 50-er Jahre, bei Gründung der EWG, nie und nimmer den Gebrauch der Todesstrafe verbieten lassen. Frankreich war die einzige militärische Großmacht unter den Gründerstaaten der EWG. Zwar hatten die beiden anderen großen Gründerstaaten Deutschland und Italien zu diesem Zeitpunkt die Todesstrafe bereits in ihren Verfassungen abgeschafft. Jedoch waren beide im Verhältnis zu Frankreich unterlegene Kriegsgegner des 2. Weltkrieges und noch dazu (u.a.) durch Frankreich von ihren autoritären Systemen befreit worden. Es überwog die Ansicht, Deutschland und Italien hätten ein besonderes Problem mit der Todesstrafe aufgrund ihrer autoritären Vergangenheit.

Rechtsstaatliche Werte spielten innerhalb der EWG, wenngleich diese

im Kern eine Wirtschaftsgemeinschaft war, zweifelsohne schon am Anfang eine Rolle. Aber die Gewichtung, die sie später bekommen hat, fehlte 1957. Gemeinsamer Nenner war damals die Anerkennung jenes rechtsstaatlichen Grundkonzeptes, das im Wesentlichen den Anforderungen der EMRK entspricht. Dies bedeutete ein rechtsstaatliches Verfahren und ein auf Gesetz beruhendes Gericht (tribunal) in allen Mitgliedsstaaten. Ein solches durfte aber im Rahmen eines fairen Verfahrens und für Taten, für die dies das Gesetz vorsah, sehr wohl auch die Todesstrafe verhängen und vollstrecken lassen, ohne dass der jeweilige Staat dadurch in Konflikt mit den gemeinsamen europäischen Werten geraten müsste. So enthält Art 2 EMRK bei Gewährung des Rechtes auf Leben einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten der Todesstrafe:

„ Art 2, Absatz 1: Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt. Abgesehen von der Vollstreckung eines Todesurteils, das von einem Gericht im Falle eines durch Gesetz mit der Todesstrafe bedrohten Verbrechens ausgesprochen worden ist, darfeine absichtliche Tötung nicht vorgenommen werden. ... „

Genau dies entsprach in den 50-er Jahren noch der Auffassung und gelebten Praxis in der anderen „großen alten Demokratie“ Europas: Im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland wurden bis 1964 Todesurteile vollstreckt, 1965 erfolge – eher zögerlich als entschlossen – die Abschaffung der Todesstrafe für Mord, die zunächst nur befristet für fünf Jahre und erst 1969 auf Dauer ausgesprochen wurde.³

Die innere Veränderung in Frankreich sollten es sein, die den Wandel in der EG einläuteten: Frankreich war zwar ein Land, in dem die Bewegung gegen die Todesstrafe einen sehr langen Geschichte hat. Aber noch unter de Gaulle schien in den 60-er Jahren die Anwendung der Todesstrafe einem innenpolitischen Konsens der Mehrheit zu entsprechen. Die Forderung nach einer Abschaffung erlangte kein ausreichendes politisches Gewicht, zunächst auch nicht im linken Lager (das 1936/37 und 1946-1958 erheblichen Einfluss in der Regierung besaß). Dazu trugen auch

die Besonderheiten der französischen Nachkriegsgeschichte bei, die von innen- und außenpolitischen Konflikten gezeichnet war: Nach der Machtübernahme durch General de Gaulles 1958 und der Ausrufung der Fünften Republik war die Wiederherstellung der politischen und wirtschaftlichen Stabilität Rechtfertigung für ein Festhalten an harten Abwehrmaßnahmen und Sanktionen des Staates gegen Angreifer auf seine und seiner Bürger Sicherheit. Die Anwendung der Todesstrafe passte als Instrument in dieses System. Dies zeigte etwa der plakative Militärprozess nach dem gescheiterten Attentat auf de Gaulle 1962 (einem mutmaßlichen Putschversuch frustrierter Algerien-Offiziere): Der Hauptbeschuldigte, der Offizier Bastien-Thierry, wurde im März 1963 durch ein Erschießungskommando exekutiert, während ein paar Kilometer weiter das Pariser Großstadtleben einen durchaus zivilisierten, fortschrittlichen Anblick bot und im Kino die neuesten Werke einer avantgardistischen Filmkunst ein modernes Frankreich zeigten.

Während sich die letzten übrigen Staaten Westeuropas von der Todesstrafe verabschiedeten, blieb Frankreich trotz der heftigen 68-er Unruhen in der Todesstrafenfrage noch unnachgiebig: de Gaulle's Nachfolger als Präsident der fünften Republik, Georges Pompidou, wurde zunächst von einigen Strafverteidigern (wie dem späteren Justizminister Badinter) als Todesstrafen-Skeptiker eingeschätzt (wie er ja auch in der Außenpolitik von der harten Linie de Gaulles abging). So fand in den ersten drei Jahren seiner Amtszeit keine einzige Hinrichtung statt. Doch die Regierungen unter Pompidou änderten die Gesetzeslage nicht, und als 1972 die Häftlinge Buffet und Bontems (letzterer verteidigt durch Badinter) wegen eines Mordes im Zuge einer Geiselnahme zum Tode verurteilt wurden, gab der Staatspräsident dem Gnadengesuch des Verurteilten Bontems keine Folge. Beide Verurteilten wurden hingerichtet. Als 1977 die letzte Hinrichtung in der Geschichte Frankreichs und der EG erfolge, war Valérie Giscard d'Estaing Staatspräsident, und Jacques Chirac Premierminister. Beide sind noch heute – 25 Jahre später – in hohen politischen

3) Amnesty, 432.

Gesetzbuch Sozialrecht

€ ₤ € ₤



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

VERLAG ÖSTERREICH

Ämtern tätig. Beide zählen heute durchaus zu den Verfechtern einer europäischen Wertegemeinschaft, die eine Todesstrafenfreiheit einschließt.

Schlussbetrachtung

Die Folgewirkung des Gesetzes Nr. 81-908 vom 9.Oktober 1981 sollten weitreichender sein, als an diesem Tag vor genau 25 Jahren ersichtlich war.

In Europa hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass Rechtsstaatlichkeit und Anwendung der Todesstrafe mit einander unvereinbar sind. Dies ist auch einer der entscheidenden Kriterien, nach denen sich Europa heute vom Rest der westlichen Welt, insbesondere den USA und Japan, absetzt.

Ohne das entschlossene und tatkräftige Vorgehen der Staatsführung Mitterand/Mauroy im Jahr 1981, die der Bewegung gegen die Todesstrafe ein mächtiges Forum geboten hat, wäre der Stellenwert der Todesstrafe im Rah-

men der Europäischen Integration ein anderer gewesen. Es hätte zwar sicher eine große Mehrzahl an Staaten ohne Todesstrafe gegeben (so wie Österreich, die Bundesrepublik Deutschland oder Italien). Aber ein geschlossenes Auftreten des sich einigenden Europas gegenüber den neuen Beitrittskandidaten, wie es seit dem Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages 1993 stattfindet, hätte keine Basis gefunden: So mussten auch die neuen Demokratien Osteuropas nach dem Sturz der kommunistischen Diktaturen die Erfahrung machen, dass eine Hinrichtung nicht schon deshalb in den Augen Europas gerechtfertigt war, weil sie im Rahmen eines gesetzmäßigen Verfahren erfolgte und (tatsächlich) dem Willen der Mehrheit des Volkes entsprach.⁰ Dieser Druck der EU hat meines Erachtens Großes bewirkt: Ende 1998 schaffte selbst Russland die Todesstrafe weitgehend ab, obwohl dieses Land

keine Aussichten (bzw. auch keine Ambitionen) auf einen EU-Beitritt hat. Das Leben des kurdischen PKK-Führers Öcalan in der Türkei hat mE nur die vorgenannte Entwicklung gerettet. Inzwischen hat sogar die Türkei (ein Staat, der großteils in Asien liegt und an den Iran und Irak grenzt) bereits die Todesstrafe abgeschafft!

Wenn wir uns heute nicht nur in Österreich selbst im „todesstrafenfreien Raum“ befinden, sondern darüber hinaus auch ausschließlich von solchen Staaten umgeben sind, so verdanken wir dies mE zu einem Gutteil jenem rechtspolitischen Umdenken, das am 09. Oktober 1981 Frankreich erfasst hat.

Mag. Marcel Pilshofer ist juristischer Mitarbeiter in der Rechtsanwaltskanzlei Dr.ⁱⁿ Vera Weld, Wien; marcel_pilshofer@yahoo.de.

4) So löste etwa die Hinrichtung der Freude über das Ende von nötig, bereits am 01.01.1990 die des Ehepaars Ceausescu in Rumä- deren Herrschaft auch erhebliche sofortige Abschaffung der Todes- nien 1989, die nach einem Schnell- Ablehnung aus – Staatspräsident strafe zu verkünden. verfahren erfolgte, in Europa trotz Ion Iliescu sah sich darauf hin ge-

Rauchen und Recht

Erlaubt das Gemeinschaftsrecht die Diskriminierung von Rauchenden auf Arbeitssuche?

Matthias C. Kettemann

1. Einleitung

Ist die Diskriminierung von Rauchenden nach Gemeinschaftsrecht erlaubt? Der vorliegende Beitrag untersucht anlässlich eines aktuellen Falles (2.) vor dem Hintergrund des gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsregimes (3.), ob die Benachteiligung von Rauchenden bei der Aufnahme von Beschäftigungsverhältnissen eine Deckung im europäischen Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht findet. Eine Conclusio (4.) fasst zentrale Erkenntnisse zusammen.

Eingangs ist festzuhalten, dass sich die öffentlichen Aktivitäten gegen das Rauchen zu einer veritablen Gemengelage von rechtlichen Regelungen, politischen Erklärungen und internationalen Commitments verdichtet haben, die von einer teilweisen Renaissance des lenkenden Staates kunden, den *Habermas* schon in der post-nationalen Konstellation konstituiert sah.¹ Indes enthebt der politische und gesellschaftliche Grundkonsens über die Sinnhaftigkeit der Verfolgung von Zielen wie Gesundheitsschutz² die gesetzten Maßnahmen, namentlich im gesetzten Recht, nicht der Pflicht, das eng gewobene Netz europäischer Menschenrechtsgarantien, das im Mehrebenensystem von EU, Europarat und Nationalstaaten festgemacht ist, zu respektieren. Im Folgenden wird die rein menschenrechtliche Dimension

allerdings nicht untersucht werden; der Fokus liegt auf den Vorgaben des gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsschutzes.

2. Vorgeschichte

Im Mai 2006 veröffentlichte das irische Call Center „Dotcom Directories“ eine Stellenanzeige, in der explizit aufgeführt war: „Raucher brauchen sich nicht zu bewerben.“ *Philip Tobin*, der Geschäftsführer des Call Centers, verteidigte die Formulierung mit der Begründung, Rauchende seien „asozial“, gingen „zu oft in Krankenstand“ und kämen nach Rauchpausen „stinkend ins Büro“ zurück. Weiters sei Rauchen „idiotisch“; wer die Vielzahl von Warnungen und die Beweise für die Gefahren des Rauchens ignoriere, habe nicht das für den angebotenen Job nötige „Intelligenzniveau“.³

Eine europäische Dimension und einen beachtlichen medialen Nachhall erhielt die Stellenanzeige erst, als die Anfrage von *Catherine Stihler*, eines schottischen Mitglieds des Europäischen Parlamentes, an Kommissar *Vladimir Spidla*, ob denn die verwendete Formulierung dem gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsregime widerspreche, negativ beantwortet wurde. Die Kommission teilte mit, dass die Diskriminierung von Rauchenden unter keinen der verbrieften Diskriminierungstatbestände falle. Diese umfassten

ausweislich Art 13 EG lediglich das Geschlecht, die Rasse, die ethnische Herkunft, die Religion, die Weltanschauung, eine Behinderung, das Alter oder die sexuelle Orientierung.

Konsequent zu Ende gedacht liefe diese Argumentationslinie darauf hinaus, dass das europäische Recht Diskriminierung akzeptiert, solange sie nicht explizit in ihren Gründungsverträgen verpönt ist. Ist dies vereinbar mit der Politik einer immer engeren Union, die gem Art 6 EU auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit beruht (Abs 1) und die jene Grundrechte achtet, die in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben (Abs 2)?

Während die unbedacht erscheinende Antwort der Kommission auf *Stihlers* Frage dem EU-kritischen Lager Munition verschaffte, lässt sich ihre Kernaussage aus mehreren Gründen relativieren. *Erstens* ist die Ansicht der Kommission – im Gegensatz zu einem Urteil des EuG oder des EuGH – nicht rechtsverbindlich. Der in Art 249 EG festgeschriebene gemeinschaftsrechtliche Rechtsquellenkatalog kennt keine „Rechtsansichten der Kommission“. *Zweitens* hat die Kommission selbst einen Tag nach Veröffentlichung der Antwort diese de facto widerrufen und Berichte, nach denen die EU die Diskriminierung von Rauchern erlaube, als „Falschauslegung“ bezeichnet.⁴ *Drittens* kann, wie dieser Beitrag zeigen wird, das EU-Antidiskriminierungsregime dergestalt interpretiert werden, dass die Diskriminierung von Tabakkonsumierenden bei der Aufnahme von Beschäftigungsverhältnissen schon jetzt gegen gemeinschafts- und menschenrechtliche Garantien verstößt. Schließlich, *viertens*, verbleibt unterhalb der gemeinschaftsrechtlichen Ebene stets noch jene der

1) *Habermas*, Die postnationale Konstellation (1998/2005); s auch *Leibfried/Zürn* (Hrsg), Transformation des Staates (2006).

2) In der Antwort auf eine Anfrage eines MEP führte die Kommission aus, dass angesichts der 500 Millionen Todesopfer aufgrund von mit

Tabak im Zusammenhang stehenden Krankheiten ein „rauchfreies Europa“ eine der Prioritäten der öffentlichen Gesundheitspolitik der Kommission darstelle (vgl Europäische Kommission, Antwort von *Kyprianou* v 23.5.2006 zu Frage E-1688/06 von *Stihler*

(PSE), E-1688/06EN).

3) Zit nach *Bounds*, EU bosses may refuse jobs to smokers, *Financial Times* v 4.8.2006 (Übersetzung durch den Verf).

4) Europäische Kommission, Beschäftigung, soziale Angelegenheiten & Chancengleichheit,

Pressemitteilung, „Die Kommission ist gegen die Diskriminierung von Rauchern“, http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/news/news_de.cfm?id=171 (30.8.2006).

Mitgliedstaaten. Diese sind auch für den Schutz gegen all jene Diskriminierungen kompetent, die nicht unter Gemeinschaftsrecht fallen.⁵

3. Rauchen im Kontext des EU-Antidiskriminierungsregimes

3.1. Diskriminierungsschutz zwischen Marktharmonisierung und Menschenrechten

In ihrer zweiten, konkretisierenden Antwort auf die eingangs beschriebene Kontroverse betonte die Kommission, dass sie eine „rauchfreie Umgebung am Arbeitsplatz zum Schutz der Gesundheit sowohl von Rauchern als auch von Nichtraucherern“ befürworte, jedoch „starke Zweifel“ hege, ob eine „Diskriminierung von Rauchern politisch akzeptabel“ sei.⁶ Sinnhafter als die Bezugnahme auf eine so ephemere Größe wie die politische Akzeptabilität wäre eine Prüfung anhand des elaborierten EU-Antidiskriminierungsregimes gewesen; diese wird im Folgenden überblickshaft nachgeholt.

Das allgemeine Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit ist Grundprinzip der ursprünglich als Wirtschaftsgemeinschaft konstituierten EU. Doch schon das Prinzip des gleichen Entgeltes für Frauen und Männer (Art 141 Abs 1 EG/Art III-214 Abs 1 VVE) stellt in seiner Konzeption als Grundrecht eine Loslösung von ausschließlich der Marktharmonisierung und der Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen dienen-

den Gleichheitsnormen dar.⁷ Das aktuelle Antidiskriminierungsregime der Gemeinschaft beruht auf Art 13 Abs 1 EG (Art III-124 VVE), der den Rat ermächtigt, auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen zu treffen, „um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“⁸

In Hinblick auf Nichtdiskriminierung im europäischen Arbeitsrecht sind weiters die Richtlinie 2000/43/EG zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse⁹ und die Richtlinie 2000/78/EG zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung¹⁰ einschlägig.¹¹ Da sich unter den verpönten Diskriminierungstatbeständen kein Hinweis auf Nikotinsucht oder die Raucheneigenschaft findet, könnte dies den Schluss nahe legen, dass das Gemeinschaftsrecht die Ungleichbehandlung von Rauchenden und Nichtrauchenden zB bei der Aufnahme von Beschäftigungsverhältnissen nicht verbietet. Dieser Argumentationslinie folgte die Kommission in ihrer eingangs thematisierten ersten Antwort. In diesem Sinne argumentierte auch die Große Kammer des EuGH in ihrer Entscheidung im Fall *Chacón Navas*¹² zum Begriff der Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG. Das vorlegende Gericht wollte wissen, ob die in der RL nicht

explizit genannte „Krankheit“ neben der genannten „Behinderung“ als ein weiterer Grund angesehen werden kann, derentwegen Personen zu diskriminieren verboten ist.¹³ Der EuGH hebt unzweideutig hervor, dass der EG keine Bestimmung enthält, die eine Diskriminierung wegen einer Krankheit als solcher verbietet und dass Art 13 EG nicht Rechtsgrundlage für Maßnahmen des Rates zur Bekämpfung einer solchen Diskriminierung sein kann.¹⁴ Selbst aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot, das „integraler Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“ ist, ergebe sich nicht, dass der Geltungsbereich von Richtlinien auf nicht in diesen abschließend aufgezählten Gründe hinaus ausgedehnt werden darf.¹⁵

Da neben Art 13 EG und den auf seiner Grundlage verabschiedeten Richtlinien aber noch andere gemeinschaftsrechtliche Normen für den vorliegenden Sachverhalteinschlägig sind, kann mit einiger Berechtigung vorgebracht werden, dass eine nur auf Art 13 EG basierende Prüfung der Frage der Rechtmäßigkeit von Rauchendendiskriminierung nach Gemeinschaftsrecht zu kurz greift.

Aus einer Grundrechtsperspektive bedeutender als Art 13 EG, der sich auf eine Regelung der Zuständigkeiten der Gemeinschaft beschränkt,¹⁶ ist nämlich Art II-81 VVE, der die verpönten Diskriminierungstatbestände aus Art 13 leg cit reflektiert und erweitert.¹⁷ Ausweislich Abs 1 dieser noch nicht in Kraft getretenen, aber dennoch für

5) In den meisten EU-Mitgliedstaaten stellt etwa das Arbeitsrecht in Fällen von ungerechtfertigter Diskriminierung Rechtsmittel wie Schadenersatzklagen oder im öffentlichen Interesse zur Hintanhaltung unzulässiger Ungleichbehandlungen normierte Verwaltungsstrafen zur Verfügung.

6) Europäische Kommission, Pressemitteilung (30.8.2006), Abs 3 (Hervorhebung durch den Verf).

7) *Kingreen* in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten² (EuGR) (2005) § 18 Rn 3.

8) Zwei Antidiskriminierungsrichtlinien sind auf Grundlage dieser Bestimmung erlassen worden (vgl *Streinz* in *Calliess/Ruffert*, Art 13 EGV Rn 1).

9) RL 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zum Verbot von Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft u.a. in den Bereichen Beschäftigung und Zugang zu Gütern, Dienstleistungen und Wohnraum, ABI L 180 v 19.7.2000 S 22.

10) RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Arbeit, ABI L 303 S 16.

11) Die Umsetzung der RL 2000/28/EG in innerstaatliches Recht musste bis zum 2.12.2003 (für die EU-15) bzw bis zum 1.5.2004 (für die EU-10) erfolgen. Österreich wollte jedoch für vier Bundesländer die Ausnahmeregelung des Art 18 nutzen, die Zusatzfristen von bis zu drei Jahren für die Umsetzung der Diskrimi-

nierungstatbestände Alter und Behinderung ermöglicht. Die Mitteilung Österreichs wurde jedoch nicht akzeptiert, weil diese – wie ein Kommissionsbericht erläutert – „keine Angaben über die besonderen Bedingungen, welche die Zusatzfrist erforderlich machten“ enthielt und „weit nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie“ erfolgte (vgl Bericht der Kommission an den Rat, Umsetzung der Bestimmungen über die Diskriminierung wegen des Alters und einer Behinderung der Richtlinie 2000/78/EG, http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legisl_n_agehan_de.pdf (15.1.2006)).

Zu Nichtdiskriminierung im europäischen Arbeitsrecht sowie dem vom EuGH verwendeten Gleichheitsbegriff vgl *Bayer*, (Nicht) vergleichbar. Formelle versus mate-

rielle Gleichheit im europäischen Arbeitsrecht, *juridikum* 2006/3, 127-130.

12) EuGH 11.7.2006, Rs C-13/05, *Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA*.

13) EuGH 11.7.2006, *Sonia Chacón Navas*, Rn 53.

14) EuGH 11.7.2006, *Sonia Chacón Navas*, Rn 54, 55.

15) EuGH 11.7.2006, *Sonia Chacón Navas*, Rn 56.

16) Vgl statt aller: EuGH 11.7.2006, *Sonia Chacón Navas*, Rn 55.

17) Zum Verhältnis von Art II-81 und III-124 VVE s *Manhart/Maurer*, EU-Verfassungsvertrag und Grundrechtscharta: Welche Auswirkungen hat die Aufnahme der Grundrechtscharta in den Verfassungsvertrag auf den Grundrechtsschutz in Europa? *MRM* 2005, 160-173 (165).

die Bestätigung und Konkretisierung des bislang vom EuGH aus Art 6 Abs 2 EUV ermittelten Grundrechtsbestandes erheblichen Bestimmung¹⁸ des als „Grundrechtecharta“ bekannt gewordenen Teils II des VVE sind Diskriminierungen „insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ und wegen der Staatsangehörigkeit (Abs 2) verboten.¹⁹ Aufgrund der nicht enumerativen Aufzählung der verpönten Gründe für Ungleichbehandlungen (arg „insbesondere“) können auch Ungleichbehandlungen aus anderen als den erwähnten Gründen (zB Nikotinsucht) dem sachlichen Anwendungsbereich von Art II-81 VVE unterfallen.

Bei der Frage, ob Ungleichbehandlungen einer Rechtfertigung zugänglich sind, ist zu differenzieren. Die Namhaftmachung eines sachlichen Grundes wird bei bestimmten Merkmalen (Behinderung, Alter) als Rechtfertigung denkbar sein; bei anderen Merkmalen, namentlich Rasse, ethnischer Herkunft und sexueller Ausrichtung, werden vorgebrachte Rechtfertigungen indes in der Regel als per se unsachlich zurückzuweisen sein. An die Prüfung der Sachlichkeit hat eine rigide Verhältnismäßigkeitsprüfung des Rechtfertigungsgrundes anzuschließen, in deren Rahmen geklärt wird, ob die punktuelle Ungleichbehandlung zum Schutze anderer gemeinschaftsrechtlich geschützter Güter unerlässlich ist.²⁰

3.2. Nikotinsucht als Krankheit oder Behinderung

Neben dem Rückgriff auf die Grundrechtecharta und ihre offene Konzeption von Diskriminierungsgründen finden sich bei Deutung von Nikotinsucht als Krankheit bzw Behinderung weitere Begründungswege für eine Unrechtmäßigkeit der Rauchendendiskriminierung.

Erstens lässt sich ausgehend von der Feststellung, dass Nikotinsucht Krankheitswert hat und mithin trotz der regelmäßigen Beteuerung von Rauchenden, sie griffen aus persönlicher Entscheidung zur Zigarette, eine Krankheit kausal für das Rauchen ist, argumentieren, dass Rauchende dem formal unverbindlichen aber rechtserheblichen Art II-81 VVE unterfallen. Da Art II-81 VVE, wie oben ausgeführt, die verbotenen Diskriminierungstatbestände nicht enumerativ aufzählt, kann die Diskriminierung aufgrund einer Krankheit als ungeschriebener Tatbestand hineingelesen werden.²¹ Sollte das Rauchen selbst nicht als Krankheit qualifiziert werden, trifft dies auf die in einem kausalen Nexus stehenden Folgeerkrankungen²² regelmäßig zu. Die negativen gesundheitlichen Folgen des Rauchens zeitigen daher grundrechtsdogmatisch das positive Ergebnis eines erhöhten Diskriminierungsschutzes für Rauchende.

In diesem Zusammenhang kann die Frage gestellt werden, was Nikotinsucht von anderen Zivilisationskrankheiten unterscheidet. Das von dem irischen Call Center vorgebrachte Argument, Rauchende würden aufgrund des von ihnen ausgehenden starken Tabakgeruchs das Arbeitsklima negativ beeinträchtigen, kann nur begrenzt rechtlich releviert werden. Auch Stellenanzeigen, die Personen mit palmarer, plantarer

oder axillärer Hyperhidrose²³ ex ante ausschließen, würden wohl als diskriminierend wahrgenommen werden.

Zweitens könnte Nikotinsucht als „Behinderung“ iSd Art 13 Abs 1 EGV und des Art II-81 VVE interpretiert werden. Während dies prima facie abwegig erscheint, lassen sich dem Recht mancher Mitgliedstaaten durchaus entsprechende Hinweise entnehmen. Das irische Gleichheitstribunal („Equality Tribunal“), welches auch im Falle einer Beschwerde eines abgelehnten Rauchenden gegen das Call Center „Dotcom Directories“ sachlich kompetent gewesen wäre, hat mehrfach festgestellt, dass die Definition von „disability“ in den Employment Equality Acts von 1998 und 2004 sehr breit sei.²⁴ Personen, die an Alkoholsucht leiden, seien ebenso als „disabled“ iSd irischen Antidiskriminierungsregeln zu betrachten²⁵ wie Arbeitswerbende, die in einem Maße übergewichtig sind, dass eine krankhafte Adipositas vorliegt.²⁶ Nach der irischen Rechtsordnung ist es daher nicht gänzlich undenkbar, dass auch eine besonders schwere Nikotinsucht als Behinderung angesehen wird.

Erstmals äußerte sich der EuGH im Fall *Chacón Navas*²⁷ zum Begriff der Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG über die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Die Große Kammer führte aus, das „Behinderung“ in der Richtlinie nicht definiert sei, die Bestimmung aber auch nicht in das innerstaatliche Recht verweise, weshalb der Begriff autonom und einheitlich auszulegen sei.²⁸ „Behinderung“ im Sinne der RL umfasse eine „Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein

18) *Calliess* führt unter Bezugnahme auf GA *Tizzano* (NZA 2001, 827, Rn 26 ff) aus, dass die Grundrechtecharta ungeachtet ihrer formalen Unverbindlichkeit aufgrund ihrer feierlichen Bestätigung durch den Europäischen Rat von Nizza, das Europäische Parlament, den Rat und die Kommission in grundrechtsrelevanten Verfahren „nicht mehr ignoriert werden kann“ (*Calliess in Ehlers*, EuGR (2005) § 20 Rn 35).

19) Hervorhebung durch den Verf. 20) *Kingren in Ehlers*, EuGR (2005) § 18 Rn 19.

21) Diese Argumentation wird bestätigt durch Parallelen im na-

tionalen Recht. Nach österreichischem Arbeitsrecht etwa ist es dem Arbeitgeber im Rahmen von Bewerbungsgesprächen nicht gestattet, nach Krankheiten zu fragen, die keinen unmittelbaren Einfluss auf die Tätigkeit haben. Auf welche Krankheiten dies zutrifft, ist im Rahmen einer Abwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten (§§ 16 ff ABGB) des Arbeitnehmenden und den Informationsinteressen des Arbeitgebenden zu beurteilen. So auch *Reissner*, Arbeitsrecht (2003) 127, der ein Fragerecht nach dem Gesundheitszustand nur dann bejaht, wenn eine Gesundheits-

gefährdung für andere Personen im Arbeitsbereich des erkrankten Arbeitnehmenden besteht.

22) ZB Lungen-, Mundhöhlen-, Kehlkopf- oder Luftröhrenkrebs, Arteriosklerose oder erhöhte Schlag- oder Herzfallneigung.

23) Das Krankheitsbild einer fokalen Hyperhidrose besteht in der erhöhten Schweißproduktion an bestimmten Körperregionen, zB Handflächen (palmar), Fußsohlen (plantar) („Schweißfüße“) und Achseln (axillär), was zu einem bemerkbaren Schweißgeruch führen kann (vgl <http://www.netdoktor.at/krankheiten/fakta/hyperhidrose.htm> (15.1.2007)).

24) *Legal Island*, Can Irish Employers Lawfully Advertise for Non-Smokers Only?, http://www.legal-island.com/employment/news_details.cfm?news_key=736&website_key=1 (11.8.2006).

25) *Irish Equality Tribunal, A Complainant v Café Kylemore*, DEC-S2002/024.

26) *Irish Equality Tribunal, A Health Service Employee v HSE*, DEC-E2006/013.

27) EuGH 11.7.2006, Rs C-13/05, *Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA*.

28) EuGH, *Chacón Navas*, Rn 39-40, 42.

Rauchen im Recht

€ 8,-



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

VERLAG ÖSTERREICH

Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet.“²⁹

Die Qualifizierung von Rauchenden als Behinderte iSd Gemeinschaftsrechts hätte zur Folge, dass diese in den Genuss einer besonderen gleichheitsrechtlichen Gewährleistung kämen, die in der Grundrechtecharta sogar den Charakter eines derivativen Teilhaberechts³⁰ annimmt. Nach Art II-86 VVE über die Integration von Menschen mit Behinderung anerkennt und achtet die Union den Anspruch dieser Personen auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft. Indes kann der Einschließung von Rauchenden in den Behindertenbegriff entgegen gehalten werden, dass nicht der Nikotingenuss selbst die Behindereneigenschaft bewirken kann, sondern die mit ihm zusammenhängenden Folgeerkrankungen, die bei einer gewissen

Schwere durchaus Ursache von Behinderungen sein können.

4. Conclusio

In Artikel 8 der Rahmenkonvention über Tabakkontrolle der Weltgesundheitsorganisation (WHO)³¹ verpflichten sich die Vertragsstaaten to „adopt and implement [...] effective legislative, executive, administrative and/or other measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport, indoor public places and, as appropriate, other public places.“ Die weltweit 138 Vertragsstaaten, darunter auch *Österreich, das die Konvention am 15.9.2005 ratifizierte*,³² sind trotz des „Rahmen“-Charakters der Konvention angehalten, die Verwirklichung der festgeschriebenen Ziele anzustreben. Diese völkerrechtliche Verpflichtung löst sie aber nicht von Pflichten aus anderen Verträgen, namentlich jenen,

die Antidiskriminierungsregeln fest-schreiben.

Während daher der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor passivem Rauchen im Lichte der WHO-Rahmenkonvention und der Gesundheitspolitik geboten ist, sind die Rechte von Rauchenden bei der Aufnahme von Beschäftigungsverhältnissen ebenfalls in Anschlag zu bringen. Rauchende ex ante von Job-Bewerbungen auszuschließen, widerspricht dem Geist des europäischen Antidiskriminierungsregimes. Mit einiger Berechtigung kann auch argumentiert werden, dass es den Letzern widerspricht: Einerseits ist die offene Konzeption der Diskriminierungsgründe in Art II-81 VVE zu relevieren, andererseits kann Nikotinsucht als Krankheit oder, in schwerwiegenden Fällen, als Behinderung gedeutet werden.

Das politische Klima steht aktuell dem Konzept der Raucherdiskriminierung eher kritisch gegenüber. In-

29) EuGH, Chacón Navas, Rn 43.
 30) *Kingreen* in *Ehlers*, EuGR (2005) § 18 Rn 55.

31) WHO Framework Conven-

tion on Tobacco Control idF World Health Assembly Resolution 56.1 v 21.5.2003, Datum des Inkraft-tretens: 27.5.2005, <http://www.who.int/tobacco/framework/download/en/index.html> (30.10.2006).

WHO Framework Convention on Tobacco Control, <http://www.who.int/tobacco/framework/countrylist/en/index.html> (15.9.2006).

32) WHO, Updated Status of the

des darf auch ein legitimes Ziel von grundlegender gesamtgesellschaftlicher Bedeutung (Gesundheitsschutz) nur in Wahrung der Rechte der Betroffenen (Rauchenden wie Nichtraucher) verfolgt werden. Je wichtiger ein Ziel erscheint, desto eher wird dessen Erreichung im Wertegefüge verabsolutiert, während den *side constraints*, wie insbesondere Rechten, allzu geringe Aufmerksamkeit geschenkt wird.

Abschließend kann die gesellschaftliche Relevanz der Diskussion über die rechtliche Reaktion auf Tabakkonsum am Schweizer Wort des Jahres 2006 illustriert werden: die meisten Stimmen

der Jury erhielt „Rauchverbot“.³³ Dagegen bergen das österreichische und das deutsche Wort des Jahres – „Penthouse-sozialismus“ und „Fanmeile“³⁴ – weit weniger rechtsdogmatisches und -politisches Diskussionspotenzial.

*Mag. Matthias C. Kettemann ist Forschungsassistent am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Karl-Franzens-Universität Graz, Mitherausgeber des *juridikum* und *Nichtraucher*; matthias.kettemann@uni-graz.at*

Heftrückschau

Die *juridikum*-Themen seit 2001

Auf www.juridikum.at können Sie Einzelhefte bestellen; alle Ausgaben, die älter als zwei Jahre sind, können Sie im Volltext abrufen.

- Heft 1/2007: Urheberrechtsdebatten
- Heft 4/2006: Recht und Psychoanalyse
- Heft 3/2006: Kinder und Justiz
- Heft 2/2006: Lateinamerika und Europa
- Heft 1/2006: Der gläserne Mensch
- Heft 4/2005: Rechtsanthropologie
- Heft 3/2005: Öffentliche Dienstleistungen
- Heft 2/2005: Transitional Justice
- Heft 1/2005: Gesetzesfolgenabschätzung
- Heft 4/2004: Justiz und Randgruppen
- Heft 3/2004: Brechungen des Liberalismus
- Heft 2/2004: recht – macht – europa
- Heft 1/2004: Literatur und Recht
- Heft 4/2003: Der Konvent tanzt
- Heft 3/2003: Non-profit und Zivilgesellschaft
- Heft 2/2003: Das Recht des flexiblen Menschen
- Heft 1/2003: Historikerkommission und Vermögensrestitution
- Heft 4/2002: New Justice
- Heft 3/2002: Triumph des Privatrechts
- Heft 2/2002: Implosion der Bürgerrechte
- Heft 1/2002: im wilden net
- Heft 4/2001: Die Industrialisierung der Kommunikation
- Heft 3/2001: Eingebildete Ausbildung – Ausgebildete Einbildung
- Heft 2/2001: Spuren im Recht
- Heft 1/2001: Strafende Gerechtigkeit

Impressum

juridikum

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

HerausgeberInnen

Univ.-Assⁱⁿ. Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter
RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer
Mag. Matthias C. Kettemann
Ass. Mag. Lukas Oberndorfer

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
www.verlagoesterreich.at

Redaktionsassistent: Mag^a. Ingrid Faber

Preis: Jahresabonnement: Euro 45,-, Studierendenaabonnement: Euro 27,-, Förderabonnement Euro: 56,-, Einzelheft: Euro 14,-
exkl. Euro 9,90 Porto- und Versandkosten (Inland)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Mag^a. Pia Abel; Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, LL.M.; Mag^a. Nina Eckstein; RAⁱⁿ Mag^a. Doris Einwallner; Univ.-Assⁱⁿ. Drⁱⁿ Iris Eisenberger, MSc.; Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl, LL.M.; Dr. Ronald Faber, LL.M.; ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Hiebaum; Assⁱⁿ. Mag^a. Nicole Hofmann; Mag. Matthias C. Kettemann; Univ.-Ass. Dr. Konrad Lachmayer; Drⁱⁿ. Nora Melzer-Azodanloo; Ass. Mag. Lukas Oberndorfer; Mag. Michael Reiter; Mag^a. Ines Rössl; Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter; Dr. Oliver Scheiber; Mag^a. Marianne Schulze; LL.M.: ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek; RA Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer; Mag. Thomas Sperlich; Mag. Joachim Stern; RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer; Ass. Mag. Dominik Thompson; Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin; RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria Windhager

AutorInnen dieser Ausgabe:

Pia Abel, Margit Ammer, Nadia Baghdadi, Miriam Broucek, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Ronald Frühwirt, Manfred Füllsack, Cordula Höbart, Matthias C. Kettemann, Konrad Lachmayer, Emilija Mitrovi, Marcel Pilshofer, Julia Planitzer, Marie Theres Prantner, Eva van Rahden, Yvonne Riaño, Alexia Stuefer

Offenlegung

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

Die 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.-Assⁱⁿ. Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter
Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung
Juridische Fakultät der Universität Wien
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien
Tel: +43 1 42 77 35 130, Fax: +43 1 42 77 9351
judith.schacherreiter@univie.ac.at
RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer:
stuefer@anwaltsbuero.at
Mag. Matthias C. Kettemann:
matthias.kettemann@edu.uni-graz.at
Ass. Mag. Lukas Oberndorfer:
lukas.oberndorfer@univie.ac.at

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

33) Internetplattform der Jury 34) Vgl. *Kettemann*, Endlich: Bazar Wahl des Schweizer Wort des Jahres, <http://www.chwort.ch> vom 27.1.2007, IV. (1.2.2007).

Schubhaft und Asyl

Margit Ammer

Einleitung

Im Jahr 2006 waren von den 8.694 in Schubhaft angehaltenen Personen fast ein Drittel AsylwerberInnen;¹ im Jahr 2005 von 7.463 Fällen hingegen nur 8,87%.² Zurückzuführen ist dieser Anstieg auf das Inkrafttreten des Fremdenrechtspakets (FRP) am 01.01.2006,³ das im Asylbereich (abgesehen von der Umsetzung der Aufnahme-RL⁴) insb der Verfahrensbeschleunigung und -sicherung dienen soll, um eine „massive Einsparung“ vorzunehmen und den „erheblichen durch Verfahrensentziehung entstehenden Problemen Österreichs“ zu begegnen (ua im Bereich der Sicherheits- und Kriminalpolizei, Verfristungsregeln der Dublin II-VO).⁵

Parallel zur Einführung der neuen Schubhaftbestimmungen für AsylwerberInnen – nunmehr „aus systematischen Gründen“ im FPG⁶ – wurde im AsylG die *Einleitung* eines Ausweisungsverfahrens (vgl Schubhafttatbestand Z 2) geregelt, die bereits vor der erstinstanzlichen Entscheidung erfolgt. Generell war es „einer der zentralen Eckpunkte des FRP, gegen Asylwerbe-

rInnen zu einem möglichst frühen Zeitpunkt aufenthaltsbeendende Maßnahmen einzuleiten“⁷: Demgemäß waren 2006 die meisten AsylwerberInnen von den Schubhafttatbeständen betroffen, die am frühesten Zeitpunkt im Asylverfahren – noch vor Einbringung des Asylantrags in der Erstaufnahmestelle (EAS) – ansetzen (in ca Hälfte der Fälle wurde die Anhaltung wegen *Annahme* der Unzuständigkeit Österreichs verfügt, ca 30% wegen *Einleitung* eines Ausweisungsverfahrens).⁸ Im Vergleich dazu konnte nach Rechtslage AsylG 97 vor der Novelle 2003 grundsätzlich nur nach rechtskräftig negativer Entscheidung der Asylbehörden⁹ (damit verbunden die Durchsetzbarkeit der Ausweisung¹⁰) Schubhaft verhängt werden. Mit der AsylG-Novelle 2003¹¹ begann die Vorverlagerung des Zeitpunkts der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen hinsichtlich zurückweisender oder wegen offensichtlicher Unbegründetheit abweisender Entscheidungen.¹²

UNHCR kritisierte die Einführung neuer Schubhaftbestimmungen für AsylwerberInnen und das AsylG 2005

dahingehend, dass es von einem „pauschalen Misstrauen gegenüber AsylwerberInnen“ geprägt zu sein scheine und vornehmlich der Missbrauchsbekämpfung diene.¹³

Auf Europa-Ebene dürfte die Inhaftierung von AsylwerberInnen in „Dublin-Fällen“ einem allgemeinen Trend entsprechen,¹⁴ obwohl – abgesehen von menschenrechtlichen Bedenken – die Dublin II-VO selbst keine Bestimmungen zur Anhaltung enthält und insb die Verfahrens-RL dagegen spricht.¹⁵

Die körperliche Bewegungsfreiheit ist eine zwingende Voraussetzung für die volle Wahrnehmung der meisten übrigen Menschenrechte und ist insofern nur dem Recht auf Leben vergleichbar.¹⁶ Unter Punkt 1. wird Bezug auf individuelle Rechtspositionen genommen, die im Zustand des Freiheitsentzugs aufgrund faktischer oder rechtlicher Einschränkungen relevant werden.

Angesichts der Tatsache, dass der Zeitpunkt der möglichen Schubhaftverhängung mit Inkrafttreten des FRP deutlich nach vorne verlegt wurde, soll nach Beleuchtung der mit dem Verlust der persönlichen Freiheit einhergehenden Auswirkungen untersucht werden, inwiefern die neuen Bestimmungen des § 76 Abs 2 FPG verfassungskonform sind bzw inwiefern die vollziehenden Behörden dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht werden; letzterer Frage ging auch der VfGH in seiner Frühjahr-Session nach.

Der VwGH hat gem Art 140 Abs 1 B-VG den Antrag an den VfGH gestellt,

1) Bundesministerium für Inneres (BM.I), Fremdenstatistik, Jänner 2007, www.bmi.gv.at/publikationen.

2) BM.I, Asyl- und Fremdenstatistik, Jahresstatistik 2005, www.bmi.gv.at/publikationen.

3) Der Anstieg wurde von der Innenministerin erwartet; siehe 3456/AB XXII. GP, Dezember 2005.

4) RL 2003/9/EG vom 27.01.03, ABl L 31, 18 (25).

5) Regierungsvorlage (RV) Erläuterungen, 952 dB (XXII. GP), 4.

6) RV Erläuterungen, 8: die Verhängung einer Ausweisung ist idR Angelegenheit der Asylbehörden, die Durchsetzung dieser Ausweisung jedoch der Fremdenpolizeibehörden.

7) Schumacher, Fremdenrecht² (2006), 206.

8) BM.I, Fremdenstatistik, Jänner

2007, www.bmi.gv.at/publikationen; in den ersten zwei Monaten 2007 gab es 286 „AsylwerberInnen-Schubhaftfälle“; davon 123 Z4 betreffend (vgl Statistik Februar 2007).

9) Vgl § 19 Abs 4 AsylG 1997 (BGBl I Nr 76/1997).

10) Vgl § 20 Abs 2 AsylG 1997 (sowohl BGBl I Nr 76/1997 als auch idF Nr 82/2001).

11) AsylG-Novelle 2003; BGBl I 2003/101; vgl RV Erläuterungen 120 dB (XXII. GP).

12) § 34b Z2AsylG 97 idF Nov 2003; dieser Schubhafttatbestand kam 2005 bei ca 60% der AsylwerberInnen-Schubhaftfälle zur Anwendung; weitere Tatbestände: ungerechtfertigtes Verlassen der EAS (Zulassungsverfahren); Stellung eines „Folgeantrags“ (vom VfGH wegen Widerspruchs zum Rechtsstaatsprinzip aufgehoben;

01.07.05, BGBl I 129/2004); krit Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit der Schubhaftgründe der AsylG-Novelle 2003 siehe *Khakzadeh*, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur AsylG-Nov 2003, *migralex* 2004, 59ff; *Thalinger*, Das neue Asylgesetz – ein verfassungsrechtlicher Grenzgänger, *ZfV* 2004/325, 161ff.

13) UNHCR, Analyse der RV für das FRP 2005, 20.05.05; UNHCR, Stellungnahme zum Entwurf für das AsylG 2005, 2; vgl auch UNHCR-Richtlinien über anwendbare Kriterien und Standards betreffend die Haft von Asylsuchenden, März 1999 mwN.

14) ECRE/ELENA, Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe, March 2006, AD3/3/2006/EXT/MH, 162.

15) Vgl Art 17 der „Verfahrens-RL“ 2005/85/EG (Abl L 326), wonach

niemand nur aus dem Grund, dass er/sie um Asyl angesucht hat, angehalten werden soll; vgl auch Art 7 RL 2003/9/EG; vgl Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2003)5 on measures of detention of asylum seekers, 16.04.03, 837th meeting of the Ministers' Deputies.

16) *Kopetzki*, Kommentierung zum PersFrG, in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (ÖBVFR), Band III, 2002, Vorbemerkungen, 14. Auch der EGMR sieht den Zweck nicht nur im Schutz vor willkürlicher Freiheitsberaubung, sondern auch in der Wahrung anderer Grundrechte des Häftlings; vgl *Kopetzki*, Vorbemerkungen, 14, verweist auf EGMR, *Kurt*, RJD 1998-III, 1185 (Z 121ff); *Aquilina*, NJW 2001, 51 (Z 49); *Aksoy*, RJD 1996-VI, 2260 (Z 76).

Mit/Arbeits
Fremden- und Asylrecht
 0 8 1 2, 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

• Meh
 • A
 • A

Dr. Gerhard Muzak
 Dr. Christoph Pinter



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

VERLAG ÖSTERREICH

§ 76 Abs 2 Z 4 FPG als verfassungswidrig aufzuheben.¹⁷

1. Auswirkungen der Schubhaft auf individuelle Rechtspositionen

Ziel dieses Kapitels ist es lediglich, die Relevanz des Rechts auf persönliche Freiheit hervorzuheben, ohne die einzelnen Auswirkungen der Anhaltung in Schubhaft jeweils auf die Konformität mit der Verfassung bzw Menschenrechten zu überprüfen; dies würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen.

Obwohl die „neue“ Anhalteordnung (AnhO)¹⁸ für den Schubhaftvollzug theoretisch gewisse „Erleichterungen“¹⁹ vorsieht, sieht die Realität anders aus:

Privat-/Familienleben

Besuche müssen von Schubhäftlingen im Polizeianhaltezentrum (PAZ) Wien Hernalser Gürtel hinter einer Glasabschirmung empfangen werden;²⁰ laut Europäischem Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) ist dies nicht zu rechtfertigen und hebt den *grundsätzlichen Mangel des Zugangs der österreichischen Behörden zu den Schubhäftlingen* hervor: Die PAZ wurden als Einrichtungen für wegen Straf- bzw Verwaltungsdelikten inhaftierte Personen ausgestattet und haben weder die materiellen Rahmenbedingungen noch die menschlichen Ressourcen, um für AsylwerberInnen in einer Weise zu sorgen, die ihrem recht-

lichen Status entspricht.²¹ So ist im PAZ Linz der Aufenthalt im Freien (vgl § 17 AnhO mind eine Stunde pro Tag) praktisch auf 30 Minuten beschränkt, und auch dies nicht an allen Tagen; im PAZ Hernalser Gürtel Wien wurden keinerlei Aktivitäten außerhalb der Zelle, nicht einmal eine Stunde Bewegung im Freien, gestattet.²² Generell wird die Realität dem nunmehr in der AnhO geregelten Grundsatz des „offenen Vollzugs“ oft nicht gerecht.²³

Körperliche Unversehrtheit/ Medizinische Versorgung

Einige Einrichtungen (zB PAZ Linz, Wien Hernalser Gürtel) unterwerfen hungerstreikende Schubhäftlinge einem restriktiveren Regime (zB Absonde-

17) VwGH, Beschluss vom 30.01.07, Zl A 2007/0010-1 (2006/21/0090).

18) Gem § 79 Abs 4 FPG vom B.MI zu erlassen; BGBl II Nr. 128/1999 zuletzt geändert durch BGBl II Nr 439/2005.

19) Frequenz und Dauer der Besuchsmöglichkeiten soll im Interesse der Aufrechterhaltung familiärer/persönlicher Bindungen erhöht werden; dementsprechend soll die Abwicklung der Besuche gestaltet werde. Auf eine Überwachung solcher Besuche kann grundsätzlich verzichtet werden.
 20) Vgl § 21 AnhO: Besuche dürfen nur einmal wöchentlich während der von der Behörde festgelegten Besuchszeit eine halbe Stunde und nur zwei erwachsene Besucher gleichzeitig empfangen werden.
 21) CPT, Bericht des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe

an die österreichische Regierung über seinen Besuch in Österreich vom 14.-23.04.04 (deutschsprachige Fassung ist Arbeitsübersetzung), CPT/Inf (2005) 13, 21.07.05; Rz 59ff.
 22) CPT, Bericht über Besuch in Österreich 2004, Rz 8f.
 23) Zum Vollzug in „offenen Stationen“ vgl Rz 46.

rungszelle), obwohl diese eher von einem therapeutischen als von einem strafenden Standpunkt betrachtet werden sollten.²⁴ In diesem Zusammenhang ist auf die nunmehr mögliche Zwangsernährung hinzuweisen,²⁵ um die Vollziehung der Schubhaft bei schlechtem Gesundheitszustand eines Fremden, dessen Abschiebung möglich ist, zu gewährleisten.²⁶ Angesichts des Zwecks der Anhaltung (Sicherung einer Ausweisung/Abschiebung) und dem Status von AsylwerberInnen sollten gelindere Mittel wie Verbesserung der Schubhaftbedingungen (offener Vollzug, Arbeits- und Beschäftigungsmöglichkeiten, bessere psychologische und medizinische Betreuung durch Personen, die deren Sprache sprechen) zur Anwendung kommen.²⁷

Ein großes Problem stellt die nicht ausreichende Schulung des Personals dar, die zur Anwendung gefährlicher Mittel führt, um Häftlinge, die sich selbst oder andere gefährden, unter Kontrolle zu halten.²⁸

Besonders schutzwürdige Gruppen

Ein großes Problem ist der gänzliche Mangel an psychologischer und psychiatrischer Unterstützung. Eine Verlegung in ein psychiatrisches Krankenhaus würde bedeuten, dass die betroffene Person als haftuntauglich erklärt und entlassen werden müsste. CPT betont, dass gerade der geistigen Gesundheit und dem psychischen Zustand von AusländerInnen in Gewähr-

sam besondere Aufmerksamkeit gezollt werden müssen, da sich darunter AsylwerberInnen befinden, die schwierige Situationen – Folter und andere Arten von Misshandlungen – in ihren Heimatländern erfahren haben.²⁹

Auswirkung auf ein faires Asylverfahren/Rechtsschutz generell

Die Anhaltung in Schubhaft erschwert – abgesehen von der Wahrnehmung von Rechtsmitteln gegen den Schubhaftbescheid – die Durchführung fairer und rechtsstaatlicher Asylverfahren, da der effektive Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung gefährdet ist.³⁰ Aufgabe der Schubhaftbetreuung³¹ ist nämlich ausschließlich die Verbesserung der humanitären und sozialen Standards, nicht hingegen die rechtliche Beratung und Unterstützung. Durch die Beistellung von RechtsberaterInnen im Zulassungsverfahren wird der Zugang zu einem effektiven Rechtsmittel nicht gewährleistet.³² Das Erfordernis der Gewährung von rechtlicher Beratung und Vertretung ergibt sich jedoch auch aus Art 15 EU-Asylverfahrens-RL.³³

Anlässlich des Österreich-Besuchs hat CPT festgestellt, dass die meisten Klagen von Schubhäftlingen wegen des Mangels an Kenntnis über ihren Verfahrensstand und die in der Schubhaft tätigen „nicht hilfreichen“ NGOs kamen; die Ungewissheit verschärfte jedoch die Situation des Eingeschlössenseins sehr.³⁴

2. Verfassungsmäßigkeit § 76 Abs 2 FPG im Lichte des Rechts auf persönliche Freiheit³⁵

Dass die Einschubhaftnahme, der Schubhaftbescheid und die weitere Anhaltung einen Entzug der persönlichen Freiheit (sowohl nach Art 5 EMRK als auch nach PersFrG) darstellen, bedarf keiner weiteren Erörterung.³⁶ Zu prüfen sein wird aber die Zulässigkeit dieses Eingriffs. Aufgrund der Bedeutung dieses Grundrechts steht es unter einem inhaltlich sehr engen Gesetzesvorbehalt, der den Gestaltungsspielraum stärker als bei zweck- und wertorientierten Vorbehalten anderer Grundrechte einschränkt.³⁷

2.1. Gesetzliche Deckung des Eingriffs (Art 1 Abs 2 PersFrG)

Durch § 76 Abs 2 FPG ist eine Ermächtigung durch ein Gesetz im formellen Sinn gegeben, doch ist fraglich, ob damit der über den Maßstab des Art 18 B-VG hinausgehenden Determinierungspflicht Genüge getan wird.³⁸ Um die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Eingriffs garantieren zu können, müssen die Tatbestände einer iSd Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG zulässigen Sicherung der Ausweisung inkl Grundsätze für eine allfällige Ermessensausübung und Interessenabwägung³⁹ präzise ausformuliert sein. Problematisch ist die Ermessenseinräumung in § 76 Abs 2 FPG insb im Schubhafttatbestand Z 4, da hier auf eine „Annahme der zukünftigen Unzuständigkeit“ abgestellt wird, ohne dass hinreichend Anhaltspunkte für die

24) CPT, Bericht über Besuch in Österreich 2004, Rz 51.

25) § 79 Abs 1 FPG verweist auf § 53d VStG, dieser auf § 69 StVG, der in Abs 2 – wenn alle anderen Maßnahmen nichts nützen, die Person nicht freigelassen werden kann und in der Haft sterben würde – die Möglichkeit der Zwangsernährung für Strafhaftlinge zulässt.

26) RV Erläuterungen zu § 78, 104f.

27) Siehe ausführlich zur Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art 8 EMRK: Nowak, Boltzmann Institut für Menschenrechte, Rechtsgutachten zur Frage der Zwangsernährung von Schubhäftlingen in Österreich, 03.02.06; siehe auch Menschenrechtsbeirat, Gesundheitsversorgung in Schubhaft, Bericht und Empfehlungen anlässlich des Todes von Yankuba Ceesay im PAZ Linz, 2007; vgl

auch Menschenrechtsbeirat, Empfehlungen Nr 86-92 und 194-204 zum Thema „Hungerstreik“.

28) Vgl CPT, Bericht über Besuch in Österreich 2004, Rz 16; Menschenrechtsbeirat, Gesundheitsversorgung in Schubhaft, Bericht und Empfehlungen anlässlich des Todes von Yankuba Ceesay im PAZ Linz, 2007; vgl Die Zeit, Verdreckt, verprügelt, verdurstet, vergessen, 29.03.2007, Nr 14, (abrufbar unter www.zeit.de/2007/14/Oe-Polizei?page=all).

29) CPT, Bericht über Besuch in Österreich 2004, Rz 48 (52).

30) UNHCR, Stellungnahme FPG 2005, 1.

31) Gem § 1a Z 8 AnhO die vertraglich dem B.MI zur Betreuung von Fremden in Schubhaft verpflichtete tätige Hilfseinrichtung.

32) UNHCR, Position zum Entwurf für Änderungen der Anhalteordnung, 12.12.2005, 2.

33) RL2005/85/EG vom 01.12.05, ABl L 326, 13: im Falle einer ablehnenden Entscheidung einer Asylbehörde müssen die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass auf Antrag kostenlose Rechtsberatung und/oder -vertretung gewährt wird (Abs 2) bzw diese nicht willkürlich eingeschränkt wird (Abs 3). Vgl auch ECRE, Key Recommendations on the detention of asylum seekers, 1996, no 9.

34) CPT, Bericht über Besuch in Österreich 2004, Rz 57f; vgl auch Forum Asyl, Wahrnehmungsbericht 2006 (Auswirkungen des FRP auf den Asylbereich), Dezember 2006, 21; Erwägungen zur Information von Schubhäftlingen über rechtliche Umstände, Rechtsberatung durch Förderungsnehmer des Projektes Schubhaftbetreuung und ihre Dienstnehmer siehe auch Menschenrechtsbeirat, Gesundheitsversorgung in Schub-

haft, Bericht und Empfehlungen anlässlich des Todes von Yankuba Ceesay im PAZ Linz, 2007, 19.

35) Auch im Lichte des Rechtsstaatsprinzips ergeben sich Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des Tatbestands Z 4, da dieser von einem Generalmissbrauchsverdacht ausgeht (vgl Rsp zu § 34b Abs 1 Z 3 ASyIG 97).

36) Vgl VfSlg 15.465/1989 (Schutz richtet sich gegen rechtswidrige Verhaftung, Inverwahrungsnahme, Internierung und Konfinierung, wobei Androhung und Konfinierung, Dezember 2006, 21; Erwägungen zur Information von Schubhäftlingen über rechtliche Umstände, Rechtsberatung durch Förderungsnehmer des Projektes Schubhaftbetreuung und ihre Dienstnehmer siehe auch Menschenrechtsbeirat, Gesundheitsversorgung in Schub-

37) Kopetzki in *Korinek/Holoubek*, ÖBVfR, Art 1, 37.

38) *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁴, 351f.

39) Vgl VfSlg 10737/1985, 11455/1987.

Handhabung durch die vollziehenden Behörden gegeben werden.

Weiters hat der Gesetzgeber detaillierte Verfahrensregeln vorzusehen,⁴⁰ die auch eine bestimmte Qualität aufweisen müssen.⁴¹ Da Schubhaft aber idR eine Sicherungsfunktion erfüllt⁴² und mittels Mandatsbescheid verhängt wird, findet kein Ermittlungsverfahren statt.⁴³ Es ist fraglich, ob angesichts der mehrmonatigen Dauer⁴⁴ ohne jegliche Befragung zu den Haftgründen diese „verfahrensrechtlich kaum ausgeformten freiheitsentziehenden Maßnahmen“ den verfahrensrechtlichen Anforderungen des Rechts auf persönliche Freiheit genügen.⁴⁵ Erst nach einer durchgehenden sechsmonatigen Haftdauer wird die Verhältnismäßigkeit (insb Haftdauer zu Haftgrund) amtswegig geprüft. Es kann zwar schon vorher Beschwerde mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit des Bescheids, der Festnahme oder der weiteren Anhaltung an den Unabhängigen Verwaltungssenat erhoben werden,⁴⁶ doch ist hier wieder auf die Schwierigkeit des Zugangs zur Rechtsberatung/-unterstützung während der Anhaltung zu verweisen.⁴⁷

2.2. Tatbestand iS Art 2 PersFrG

Die Verhängung der Schubhaft ist der wichtigste Anwendungsfall des Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG;⁴⁸ Voraussetzung für einen rechtmäßigen Freiheitsentzug ist demnach die Notwendigkeit zur Sicherung einer *beabsichtigten* Ausweisung.⁴⁹ Es muss daher zumindest ein Verfahren

durch die dafür *zuständige* Behörde (also die Asylbehörde) „durch irgendeinen positiven Akt“ eingeleitet worden sein, an dessen Ende die Außerlanderschaffung steht. Eine „Inhaftierung auf Verdacht“ bzw „auf Vorrat“ ist nicht gedeckt.⁵⁰ Bereits an diesem Punkt ist äußerst fraglich, ob die bloße Annahme einer Unzuständigkeit⁵¹ bzw die Vorverlegung der Ausweisungsverfahrenseinleitung diesem Tatbestand gerecht wird; insb angesichts der Rsp von VfGH und EGMR, wonach die Bestimmungen im Hinblick auf die Wertigkeit des zu schützenden Rechtsgutes „streng auszulegen“ sind;⁵² vgl dazu die Bedenken des VwGH (siehe ausführlich unten 2.4.).⁵³

2.3. Verhältnismäßigkeit (Art 1 Abs 3 PersFrG)⁵⁴

Dieser Grundsatz, der sich auch an die Vollziehung richtet, fordert die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Freiheitsentzugs. Geht man – trotz oben angemerkter Bedenken hinsichtlich Z 2 und Z 4 – von der Tatbestandsmäßigkeit aus, so werden die in § 76 Abs 2 FPG vorgesehenen Tatbestände wohl geeignet sein, den Zweck der Sicherung des Ausweisungsverfahrens (§ 10 AsylG) bzw nach durchsetzbarer Ausweisung den Zweck der Abschiebung zu erreichen.

Obwohl gemäß dem Erforderlichkeitsgrundsatz die Verhängung der Schubhaft nur als ultima ratio vorgesehen werden darf, sieht § 77 Abs 1 FPG vor, dass die Fremdenpolizeibehörde von der An-

ordnung der Schubhaft gegen Fremde Abstand nehmen *kann*, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass der ursprüngliche Zweck der Anhaltung in Schubhaft auch auf andere Weise (durch Anwendung „gelinderer Mittel“)⁵⁵ erreicht werden *kann*. Dieser Gesetzeswortlaut räumt der Behörde zweifaches Ermessen ein: zunächst obliegt es ihr zu beurteilen, ob sich der Fremde, gegen den die Schubhaft verhängt wird, auf andere Weise dazu verhalten werden kann sich dem Verfahren zu stellen; selbst bei Bejahung dieser Frage darf die Behörde – zumindest dem Gesetzeswortlaut nach – trotzdem Schubhaft verhängen. Nur gegen Minderjährige *hat* die Behörde grundsätzlich gelindere Mittel anzuwenden.

Der VfGH „liest“ – wie auch in einem erst unlängst ergangenen Erkenntnis – den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in diese Bestimmung „hinein“,⁵⁶ sodass sich die Behörde in der Bescheidbegründung insb mit der Frage, ob gelindere Mittel zur Anwendung gelangen hätten können, nachvollziehbar auseinander setzen muss. Angesichts der besonderen Determinierungspflicht ist es unverständlich, warum der Gesetzgeber nicht für alle Fälle die gleiche Regelung wie für Minderjährige vorsieht (insb angesichts der Bedeutung des Rechts der persönlichen Freiheit) und der VfGH diesbezüglich die Verfassungsmäßigkeit nicht in Frage stellt.

Dies ist bei Durchsicht der Materialien zum FPG umso weniger verständlich: die Ergänzung der Schubhaft durch das

40) „(...) nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise“ in Art 1 Abs 2, Art 2 Abs 1 PersFrG; Art 4 und 5 PersFrG; *Winterwerp*: Art 5 Abs 1 EMRK enthält „Idee eines fairen und ordentlichen Verfahrens“.

41) Mindestmaß an struktureller Missbrauchsverhinderung, EGMR 24.10.1979 *Winterwerp* A/33, § 45 = EuGRZ 1979, 650.

42) RV Erläuterungen, 103f; siehe auch *Khakzadeh*, Die Schubhaft – Rechtsfragen des Vollzugs und des Rechtsschutzes, migralex 2003, 43ff.

43) Die Materialien stellen einen Vergleich mit der Erlassung eines richterlichen Haftbefehls her (auch hinsichtlich Zustellrecht), vgl RV Erläuterungen, 103.

44) Die Asylantragstellung führt nunmehr automatisch zu einer zulässigen Höchstdauer von – anstatt zwei Monaten – sechs Monaten und vier Wochen (vgl § 22

AsylG iVm § 80 Abs 4 FPG) bzw in gewissen Fällen sogar zehn Monaten; Schubhäftlinge, die nicht AsylwerberInnen sind, dürfen länger als sechs Monate nur bei Verschulden an der Verfahrensverzögerung angehalten werden (vgl § 80 Abs 2 und 4 FPG).

45) *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, ÖBVfR, Art 1, 46; verweist auf *Wiederin*, der kritisch zum Entfall von Parteirechten bei mehrmonatigem Freiheitsentzug Stellung nimmt.

46) Siehe auch *Khakzadeh*, Schubhaft, 48; bei aufrechter Anhaltung beträgt die Erledigungsfrist eine Woche; Säumnis stellt Verletzung des Recht auf persönliche Freiheit dar (VfGH B 1091/06 vom 05.03.07).

47) Vgl Forum Asyl, Wahrnehmungsbericht 2006, 19: zitiert Entscheidung VwSen-400753/4/WIE/An Linz, 02.01.06, wonach einem inhaftierten Schubhäftling,

der selbst in Englisch eine Schubhaftbeschwerde abfasste, ein Verbesserungsauftrag erteilt wurde und nach Verlauf der einwöchigen Frist die Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen wurde.

48) *Berka*, Lehrbuch Grundrechte, 2000, 90.

49) Art 5 Abs 1 lit f EMRK fordert ein „schwebendes Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren“ bzw die „Verhinderung einer rechtswidrigen Einreise“; aufgrund Günstigkeitsprinzip (Art 53 EMRK) für Österreich jedoch nicht relevant.

50) *Wiederin*, Voraussetzungen der Schubhaft, ZUV 1/96, 13f.

51) Bedenklich, dass die Befragung zu Reiseroute durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes vorgenommen wird; die „Ausweisung“ bzw deren Einleitung sollte aber von den Asylbehörden ausgesprochen werden.

52) *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, ÖBVfR, Vorbemerkungen,

12, verweist in FN 68 auf VfSlg 3214/1957; EGMR, *Ciulla*, Serie A Nr 148 (Z41); etc.

53) VwGH Beschluss vom 30.01.07, ZI A 2007/0010-1 (2006/21/0090).

54) Das Verhältnismäßigkeitsgebot des Art 5 EMRK ergibt sich mittelbar aus den Haftgründen und dem Willkürverbot.

55) ZB durch die Verpflichtung, sich in einer von der Behörde bezeichneten Unterkunft aufzuhalten und sich in periodischen Abständen bei der Polizeikommandostelle zu melden.

56) VfGH, 27.02.07, B223/06 und 291/06 sowie VfGH, 24.06.06, B 362/06: § 76 Abs 2 erster Satz FPG ist verfassungskonform zu interpretieren, sodass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtend durch die zuständigen Behörden zu berücksichtigen ist.



Blawg Austria
Juristisches Tagebuch

Täglich ein kritischer Kommentar zur aktuellen
Gesetzgebung, Rechtsprechung,
Verwaltungspraxis und Berufsbildung:

www.verlagoesterreich.at

Rechtsinstitut des gelinderen Mittels sei aus Aspekten der Menschenrechte ein positives Signal („weil hiermit die Freiheitsbeschränkungen Fremder auf ein Mindestmaß reduziert werden könnten“), andererseits seien ökonomische Erwägungen nicht zu vernachlässigen (Kostengünstigkeit der Unterbringung Fremder in einer „zugewiesenen Unterkunft“ im Vergleich zum Vollzug von Schubhaft).⁵⁷ Trotz dieser Vorteile gibt es nach wie vor nur eine sehr geringe Anzahl von Plätzen⁵⁸ und eine geringe Anzahl von Fällen, in denen statt Schubhaft gelindere Mittel angewandt werden (2005: 285 Fällen betr alle Sicherungsfälle; 2006: 927 Fälle); insb bei dem unten noch näher zu behandelnden Schubhafttatbestand Z4 wäre angesichts der mE präventiven Verfahrenssicherung – sofern man überhaupt die Rechtmäßigkeit dieses Tatbestands annehmen möchte – eine generelle Anwendung gelinderer Mittel geboten und eine dahingehende explizite Regelung. Das gleiche gilt für besonders schutzwürdige Gruppen wie Traumatisierte oder ältere Personen.

2.3.1. Angemessenheit

Ist die Inschubhaftnahme im Hinblick auf Erreichung des Sicherungszwecks geeig-

net und stellt sie auch die ultima ratio dar, so sind als letzter Schritt die Interessen der individuellen Freiheitsausübung gegen das öffentliche Interesse der Minimierung des Verweilungsrisikos abzuwägen; dabei ist die Dauer der Anhaltung ein wesentlicher Aspekt.⁵⁹

2.4. Nähere Prüfung der einzelnen Tatbestände des § 76 Abs 2 FPG (insb Angemessenheit)

Im Folgenden wird die Verfassungsmäßigkeit der Tatbestände je nach Häufigkeit der Anwendung im Jahr 2006 beurteilt.

Anzunehmende Unzuständigkeit („Dublin-Fälle“)

Schubhaft kann bereits verhängt werden, wenn auf Grund des Ergebnisses der Befragung,⁶⁰ der Durchsuchung und der erkennungsdienstlichen Behandlung anzunehmen ist, dass der Antrag des Fremden auf internationalen Schutz mangels Zuständigkeit Österreichs zur Prüfung zurückgewiesen werden wird. Der Gesetzgeber ermöglicht dadurch den Fremdenpolizeibehörden, auf Basis einer ersten Einschätzung (Prognose) die Konsequenz eines späteren Asylverfahrensergebnisses (Zurückweisung wegen Unzuständigkeit Österreichs) durch die

Anordnung der Schubhaft zu sichern, wobei zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal ein Ausweisungsverfahren durch die zuständige Asylbehörde eingeleitet ist (es liegt gerade kein „positiver Akt“ der zuständigen Behörde vor).⁶¹ Dieser Auffassung war auch der Verfassungsdienst des BKA in seiner Stellungnahme zum Entwurf des FRP.⁶²

Weiters widerspricht diese Bestimmung dem der Angemessenheit immanenten Grundsatz, dass der Verdacht umso dringender sein muss, je weniger weit das Prozedere der Außerlanderschaffung fortgeschritten ist. Solange noch nicht feststeht, ob das Verfahren überhaupt einen negativen Verlauf nimmt, bedarf die Annahme des Verfahrensentzugs durch „Untertauchen“, massiverer Anhaltspunkte.⁶³

Abgesehen davon, dass die Dublin II-Verordnung einer massiven Kritik von UNHCR und NGOs ausgesetzt ist⁶⁴, ist zu beachten, dass ein beträchtlicher Teil der von Österreich gestellten Ersuchen abgelehnt wurde.⁶⁵ Hinzu kommt, dass es keine seriösen Angaben zu der tatsächlichen durchschnittlichen Dauer von dem Ersuchen bis zu einer Antwort bzw von Zustimmung bis tatsächlicher Überstellung gibt.⁶⁶

57) RV Erläuterungen, 104.
58) Bgl: bis zu 20 Plätze; NÖ: 14-19 konkrete und ständige Plätze; OÖ: 16, darüber hinaus Einzellösungen; Stmk: bis zu 10; Vlb: 10-30 Plätze; Wien: 40; 4 unbegleitete Minderjährige für bis zu zwei Wochen; Anmerkung: in vielen der Fällen sind Einzelbedarfslösungen möglich; es wurden aber keine konkreten Zahlen genannt; siehe 4012/AB XXII. GP – Anfragebeantwortung, Antwort zu Frage 55.

59) Vgl Kritik des Menschenrechtsbeirats, der die Aufnahme von Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Dauer in das Gesetz fordert; Stellungnah-

me des Menschenrechtsbeirats zum Begutachtungsentwurf des B.MI zum Asyl- und Fremdenpolizeigesetz 2005, 45/SN-259/ME XXII. GP.

60) Diese Befragung zur Ermittlung der Identität und Reiseroute wird gem § 19 Abs 1 AsylG durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes – teilweise unmittelbar nach Grenzübertritt – durchgeführt.

61) VwGH Beschluss vom 30.01.07, ZI A 2007/0010-1 (2006/21/0090): der Fall, dass die zuständige Asylbehörde ihre Absicht kundgetan hat, den Asylantrag zurückzuweisen und mit einer Ausweisung vorzugehen, sei

bereits von § 76 Abs 2 Z 2 FPG erfasst.

62) ZI BKA-600.938/0006-V/A/5/2005, 07.03.05, 62 f.

63) *Wiederin*, 15, verweist auf UVS Stmk 16.03.93, 25-3-10/93; vgl auch UVS OÖ 14.12.93, VwSen-400235/2/Wie/Shn: unzulässig, Fremde nur aus präventivem Bestreben heraus zu inhaftieren, allfällige Schwierigkeiten im Zusammenhang mit fremdenpolizeilichen Maßnahmen von vornherein gar nicht entstehen zu lassen.

64) UNHCR, The Dublin II Regulation – A UNHCR Discussion Paper, April 2006; insb wird kritisiert: keine vollständige und faire Prü-

fung der Asylanträge von rücküberstellten Personen durch einige Mitgliedstaaten; kein effektiver Rechtsschutz mit aufschiebender Wirkung gegen Überstellungsentscheidungen (dies kann aufgrund der Unterschiede in der Auslegung der Flüchtlingsdefinition und bei Anwendung der Drittstaaten-Regelung gravierende Auswirkungen haben); zu restriktive Interpretation des Familienbegriffs.

65) Erstes Halbjahr 2005: von 2.555 von Österreich gestellte Ersuchen wurden 583 abgelehnt (ca. 23 %), siehe UNHCR, Discussion Paper.

66) 4012/AB (XXII. GP) zu Fragen 33, 34.

Fraglich ist daher, ob das öffentliche Interesse an der Umsetzung der Dublin II-Verordnung vor Abschluss des Konsultationsverfahrens (zu diesem Zeitpunkt liegen lediglich Indizien für die Einleitung vor) wirklich schwerer wiegt als die Interessen des/r AsylwerberIn (insb angesichts der Folgen für sein/ihr Asylverfahren und die Konsequenzen für besonders schutzwürdige Gruppen).

Während des Konsultationsverfahrens sollte daher die Inhaftierung auf unbedingt erforderliche und im Gesetz klar definierte Ausnahmefälle beschränkt werden. Weiters sollte angesichts der oben (Punkt 1.) beschriebenen Situation in den PAZ ein explizites Gebot der Anwendung gelinderer Mittel für besonders schutzwürdige Gruppen (Traumatisierte, Opfer von Gewalt, Schwangere, ältere Personen) vorgesehen werden.

Nach Ansicht des VfGH ist dieser Tatbestand verfassungswidrig (siehe oben); der VfGH hat die Verfassungsmäßigkeit des § 76 Abs 2 Z 4 FPG bislang nur dahingehend bejaht als der Gesetzgeber „sichtlich davon ausgegangen“ sei, dass der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* unmittelbar und im Einzelfall von den zuständigen Behörden zu Freiheitsentziehungen zu beachten ist.⁶⁷ In einem anderen Verfahren hat er anklingen lassen, dass die Verfassungswidrigkeit des § 76 Abs 2 Z 4 FPG unwahrscheinlich ist.⁶⁸

Einleitung eines Ausweisungsverfahrens (Z2)

2006 wurde in 799 Fällen Schubhaft verhängt, da ein Ausweisungsverfahren gem § 27 AsylG 2005 – teilweise bereits vor erstinstanzlicher Entscheidung – eingeleitet wurde. Dazu reicht die Mitteilung im Zulassungsverfahren, dass der Asylantrag *voraussichtlich* ab/zurückzuweisen sein wird.⁶⁹ Zu der in den Gesetzesmaterialien

enthaltenen Begründung, dass nach dem Ermittlungsstand die Ausweisung des Asylwerbers wahrscheinlich sei,⁷⁰ ist anzumerken, dass die Prognose angesichts der Kürze und Schnelligkeit des Zulassungsverfahrens in vielen Fällen fehlerhaft sein kann. Weiters beruht die „Erfahrung, dass sich der/die Asylwerber zwischen der Mitteilung, dass ein Dublin-Verfahren eingeleitet wird und der Einvernahme zur Wahrung des Parteiengehörs dem Verfahren entzieht“ auf Erfahrungswerten, die nicht mit Datenmaterial belegt wurden.⁷¹ Die vollziehenden Behörden müssen die Notwendigkeit jedenfalls durch bestimmte Tatsachen begründen.⁷²

Der zweite Fall der „ex lege“-Einleitung – das Verfahren vor dem UBAS wurde eingestellt und es liegt bereits eine erstinstanzliche Ausweisung vor – wird mit der „zu erwartenden“ Ausweisung begründet.⁷³ Der UBAS-Tätigkeitsbericht 2006⁷⁴ zeigt jedoch, dass ein beträchtlicher Teil der UBAS-Entscheidungen im Berichtszeitraum 2004/05 den Berufungsanträgen stattgeben.⁷⁵

Abgesehen von diesen „ex lege“-Einleitungen hat die Behörde das Ausweisungsverfahren – dokumentiert lediglich mit Aktenvermerk – einzuleiten, wenn die bisherigen Ermittlungen die Annahme rechtfertigen, dass der Antrag auf internationalen Schutz ab- oder zurückzuweisen sein wird und ein besonderes öffentliches Interesse an der beschleunigten Durchführung eines Verfahrens besteht. Je schwerer die Tat wiegt, desto früher soll die Einleitung des Ausweisungsverfahrens aus öffentlichem Interesse möglich sein.⁷⁶ Grundsätzlich darf die Schubhaftverhängung nie allein auf sicherheitspolitische Zwecke gestützt werden.⁷⁷ Weiters verfügt der/die AsylwerberIn über keine effektive Beschwerdemöglichkeit gegen die Schubhaftverhängung, da gegen

den Aktenvermerk kein abgesondertes Rechtsmittel zulässig ist.⁷⁸

Der Gesetzgeber versucht aber zumindest dahingehend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht zu werden, als er nach Einleitung des Ausweisungsverfahrens die prioritäre Behandlung des Asylverfahrens anordnet (Entscheidungsfrist max drei Monate pro Instanz).

Durchsetzbare Ausweisung (Z1)

Laut BMI-Statistik betraf dies nur 312 von den 2.700 Fällen (11,56 %). Jede negative asylrechtliche erstinstanzliche Entscheidung wird mit einer Ausweisung verbunden; „durchsetzbar“ kann diese aber bereits vor Rechtskraft der asylrechtlichen Entscheidung sein: Berufungen gegen *zurückweisende* Entscheidungen und den damit verbundenen Ausweisungen kommt grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu (vgl § 36 Abs 1 AsylG). Berufungen gegen abweisende Entscheidungen kommt zwar in der Regel aufschiebende Wirkung zu, diese kann jedoch aberkannt werden. In all diesen Fällen der nicht aufschiebenden Wirkung ist die Ausweisung auch durchsetzbar (§ 36 Abs 4 AsylG).⁷⁹ Die Erläuterungen zur RV begründen den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich „Dublin-Fällen“ mit der „europarechtlichen Gebotenheit“ im Hinblick auf Art 19 Abs 2 Dublin-Verordnung.⁸⁰ Wie schon oben angeführt, gibt der UBAS einer großen Anzahl von Fällen den Berufungsanträgen – auch in den „Dublin-Fällen“ – statt.

Obwohl der VfGH in einer Entscheidung zur „Vorgängerbestimmung“ in § 34b Abs 1 Z 2 AsylG 1997 (idF Nov 2003) ausgeführt hat, dass die Behörden den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall anzuwenden haben und das Vorliegen einer Ausweisung für sich alleine noch nicht die Verhängung bzw Aufrecht-

67) VfGH B 223/06 und 291/06 vom 27.02.07; nehmen Bezug auf B 362/06 vom 24.06.06 (dieser Fall betraf jedoch einen Asylwerber, über den erst nach Abschluss des Asylverfahrens und nach Vorliegen einer rechtskräftigen Ausweisungsentscheidung Schubhaft verhängt worden war).

68) VfGH 05.03.07, B 1724, 1725/06; vgl unter www.deranwalt.at (Zerronnenes 2007 KW 14).

69) Vollstreckt werden kann Ausweisung erst, wenn über Asylantrag durchsetzbare Entscheidung getroffen wurde.

70) RV Erläuterungen, 49.

71) RV Erläuterungen, 5.

72) Umstand, dass ein russischer StA bereits in Polen um Asyl angesucht hat, rechtfertigt für sich nicht den Schluss, dass er „unrechtmäßig in einen anderen Schengenstaat weiterziehen“ und sich so dem Verfahren entziehen werde, vgl VfGH 28.09.04, B 292/04 (Slg 17288); vgl weiters *Khakzadeh*, 44 mwN.

73) RV Erläuterungen, 5.

74) UBAS-Tätigkeitsbericht für die Jahre 2004 und 2005, 11. 08.06, Zl. 100.001/0-UBAS/2006.

75) Inhaltliche Verfahren: von 6.417 Berufungsanträgen wurden

in 3.841 Fällen der Berufung stattgegeben (S 12); Verfahren betreffend unzulässige Asylanträge wegen vertraglicher Unzuständigkeit: von 1.402 Entscheidungen haben 709 zu einer Aufhebung des erstinstanzlichen Bescheides geführt (S 18).

76) RV Erläuterungen, 49f.

77) *Wiederin*, 15.

78) Der UVS prüft bei Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Haft nur formelle Voraussetzungen und

nicht asylrechtliche Einschätzung der Asylbehörde.

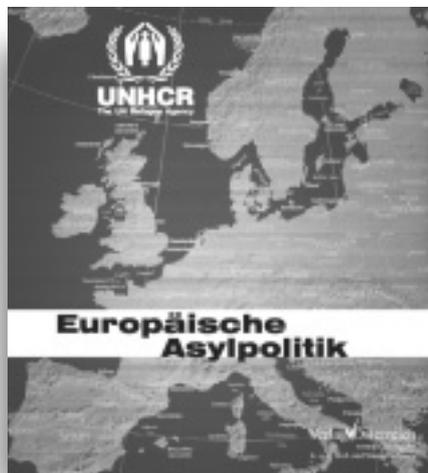
79) Mit der Durchführung der Abschiebung ist bis zum Ende der Rechtsmittelfrist bzw bis zum Ablauf des siebenten Tages ab Berufungsvorlage zuzuwarten (§ 36 Abs 4 AsylG).

80) Weiters wird argumentiert, der Ausschluss der aW bei Zuständigkeitsentscheidungen ändere die Position des Berufungswerbers im Rechtsmittelverfahren nicht; vgl VfGH 15.10.04, G 237, 238/03.

UNHCR (Hg.)

Europäische Asylpolitik

Grundwerk mit 5. Lieferung, ca. 1.800 Seiten, Loseblattsammlung, 978-3-7046-3962-1, € 198,-



- Grundlagen, Asyl, Migration und Innere Sicherheit
- Systematisierung der für den Flüchtlingsschutz und für Migration einschlägigen EU-Dokumente, (Verordnungen, Richtlinien, Kommissionsvorschläge für neue Rechtsakte, politische Diskussionspapiere)
- UNHCR-Stellungnahmen
- Handliches Werk für den Praktiker

Anja Klug und **Dr. Christoph Pinter** sind Mitarbeiter von UNHCR in Genf und Wien.

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

VERLAG
 ÖSTERREICH

erhaltung der Schubhaft rechtfertigt,⁸¹ so wäre es angesichts der Bedeutung des Rechts auf persönliche Freiheit verfassungsrechtlich geboten, Ausnahmen für AsylwerberInnen, deren Berufung keine aufschiebende Wirkung hat, zu schaffen. Eine erstinstanzliche Entscheidung, die nach dem Ergreifen eines Rechtsmittels nicht in Rechtskraft erwächst, aufgrund innerstaatlicher Regelungen jedoch sofort durchsetzbar ist, sollte keinen Grund für eine Inhaftierung darstellen.⁸²

Verschärfend kommt hinzu, dass – um wie laut Materialien durchsetzbare negative Entscheidungen so schnell wie möglich sichern zu können – diese (selbst bei Vorliegen eines Zustellungsbevollmächtigten oder gewillkürten Vertreters) direkt an den/die AsylwerberIn durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu zustellen sind (§ 23 Abs 3 AsylG). Damit sollte ein „Zustand, wie er im Strafprozess herrscht“ hergestellt werden.⁸³ In Zusammenschau mit den bereits beschriebenen Schwierigkeiten, während der Anhaltung

rechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen oder mit Beratungsstellen außerhalb der PAZ in Kontakt zu treten, ist dies im Hinblick auf die Auswirkungen im Asylverfahren bedenklich.⁸⁴

Durchsetzbare Ausweisung/
 Aufenthaltsverbot vor Asylantrag (Z3)

Die geringste Zahl der Fälle (259) betrifft diesen Schubhaftatbestand: vor Asylantragstellung wurde bereits eine durchsetzbare Ausweisung bzw. ein Aufenthaltsverbot erlassen. Hier wird die Inhaftierung im Wesentlichen mit der Asylantragsstellung begründet; um dem Verhältnismäßigkeitsgebot genüge zu tun, sollte die Verhängung jedoch insb plötzliche Änderungen im Herkunftsstaat oder andere Gründe, die schon vor Antragstellung gegen eine Schubhaftverhängung gesprochen haben, berücksichtigen. UNHCR fordert dahingehend eine Formulierung, die zur Vorbeugung möglicher Missbrauchsabsichten geeignet ist, ohne potentiell Schutzbedürftige

von der Antragstellung abzuschrecken oder zu sanktionieren.⁸⁵

Conclusio

Angesichts der Auswirkungen der Anhaltung auf die einzelne Person einerseits sowie der Defizite im Dublin-Verfahren andererseits sollte die Inhaftierung auf klar definierte Ausnahmefälle beschränkt bleiben und die Schubhaft die „ultima ratio“ bleiben; insb hinsichtlich besonders schutzwürdiger Gruppen.

Dies alles muss auch vor dem Hintergrund der mangelnden Geeignetheit der PAZ in Österreich zur Unterbringung von Schubhäftlingen und der mit der Anhaltung verbundenen nachteiligen Auswirkungen auf das Asylverfahren gesehen werden.

Mag.^a Margit Ammer ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte in Wien; margitammer@gmx.net.

81) VfGH 26.09.06, B3544/05 ua; vgl auch VfGH 24.06.06, B362/06.

82) UNHCR, Stellungnahme FPG 2005, 8.

83) RV Erläuterungen, 103f.
 84) Vgl auch Forum Asyl, Wahrnehmungsbericht, 22.

85) UNHCR, Stellungnahme FPG, 9.

Wissen und Eigentum unter „polykontexturalen“ Bedingungen

Zur „Passform“ von *Intellectual Property Rights*

Manfred Füllsack

Im Winter des Jahres 2001 wurde in russischen Medien eine Meldung kolportiert, wonach Bill Gates, nachdem er in einem Moskauer Kongresszentrum eine russisch-sprachige Version seines neuesten Betriebssystems präsentiert hatte, auf dem Weg zum Hotel noch zu einem der Straßenhändler getreten sei, die dort auf kleinen Tischchen ihre Waren anbieten, und mit Staunen feststellen musste, dass sein soeben präsentiertes Programm bereits für wenige Rubel als Raubkopie erhältlich war. Zwar wurden seitdem – insbesondere seit Russlands eigene Softwareindustrie zu einem Wirtschaftsfaktor geworden ist – die *Intellectual Property Rights* auch in Russland an die Vorgaben des TRIPS-Abkommen angepasst. Ihre Exekution wird nun schärfer überwacht.¹ Nach wie vor ist es aber für russische Konsumenten kein allzu großes Problem, sich regelmäßig, billig und illegal mit den neuesten Software- oder auch Film- und Musik-Produktionen zu versorgen, ohne die Maßnahmen zum Schutz geistigen Eigentums dabei als nennenswerte Hürde zu empfinden.

Mit vielleicht leichten Variationen dürfte Ähnliches heute für die meisten Mitglieder der Weltgesellschaft gelten. Jede Maßnahme, die irgendwo in den unüberschaubaren Weiten des virtuell vernetzten Weltmarktes zum Schutz geistigen Eigentums unternommen wird,

scheint nahezu zeitgleich anderswo, aber mit globaler Wirkung, eine „Gegenmaßnahme“ hervorzurufen, die den Schutz unterhöhlt. Unternehmen, die Maßnahmen zum Schutz ihres Wissens erwägen, tun gut daran, in entsprechende Kalkulationen die Kosten nicht nur des Aufwandes der Maßnahmen selbst einzuberechnen, sondern auch die, welche durch die nahezu sicher auf den Plan tretenden „Gegenmaßnahmen“ entstehen. Geistiges Eigentum, so meine These, lässt sich heute nur mehr unter weitgehender Miteinbeziehung dessen schützen, was durch die Eigentumsform *ausgeschlossen* wird.

Dieser Umstand lässt sich theoretisch als Folge einer global wirksamen Gesellschaftsstruktur betrachten, die im Hinblick auf die Vielzahl der Perspektiven (Kontexte), die in ihr zu tragen kommen, als „polykontextural“ beschrieben wurde², als gesellschaftliche Ordnung also, in der, anders als unter „monokontexturalen“ Bedingungen, nicht mehr *eine* spezifische soziale Perspektive – etwa die einer „Oberschicht“, oder wie dann später die des „Proletariats“ etc. – alleinige „Deutungshoheit“ besitzt und von daher bestimmen kann, was in dieser Gesellschaft Sache ist, sondern in der sich privilegierte Problemsichten *nicht mehr* dauerhaft behaupten lassen. Die Problemlösungsaktivität dieser Gesell-

schaft, sprich ihre *Arbeit* unterliegt damit spezifischen Konditionen, unter denen sich die Arbeitsmittel und Instrumente, die aus früheren sozialen Gegebenheiten übernommen werden, nur mehr bedingt als brauchbar erweisen. Ein solches „Arbeitsmittel“, das im folgenden erörtert werden soll, ist die *Eigentumsform*.

I.

Unter „monokontexturalen“ Bedingungen stellt – *idealtypisch* betrachtet – die Behauptung, eine bestimmte Problemsicht sei *relevanter* als andere, kein Problem dar, weil diese Behauptung von niemandem nachhaltig als „bloße Behauptung“ problematisiert werden kann, und zwar schon deswegen nicht, weil die soziale Ordnung keine Einrichtungen, allen voran die eines differenzierten Wissenschaftsbetriebs bereithält, in denen wirkungsmächtig auf *Distanz* zur dominierenden Problemsicht gegangen werden könnte. Die dominierende Problemsicht hat unter solchen Bedingungen „ontologische Relevanz“. Sie *ist* die *einzig mögliche* Problemsicht und sie bestimmt damit auch was jeweils als relevantes Problem gilt und was nicht.³

In ökonomischer Hinsicht bestimmt sie damit, was unter diesen Bedingungen jeweils als *knappe Ressource* gilt und worauf die Gesellschaft ihre Problemlösungsaktivitäten richtet, um zu versuchen, ihre Knappheiten zu beseitigen. *Auf längere Sicht* findet dieses Beheben von Knappheiten dabei in Form von *Arbeit*, oder allgemeiner in Form *wirtschaftlicher Aktivitäten* statt, die allerdings, um überhaupt stattfinden zu können, darauf angewiesen sind, schon *aktuell* bis zu einem gewissen Grad mit Knappheiten zu Rande zu kommen. Ohne zum Beispiel über die nötige *Arbeitskraft* – hier einfach vielleicht als physische Stärke des Arbeitenden vorgestellt – zu verfügen, könnte keine Arbeit verrichtet werden.

Soziologisch betrachtet besteht eine Möglichkeit, bereits *aktuell* mit Knappheiten umzugehen, in der rechtlichen Zuordnung eines ausschließlichen und absoluten Verfügungsrechts über *knappe Ressourcen* zu einer Person oder einer sozialen Institution als *Eigentum*. Eigentum fungiert in diesem Sinn als *normative Re-*

1) Vgl u.a.: Cooper 2006.

2) Vgl u.a.: Luhmann 1990: 666f.

3) Vgl u.a. Füllsack 2006: 101.

gelung von Arbeitsvoraussetzungen unter Bedingungen der Knappheit. Die Gesellschaft schafft sich, anders gesagt, indem sie knappe Ressourcen bestimmten Personen oder Gesellschaftsteilen als *Eigentum* zuordnet und anderen nicht, und dies dann zum Beispiel als „gottgewollt“, als „naturrechtlich begründet“ oder später dann als „parlamentarisch ausgehandelt“ betrachtet, eine Möglichkeit, schon *aktuell* mit Knappheiten so weit zu Rande zu kommen, dass sie sich daran machen kann, sie *in the long run* durch Arbeit zu beheben. Die Gesellschaft schafft sich, anders gesagt, weil nur so überhaupt *arbeitsteilig* das Problem der Knappheitsreduktion zu lösen ist, mit der *Eigentumsform* eine Möglichkeit zu *arbeiten*.

Das erst unter *Polykontextualität* wahrnehmbare Problem dieser Möglichkeit besteht freilich darin, dass die Gesellschaft es nicht vermeiden kann, im Zuge ihrer Arbeit ihre Problemsicht und damit auch ihre Knappheitswahrnehmung zu *verändern* und damit die Eigentumszuordnung zu problematisieren. Im Zuge der Versuche, *diese* Problematik dann zu beheben, *differenziert* sie unweigerlich ihre Problemlösungsaktivitäten in einer Weise, die schließlich die Funktionalität der Eigentumsform selbst in sehr grundsätzlicher Weise unterminiert.

II.

Die *entscheidende Knappheitswahrnehmung* früher, als einfach vorgestellter Gesellschaften bezieht sich, so wird jedenfalls gerne angenommen, auf simple Überlebensnotwendigkeiten, auf Lebensmittel etwa, oder den Schutz des eigenen Daseins vor Hunger, Kälte, Gefahren etc. Die normative Regelung dieser Knappheit sieht folgerichtig ein zunächst von Gott gegebenes und allmählich als *natürlich* betrachtetes *Recht* auf Erhaltung des Lebens und auf die dazu nötigen *Mittel* vor. Als *unbestreitbar* „eigen“ gilt des-

halb in der Antike und bis weit ins Mittelalter zunächst vor allem das „*suum*“⁴, das eigene Leben, sowie die Freiheit und das Ansehen der eigenen Person. Eigentum wird in den entsprechenden *Rechtstheorien* in einem (von Gott gegebenen) „*Naturrecht*“ als Derivat des Selbsterhaltungstriebes bzw. Selbsterhaltungsrechts begründet.⁵

Im Zentrum steht das Selbst, das aber freilich nur mit Hilfe bestimmter *Mittel* erhalten werden kann und diese Mittel bestehen in Landwirtschaft treibenden Gesellschaften im Kern in der Verfügbarkeit über *Grund und Boden*, welche freilich – wie dies später dann am Beispiel außereuropäischer Gesellschaften betont wird⁶ – eben weil sie vorerst kaum *knapp* sind, zunächst keiner ähnlich strengen Eigentumsregelung bedürfen.⁷ Verfügbarkeit über Grund und Boden ist zunächst tatsächlich nur „*Mittel*“ zur Erarbeitung dessen, was als *knapp* gilt, nämlich der Existenz.⁸ Die entsprechende Eigentumszuordnung reglementiert in Europa insbesondere das Christentum, später das römische Recht. Die so geschaffene Ordnung sorgt mehr oder weniger effektiv, jedenfalls aber *anschlussfähig* dafür, dass, was als *knapp* wahrgenommen wird – die Existenz –, relativ „sozialverträglich“ verteilt wird und damit an der Behebung dieser Knappheit auch *in the long run gearbeitet* werden kann.

Im Zuge der „Erarbeitung“ der Resource Leben, „vermischt“ sich nun freilich, wie dies dann John Locke formulieren wird, folgenreich der Wert der Arbeit und der des bearbeiteten Gegenstandes, des Grund und Bodens. Was zunächst nur „*Mittel*“ ist, wird so allmählich – und zwar *im Zuge der Arbeit selbst* und aufgrund ihrer *relativ erfolgreichen* Verrichtung – zum „*Zweck*“. Die Daseinssicherung kann nun auf Basis eines etablierten Rechts auf Selbsterhalt so re-

lativ effektiv gewährleistet werden, dass *immer mehr* Leben gesichert wird und die Bevölkerungszahlen rapide zu wachsen beginnen. Im Zuge der demografischen Entwicklung, die unter anderem dann Thomas R. Malthus zur Formulierung seines „*Naturgesetzes*“⁹ treiben, beginnt sich die Knappheitswahrnehmung zu *verschieben*. Nicht mehr die Knappheit von Leben selbst muss nun als konfliktträchtig geregelt werden, sondern die Knappheit des „*Mittels*“ – die Knappheit der Verfügbarkeit über Grund und Boden, über „*estates*“.

Diese Verschiebung hat weitreichende Folgen für die Eigentumsform, wie sie in der *Jura naturalia* nun zur Verfügung steht. Entstanden im Hinblick auf Lebenschancen hat sich das Recht darauf noch relativ *restfrei* auf das Individuum zurechnen lassen. Die Verfügbarkeit über Grund und Boden assoziiert sich dagegen keineswegs schon gleichsam *intuitiv* mit einzelnen Menschen, und dies umso weniger als in den zivilisatorischen Ballungsräumen immer mehr Menschen Anspruch darauf anmelden. Schon kurz nachdem die Verfügbarkeit über Grund und Boden den beiden anderen Komponenten des „*Naturrechts*“ – den „*lives*“ und „*liberties*“ – hinzugefügt¹⁰ und damit der eigentliche Begriff des *Privateigentums*, des *property*, definiert wird, entflammen deshalb Debatten darüber, ob und wie dies tatsächlich legitimiert werden kann.¹¹ Und diese Debatten werden, wie in der Rechts- und Arbeitsgeschichte dokumentiert¹², alsbald schon dadurch befördert, dass die Entwicklung der Arbeit immer *abstraktere* Kategorien wie „*Arbeitskraft*“, „*Geld*“, „*Kapital*“ oder schließlich allgemein „*Produktionsmittel*“ zu Ressourcen, zu „*Zwecken*“, werden lässt, die als *knapp* wahrgenommen und damit zum Gegenstand von Eigentumszuordnungen werden – von Zuordnungen freilich, die die jeweils

4) Vgl dazu etwa: Cicero, De officiis 1, 5: 15, „... in hominum societate tuenda tribuendoque suum cuique et rerum contractarum fide ...“.

5) So etwa dann in den Naturrechtslehren von Thomas Hobbes oder John Locke.

6) Früh etwa bei Thomas Paine im Hinblick auf indigene Nordamerikaner, aktueller etwa bei Dowling 1968.

7) Im Hinblick auf spätere Diskussionen ließe sich hierauf vielleicht

die Unterscheidung von Privat- und Gemeineigentum übertragen. Land konnte, solange es nicht im großen Stil als *knapp* wahrgenommen wurde, als Gemeingut, als „*Common*“ betrachtet werden, dessen „Tragödie“ (Hardin 1968) darin bestand, dass es gerade deswegen *knapp* zu werden begann, weil es effektiv als „*Mittel*“ zur Daseinssicherung diente.

8) Erst im Neolithicum wird, wie die Archäologie feststellt, allmählich zwischen „*Eigentum*“ und

„*Besitz*“ an Land, d.h. zwischen „*eigen*“ und „*bearbeiten dürfen*“ unterschieden und damit eine Differenzierung begründet, die allmählich auch *Anderes* als das Selbst und unmittelbar persönliche Dinge als *knapp* wahrnehmen lässt.

9) „Population, when unchecked, increases in a geometrical ratio. Subsistence increases only in an arithmetical ratio.“ meint Malthus in seinem *Principle of Population* 1798.

10) Eine frühe Formulierung bei Wilhelm von Ockham.

11) Vgl dazu nur etwa die umwegigen Rechtfertigungen in John Locke's Eigentum-durch-Arbeit-Theorie, wie sie vielfach als Grundlage des liberalen Besitzindividualismus gesehen wird und sich auch heute noch als „originärer Eigentumserwerb“ im Privatrecht widerspiegelt.

12) Vgl u.a.: Brocker 1992.

relevanten Ressourcen immer schlechter in der, unter ganz anderen sozio-historischen Bedingungen entstandenen Kategorie des Eigentums verorten.

Übersehen sei an dieser Stelle freilich nicht, dass diese Zuordnung *betriebsnotwendig* ist. Ohne sie hätte die Gesellschaft Probleme, mit ihren Knappheiten *aktuell* so weit zurande zu kommen, dass ihre Behebung auch *in the long run* betrieben werden kann. Ohne sie würde der Gesellschaft eine Voraussetzung zum *arbeiten* fehlen. Sobald allerdings diese Voraussetzung eines „vorläufigen“ Umgangs mit Knappheit durch Eigentum erfüllt ist, kann sich die Arbeit in ihrem Stattfinden weiter entwickeln und im Zuge dessen die Knappheiten der Landwirtschaft durch Knappheiten des Handwerks und des Handels, diese durch solche der Industrie und diese wieder durch solche der Organisation, der Dienstleistung und schließlich sogar der Freizeitgesellschaft ergänzen. Im Lauf der letzten zwei Jahrhunderte ist es so in immer kürzeren Zeitabständen notwendig geworden, die Regulierung der Knappheiten, also unter anderem eben die rechtliche Definition der Eigentumsform *nachzubessern*. Und dabei ist es niemals nur darum gegangen, sie gleichsam für andere, *nun* als knapp geltende Ressourcen *umzudefinieren*. Denn keine der relevanten Knappheitswahrnehmungen unserer Gesellschaft ist im Zuge ihrer Geschichte verschwunden. Wir arbeiten nach wie vor für Nahrungs- und Lebensmittel, haben diese Aktivitäten aber mittlerweile folgenreich durch die Herstellung von Massenprodukten, von Kultur- und Bildungsgütern, von Luxus- und Freizeit-Gadgets bis hin zu Entertainment- und Wissensprodukten ergänzt. Die Knappheitswahrnehmungen unserer Gesellschaft haben sich im Zuge dessen in kurzer Zeit *multipliziert*. Angesichts der Diskrepanz etwa zwischen europäischen und außereuropäischen Knappheitswahrnehmungen, zwischen der nach wie vor weitgehend wohl Existenz-bezogenen Knappheit in Afrika etwa und der unübersehbar bereits großteils auf Freizeit- und Unterhaltungsaktivitäten bezogenen Knappheit in Europa, ist damit deutlich geworden, dass Knappheitswahrnehmungen in der Moderne

grundsätzlich als *kontingent*, als *auch anders möglich* betrachtet werden müssen, und dass die moderne Gesellschaft eben nicht mehr nur *einen*, sondern vielmehr *eine Vielzahl* von Blickwinkeln bereithält, aus denen sie wahrnimmt, was sie für *knapp* hält.

Mit beigetragen zu dieser Polykontextualität hat dabei die Notwendigkeit, die in der Differenzierung der Arbeit neu entstehenden Knappheiten zu bemessen und zu systematisieren – prominent etwa im Versuch, sie primären, sekundären und tertiären Wirtschaftssektoren zu ordnen –, um sie so ihrer rechtlichen Regelung in der *Eigentumsform* zugänglich zu machen. Dabei sind unter anderem Statistik und Wirtschaftsforschung oder allgemeiner noch Sozial- und Rechtswissenschaft entstanden, um Arbeits- und Wirtschaftsoutput, Wohlstand und Armut, Einkommensentwicklungen, soziale Ungleichheiten und vieles mehr zu erheben, und im Zuge dessen Problemlösungsaktivitäten zu initiieren, die die *dabei* festgestellten Defizite beheben sollen.¹³

Nicht zuletzt im Zuge dessen hat *eine* spezifische Form von Arbeit Relevanz gewonnen, deren „Produkt“ heute als *die* maßgebliche *knappe Ressource* gilt – die *Wissensarbeit* und ihr „Produkt“ *Wissen*.

III.

Auch die Form, mit der die Knappheit von Wissen aktuell gesetzlich geregelt wird – die der *Intellectual Property Rights* –, orientiert sich an der klassischen Eigentumsform. Schon angesichts der bisherigen Überlegungen lässt sich also vermuten, dass sich diese Form nur bedingt eignet, um die als *knapp* wahrgenommene Ressource Wissen effizient zu verorten.

Abgesehen von den sonst oft vorgebrachten Aspekten der beschränkten Eigentumsfähigkeit von Wissen (Nicht-Rivalität im Konsum, Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung etc.), weist diese Form unter „polykontexturalen“ Bedingungen aber noch eine spezifische Problematik auf. Unter diesen Bedingungen lässt sich, wie gesagt, die *Perspektivität* der Knappheitswahrnehmungen nicht

übersehen. Zwar wird einerseits natürlich in vielen Bereichen daran gearbeitet, Zugang und Verfügbarkeit von Wissen einzuschränken und es damit *eigentumsfähig* zu machen. In diesen Bereichen gilt Wissen offensichtlich in einer Weise als *knapp*, die klassische Konfliktregelung nahe legt.¹⁴ Darüber hinaus lassen sich in der Moderne aber auch Bereiche ausmachen, in denen Wissen eher als *zuviel* und nicht als *knapp* scheint, in denen etwa über Informations- und Wissensflut, über „neue Unübersichtlichkeit“, über Unplanbarkeit von Ausbildungs- und Karriereverläufen oder über sonstige Unkalkulierbarkeiten bei Wissensinvestitionen geklagt wird. Verschiedentlich werden dann zwar Differenzierungen eingezogen, um die je aktuelle ökonomische oder bildungsrelevante Nutzbarkeit doch in den Griff zu kriegen. Das eigentliche Problem polykontexturaler Knappheitswahrnehmungen scheint aber tiefer zu liegen, nämlich in dem Umstand, dass in der Moderne Wissen eigentlich nur mehr *im Verbund* mit dem je von ihm selbst determinierten *Nicht-Wissen* als Eigentum zugerechnet werden kann.

Am anschaulichsten lässt sich dieser Umstand vielleicht an der Verselbständigung eines Problemlösungsbereiches verdeutlichen¹⁵, den die Gesellschaft, so ließe sich sagen, ursprünglich zur *handlungsentlasteten* Bearbeitung spezifischer Detailprobleme eingerichtet hat, der sich im Zuge seiner Entwicklung aber mehr und mehr „selbstgeschaffenen“ Problemen und schließlich auch der Erkundung seiner eigenen Bedingungen und Voraussetzungen zugewandt hat – dem Bereich der *Wissenschaften*.

Mit den Wissenschaften steht der Moderne ein *auf Dauer gestellter* Problematisierungsbetrieb zur Verfügung, der speziell und per Dekret darauf abstellt, *nichts unhinterfragt* zu lassen, nicht einmal seine eigenen Betriebsbedingungen, sprich jene Wissensstände, die ihm selbst zum einen Wissenserkundung ermöglichen und zum anderen dabei auch vorgeben, welche Erkundung jeweils relevant ist. Mit Verselbständigung sei der (historisch etwa mit „Elfenbeinturm“- oder „Glasperlenspiel“-Metaphern beklagte) Umstand angesprochen, dass dieser

13) Vgl zu dieser „Dialektik“ von Problemwahrnehmung und Wissenschaft: Füllsack 2006: 207ff.

14) Für einen Überblick über Wissensformen, für die dies zu gelten scheint, vgl.: Füllsack 2006: 290f.

15) Vgl auch hierzu u.a.: Füllsack 2006: 103ff, 207ff.

Betrieb nicht nur seinem gesellschaftlichen Auftrag, sondern einer Eigenlogik folgt, die unter anderem dadurch bedient wird, dass in den Wissenschaften nur wer *Neues* entdeckt, Chancen erhält mitzumischen, also etwa einen Erwerbsarbeitsplatz im Wissenschaftsbetrieb zu ergattern.¹⁶ Diese Logik sorgt effizient dafür, dass (zumindest in der europäisierten Welt) Wissensstände kaum noch lange Bestand haben, dass der Betrieb in der Regel nicht lange braucht, um sie wieder zu problematisieren. Die Moderne ist, wie dies genannt wurde, auf Treibsand gebaut. Ihre Festlegungen sind zu „Kurzfristveranstaltungen“ geworden.¹⁷

Dies sorgt tendenziell für „Gleichzeitigkeit“ der gerade im Fokus der Aufmerksamkeit stehenden Phänomene und dem, was in deren Latenz als „Mittel“ oder als „Rahmen“ dafür fungiert, traditionell aber *ausgeschlossen* blieb. Es sorgt, differenztheoretisch formuliert, für den Einschluss des in jeder Unterscheidung Ausgeschlossenen. Anders gesagt, in der Moderne kann gewusst werden, dass einerseits keine Aufmerksamkeit für irgendetwas, ohne Ausschluss, sprich ohne *Selektion* möglich ist – Eigentum schließt *notwendig* eben die Nicht-Eigner von der Verfügbarkeit über knappe Ressourcen aus –, dass aber zum anderen eben auch kein Ausschluss mehr von Dauer ist und damit gleichsam *im Vollzug* stets auch wieder *miteinbezogen* oder zumindest *mitgedacht* werden muss. Und dies betrifft insbesondere das Wissen selbst. Wer heute weiß, kann in der Regel auch wissen, was dabei jeweils *nicht gewusst* wird, und er kann *vor allem* wissen, dass dies mit einiger Wahrscheinlichkeit *nicht lange nicht gewusst* werden wird.

Dieser Umstand legt es nahe, Wissen unter polykontexturalen Bedingungen als „Zwei-Seiten-Form“ zu betrachten, die dasjenige Nicht-Wissen, das durch sie selbst ausgeschlossen wird, gleichsam schon mit einschließt. Wissen ist unter diesen Bedingungen stets nur mit seinem Komplement, dem dazugehörigen *Nicht-Wissen* zu haben. Und dies gilt auch für den Fall, in dem es, weil es als *knapp* gilt, als *Eigentum* zugerechnet wird. Genau dann kann nämlich einerseits ge-

wusst werden, dass die Eigentumsform eine *historische* Errungenschaft ist, die unter anderen, nämlich *monokontexturalen* Bedingungen entstanden ist und schon damit nicht dazu taugt, die zentrale Ressource der „Wissensgesellschaft“ zu fassen. Und andererseits kann auch gewusst werden, dass Eigentum selbst eine „Zwei-Seiten-Form“ ist, die unweigerlich einschließt, was sie selbst ausschließt, die also, indem sie das Verfügungsrecht über knappe Ressourcen bestimmten Gesellschaftsmitgliedern oder -teilen zuordnet *und anderen nicht*, diese *anderen* ins Spiel bringt, zum Beispiel als gut vernetzte Internet- oder Hacker-Community, die schon ob ihrer Größe heute mit großer Wahrscheinlichkeit Lücken in den Manifestationen der Eigentumsform ausmacht und diese zu nutzen weiß, um ihre eigenen Knappheiten zu reduzieren. Oder eben grundsätzlich noch: als globaler Markt, der ob des Potentials seiner Nachfrage und ob der Unmöglichkeit, ihn lückenlos zu regulieren, enorme Anreize bietet, zu jeder Maßnahme zum Schutz von Eigentumsrechten nahezu *zeitgleich* bereits – wie Bill Gates in Moskau erleben musste – „Gegenmaßnahmen“ auf den Plan zu rufen, die ihrerseits, und sei es in physisch entfernten, für den vernetzten Konsumenten aber unmittelbar „nebenan“ liegenden Weltgegenden eine Basis finden, um Gesetzesnormen zu umgehen.

Denn dies scheint das Charakteristikum der polykontexturalen Gesellschaft. Was immer ausgeschlossen wird, ist keine marginale und (dauerhaft) vernachlässigbare Restgröße mehr, sondern drängt gleichsam von sich aus – und zwar perfiderweise umso vehementer, je mehr es durch Gesetze oder auch schon durch begriffliche Kategorisierungen auszuschließen versucht wird – auf seinen *Einschluss*. Hegel hat ähnliches als „List der Vernunft“ bezeichnet, Adorno hat es als „negative Dialektik“ beschrieben. Luhmann spricht vom Einschluss des Ausgeschlossenen, von der „Zwei-Seiten-Form“ jeder Unterscheidung in einer Moderne, deren soziale Differenzierung keine *privilegierten* und damit *dauerhaft dominanten* Problemsichten mehr kennt.¹⁸ Was unter diesen Bedin-

gungen als *knapp* wahrgenommen wird, wird stets nur unter einem bestimmten Blickwinkel als *knapp* wahrgenommen, von einem *Beobachter*, der wissen kann, dass auch er bei seinen Knappheitswahrnehmungen beobachtet wird, und *dabei* ganz andere Knappheitswahrnehmungen Relevanz haben.

Knappheiten unter diesen Bedingungen mithilfe von Verfügungsrechten in *Eigentumsform* zu bewältigen, kann damit gar nicht anders, als weitere Probleme zu generieren – Probleme, die voraussagbar umso größer werden, je *dynamischer* die Bedingungen werden, unter denen an ihrer Lösung gearbeitet wird, und je *enger* die Eigentumsform – nicht zuletzt auch im Hinblick auf diese Probleme selbst – geschnürt wird.

Univ.Doz.Dr.Manfred Füllsack
ist Dozent am Institut für Philosophie der Universität Wien;
manfred.fuellsack@univie.ac.at.

Literatur:

Brocker, Manfred (1992): Arbeit und Eigentum. Der Paradigmawechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie. Darmstadt.

Cooper, William H. (2006) Russia's Accession to the WTO. CRS Report for Congress; unter: www.usembassy.it/pdf/other/RL31979.pdf (29.3.2007)

Fuchs, Peter (1999) Intervention und Erfahrung. Frankfurt/M.

Füllsack, M. (2006): Zuviel Wissen. Zur Wertschätzung von Arbeit und Wissen in der Moderne. Berlin.

Dowling, John H. (1968): Individual Ownership and the Sharing of Game in Hunting Societies; in: *American Anthropologist* Vol. 70, No. 3, p. 502-507.

Hardin, Garrett (1968): The Tragedy of the Commons; in: *Science* 162, 1243-1248.

Luhmann, Niklas (1990): Die Wissenschaft der Gesellschaft. Frankfurt/M.

Luhmann, N. (1997): Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt/M.

Stehr, Nico (2001): Wissen und Wirtschaften. Frankfurt/M.

16) Eine ähnliche Logik liegt dem gleichermaßen zur Polykontexturalität der Moderne beitragenden Bereich des Journalismus zugrunde.

17) Fuchs 1999: 157.

18) Vgl. u.a.: Luhmann 1997: 60.

Vorwort

Pia Abel, Doris Einwallner

„Gender Migration – Sexarbeit – Frauenhandel“ sind Begriffe, die in der medialen Rezeption oft durcheinander und nebeneinander gebraucht werden – eine klare Abgrenzung wird oft zu Gunsten von Voyeurismus wenig oder gar nicht vorgenommen. Die folgenden Beiträge sollen sich davon durch eine differenzierte Darstellung abheben. So war es uns wichtig, die juristische und gesellschaftliche Spange, die nach unserer Meinung all diese Themenbereiche umklammert, an den Beginn zu stellen.

Im Abschnitt GENDER MIGRATION zeigen Miriam Broucek und Yvonne Riaño/Nadia Baghdadi in ihren Artikeln „Facts & Figures. Die sichtbar Unsichtbaren“ und „Arbeitsmarktpartizipation von gut ausgebildeten Migrantinnen aus Drittstaatländern in der Schweiz: Zwischen Dequalifizierung und instabilen Arbeitsverhältnissen“ Spezifika von Frauen in der Migration auf. Die Geschichte von Migrationsprozessen ist stets (auch) eine weibliche.

Im Abschnitt SEXARBEIT beleuchtet Marie Theres Prantner einleitend die österreichische Rechtslage und Entwicklungen in der Europäischen Union. Sie zeigt auf, dass die gesetzlichen Regelungen über Sexarbeit primär vom Aspekt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit geprägt sind. So ist Sexarbeit zwar eine legale Tätigkeit, sie unterliegt aber zahlreichen bundes- und landesgesetzlichen Einschränkungen. Im Anschluss daran wird das Equal Projekt „SOPHIE BildungsRaum für Prostituierte“ vorgestellt. Diese Beratungseinrichtung betreut Sexarbeiterinnen mit dem Ziel, eine Verbesserung ihrer Lebens- und Arbeitsbedingung zu erreichen. Weiters wird der Verein LEFÖ vorgestellt, der sich seit 1985 für die Rechte von Migrantinnen in Österreich – mit einem Arbeitsschwerpunkt zu Migrantinnen in der Sexarbeit – einsetzt und auch beratend tätig ist. In Wien hat die 38. Fachtagung Prostitution, die aus dem sogenannten „Hurenkongress“ hervorgegangen ist, stattgefunden, auch darüber wird kurz berichtet.

Doris Einwallner und Alexia Stuefer analysieren die neuere höchstgerichtliche Rechtsprechung, die zum The-

menbereich Sexarbeit ergangen ist und versuchen (neue) Entwicklungen herauszuarbeiten.

Emilija Mitrovic rundet den Themenbereich Sexarbeit mit einer gewerkschaftlichen Perspektive ab, indem sie die Deutsche Dienstleistungsgewerkschaft ver.di vorstellt und die Herausforderungen, die der Weg der Legalisierung von Sexarbeit mit sich bringt, skizziert. Das deutsche Prostitutionsgesetz (ProstG), das am 1.1.2002 in Kraft getreten ist, sollte die Situation der Sexarbeiterinnen verbessern. Es regelt die zivilrechtlichen, arbeits- und sozialrechtlichen Beziehungen zwischen den Sexarbeiterinnen und deren KundInnen und ArbeitgeberInnen. Es besteht nunmehr die Möglichkeit, sich unter der Berufsbezeichnung „Prostituierte“ kranken- und pensions- zu versichern. Die Sexarbeiterinnen können die Löhne einklagen und sich gewerkschaftlich organisieren. Die Ergebnisse der ver.di Studie zum Arbeitsplatz „Prostitution“ zeigen aber, dass Novellierungen des Prostitutionsgesetzes in Deutschland nötig sind.

Im Themenbereich FRAUENHANDEL fragt Julia Plautzner „Was hat sich seit Palermo getan?“ Die internationale Gesetzeslage betreffend den Menschenhandel veränderte sich mit dem Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels und hat im Vergleich zum Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels der Vereinten Nationen vor allem im Bereich des Opferschutzes eine deutliche Weiterentwicklung erfahren. Bei der Betrachtung der Umsetzung des von Österreich bereits ratifizierten Übereinkommens zeigt sich aber, dass Handlungsbedarf besteht. Opfer des Menschenhandels haben beispielsweise nach wie vor keinen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen. Hinsichtlich der Kriminalisierung des Menschenhandels kommt das österreichische Strafrecht dieser Verpflichtung zwar nach, jedoch führte diese Bestimmung seit In-Kraft-Treten im Jahr 2004 noch zu keiner Verurteilung.

Bereits bei der ersten Recherche zum Thema Frauen/weibliche Migration zeigt sich, dass dieser Forschungsbereich in der wissenschaftlichen Welt nicht gerade lange Tradition besitzt. Dieser Umstand scheint in erster Linie auf die grundsätzlich androzentristische Sichtweise des Phänomens Migration, aber auch auf eigene patriarchale Denkmuster zurückführen zu sein. So wurde lange Zeit angenommen, die Zahl der Migrantinnen erschöpfe sich in der Tatsache des „Nachzuges“ bzw sei meist vernachlässigbar. Die Statistiken sprechen hingegen seit jeher eine ganz andere Sprache. Bei genauerer Betrachtung wird deutlich, dass die Geschichte von Migrationsprozessen stets auch – weltumspannend – eine Geschichte weiblicher Beteiligung ist. Bereits im 16. Jahrhundert war über ein Drittel aller spanischen ImmigrantInnen in Lateinamerika weiblich. Die irische Auswanderung Ende des 19. Jahrhunderts wurde maßgeblich fast nur von Frauen getragen. Heutzutage ist knapp die Hälfte aller in die Europäische Union Immigrierenden weiblich, in manch anderen Ländern stellen sie gar drei Viertel der Einwandernden.

Dennoch blieben und bleiben Frauen in der Migration über weite Strecken unsichtbar, finden sich nur, wie bereits erwähnt, in den verschleiern den Begriffen der „Nachzügler“ oder der „Heimatsfamilie“ wieder. Der Mann gilt noch immer als klassische Verkörperung des „Migranten“. Erst im Verlauf der 80er Jahre nahm sich die Migrations- und Feminismusforschung der Bedeutung des Umstandes „Geschlecht“ in der Migration an. Eigene Theorien wurden entwickelt und infolge dessen selbst wieder einer kritischen Reflexion unterzogen. Exempel hierfür ist etwa der Ansatz der Ethnologin und Leiterin der schweizerischen Eidgenössischen Ausländerkommission, Simone Prodolliet, die die feministische Migrationsforschung in drei Generationen einteilt – von den ersten Schritten der Sichtbarmachung weitergehend zu einer eigenständigen autonomen Frauenperspektive, bis hin zur Auseinandersetzung der verschiedenen Differenzen und Differenzierungsmuster zwischen Frauen selbst.¹ Die Zahl der einschlägigen Publikationen ist seitdem rapide angestiegen – der Faktor Gender findet sich in der internationalen Migrationsforschung jedoch nach wie vor nur als Detail am Rande. Auch zuverlässiges Datenmaterial und Statistiken sind rar gesät.

1. Motive und Besonderheiten weiblicher Emigration

Es darf natürlich nicht außer Acht gelassen werden, dass „die Migrantin“ schlechthin nicht existiert – im Gegenteil, gerade die Annahme dieses Stereotyps hieße, die Rolle der Frau in Migrationsprozessen erneut auszublenden. Unterschiedliche Kulturkreise, soziale Verhältnisse und die ganz persönliche Lebensgeschichte verhindern eine Reduktion auf ein „role model“. Dessen ungeachtet lassen sich den-

noch einige gemeinsame Nenner ausmachen, die die Situation von migrierenden Frauen kennzeichnen.

Im Großen und Ganzen beruhen die Beweggründe von Frauen, sich in einem anderen Land niederzulassen, durchaus auf ähnlichen Motiven wie jene der Männer. Meist handelt es sich um ökonomische Notwendigkeiten, den Wunsch seine eigene Lebenssituation zu verbessern, eine Flucht vor Krieg, Gewalt und Notlagen oder aber einfach auch die Lust auf Veränderung.

In der feministischen Migrationsforschung wurde lange Zeit von der zweifachen Diskriminierung der Frau gesprochen – einerseits in ihrer Rolle als Migrantin, andererseits in ihrem Frausein.² Frauen in der Migration dürfen dabei

Die sichtbar Unsichtbaren – Spezifika von Frauen in der Migration

Miriam Broucek

aber nicht nur als Opfer und passive „Spielbälle“ verschiedenster Prozesse betrachtet werden. Um auch den eigenen, oft eindimensionalen Zugang zu erweitern, darf nie außer acht gelassen werden, dass sich weibliche Migration nicht nur auf einen einzigen Typus, schon gar nicht auf den einer Inaktiven, nicht selbst Agierenden, festlegen lässt. In den meisten Fällen steht auch bei Frauen eigenes, positives Handeln hinter der Entscheidung, den Lebensmittelpunkt zu wechseln – Frauen sind genauso Akteurinnen wie Männer, die schon a priori als ebensolche angesehen werden.

Untersucht man, in welchen Arbeitsfeldern Migrantinnen vordergründig zu finden sind, so wird schnell deutlich, dass ihnen zumeist nur ein äußerst begrenztes Spektrum von Verdienstmöglichkeiten offensteht. Sie finden sich häufig am Fließband, als Heimarbeiterinnen oder in so genannten „Sweat-Shops“ (Niedrigstlohnfabriken in

1) Vgl Simone Prodolliet, Spezifisch weiblich: Geschlecht und Migration, Zeitschrift für Frauenforschung, 17. Jg., H. 1 & 2 (1999): 26-42.

2) Vgl Elisabeth Aufhauser, Migration und Geschlecht: Zur Konstruktion und Rekonstruktion von Weiblichkeit und Männlichkeit in der internationalen Migration, in: Karl Husa/Christof

Parnreiter/Irene Stacher (Hg): Internationale Migration. Die globale Herausforderung des 21. Jahrhunderts, Brandes & Apsel/Südwind 2000.

Entwicklungsländern) wieder – vor allen Dingen aber im Dienstleistungssegment. Auch hier stehen ihnen allerdings nur die von der Gesellschaft als „weiblich“ konnotierten Betätigungsfelder offen – Reinigung, Bedienung, persönliche Dienstleistungen wie Pflege, Betreuung und Haushaltsarbeit. Konstruktion von Weiblichkeit bestimmt nach wie vor was als „Frauenarbeit“ angesehen wird und so auch, in welchen Bereichen Migrantinnen gewünscht und gefragt sind, und vor allem, in welchen nicht. Dabei besitzen sie im Durchschnitt eine höhere Qualifikation als männliche Zuwanderer, aufgrund der starren Rollenverteilung am Arbeitsmarkt haben sie jedoch kaum eine Chance, einem ihrer Ausbildung entsprechenden Erwerb nachgehen zu können. Schlechte Arbeits- und Lebensbedingungen, Arbeitslosigkeit und prekäre soziale Verhältnisse prägen ihre Situation. Aufstiegs- und Weiterbildungschancen gibt es kaum, auch Kontakt zu inländischen Arbeitnehmerinnen ist selten – sind die Kolleginnen doch zumeist ebenfalls Migrantinnen.

2. Asyl und Frauenhandel

Da das Phänomen Migration gerade in Bezug auf Frauen nicht nur mit der Gewährung von Asyl, sondern auch oft mit dem Schlagwort „Frauenhandel“ in einen Topf geworfen wird, sei diesen beiden Bereichen hier noch ein kurzer Absatz gewidmet. Auch wenn sich natürlich hier ganz besondere Charakteristika weiblicher Situietheit finden, sind diese dennoch von einer im Großen und Ganzen frei gewählten Migration abzugrenzen.

Nach Schätzungen beläuft sich der Anteil weiblicher Asylwerberinnen in etwa auf ein Viertel aller in Deutschland und Österreich um Asyl Ansuchenden und dies, obwohl Frauen weltweit die überwiegende Mehrheit an Flüchtlingen stellen. Dies lässt sich nur zum Teil auf die immense Bedrohung durch sexuelle Übergriffe im Zusammenhang mit der Flucht zurückführen. Besonders erschwert und verhindert wird die Anerkennung von Frauen als Asylsuchende nämlich vor allem durch mangelnde Sensibilität der zuständigen Behörden und durch die fehlende Berücksichtigung rein frauenspezifischer Verfolgungsgründe. Häufig wird Männern Asyl zuerkannt, Frauen in ähnlich gelagerten Fällen jedoch verwehrt. Fluchtgründe wie sexuelle Verfolgung oder Repression aufgrund des Geschlechts sind immer noch weitgehend unterrepräsentiert – in Österreich ist seit 1998 sexuelle Gewalt als Asylgrund anerkannt, jedoch tragen die Bedingungen des österreichischen Asylrechtes nicht unbedingt dazu bei, hier eine Verbesserung der Situation zu erreichen.

Österreich ist aufgrund der Ostöffnung in den letzten Jahren zu einem der zentralen Knotenpunkte des Menschenhandels in Europa geworden, als Ziel- sowie auch als Transitland. Nahezu alle von Zwangsverschleppung Betroffenen sind ursprünglich auf der Suche nach Arbeit oder besseren Perspektiven unter die Räder des Menschenhandels gekommen. Über Anzeigen, Agenturen oder Bekannte werden den Mädchen und Frauen in ihren Heimatländern lukrative Jobs

und die Chance auf ein besseres Leben in einem der Industriestaaten in Aussicht gestellt. Ohne Arbeitsbewilligung und ohne Papiere sind sie jedoch so gut wie wehrlos und haben kaum eine Chance, ihre Rechte geltend zu machen. Dabei verschwimmt oft auch die Grenze zwischen Opfer und Täter. Zwangsgehandelte Frauen erscheinen als Täterinnen, auf die geltendes Fremdenrecht mit seinen restriktiven Regelungen angewandt wird, nicht als die Opfer gravierend ausbeuterischer Handlungen, die sie tatsächlich sind.³ Zwar haben sich internationale Organisationen wie die Vereinten Nationen oder auch die Europäische Union die immer akuter werdende Problematik „Menschenhandel“ bewusst gemacht, nach wie vor ist aber darüber hinaus die nationale Politik gefragt, effiziente Maßnahmen zur Bekämpfung von Menschenhandel und zur Entwicklung von Schutzprogrammen zu setzen.

3. Weibliche Migration in Österreich

Eine Analyse der Lage von Migrantinnen in Österreich kann nicht nur allein auf allgemeine Faktoren sowie auf die Bedingungen des Auswanderungslandes beschränkt werden, sondern muss vor allen Dingen auf die Verhältnisse des Ziellandes abstellen. Verschärfte Einwanderungsgesetze und die allgemein ablehnende Haltung der ÖsterreicherInnen gegenüber ZuwanderInnen verstärken das vorhandene Ungleichgewicht zusätzlich. Besondere Problemfelder finden sich in den Bereich Gesundheit und Bildung. Das österreichische Bildungssystem ist nicht dazu angetan, die bestehenden Hierarchien und Ungleichheiten auszugleichen, im Gegenteil, es reproduziert diese vielmehr und verhindert ein gelungenes Zusammenleben. Auch im Gesundheitssektor zeigt sich, dass Migrantinnen oft höheren Gesundheitsrisiken ausgesetzt sind. Sie erhalten verspätete oder zu ungenaue Untersuchungen, was zumeist auf Verständigungsprobleme, Unverständnis seitens der Behandelnden oder mangelnde soziale Absicherung zurückzuführen ist.⁴

Beruhend auf den unterschiedlichen Kulturkreisen verändert sich das bislang gewohnte Sozialgefüge neu eingetrossener Migrantinnen in Österreich beträchtlich – die Unterstützung aber auch Kontrolle durch die heimatliche Familie bricht weg, statt dessen tritt die Beziehung zum Ehemann stärker hervor – vielfach als Abhängigkeit. Isolierung folgt. Ein wichtiges Mittel gegen die Vereinzelung kann hier die Selbstorganisation und Vernetzung von Frauen aus unterschiedlichen Kulturkreisen bieten. In vielen europäischen Zielländern, so auch in Österreich, gibt es bereits ein vielfältiges Angebot von Vereinen und Gruppen, in denen sich Migrantinnen über ihre Lebenssituation austauschen, Hilfestellungen und Unterstützung finden, aber auch eigene Artikulationsformen entdecken können.

4. Fazit

Migration birgt für Frauen die Chance, aus patriarchalen Strukturen auszubrechen, ein neues Selbstbewusstsein zu entdecken und damit auch eine Veränderung der eigenen

3) Vgl Arbeitsgruppe Migrantinnen und Gewalt (Hg.): Migration von Frauen und strukturelle Gewalt. Milena Verlag 2003.

4) Vgl *Erna Appelt*, Frauen in der Migration

– Lebensform und soziale Situation, in: *Heinz Fassmann/Irene Stacher* (Hg.): Österreichischer Migrations- und Integrationsbericht. Demographische Entwicklungen – sozioöko-

nomische Strukturen – rechtliche Rahmenbedingungen, Wien – Klagenfurt/Celovec, 144 – 170. 2003

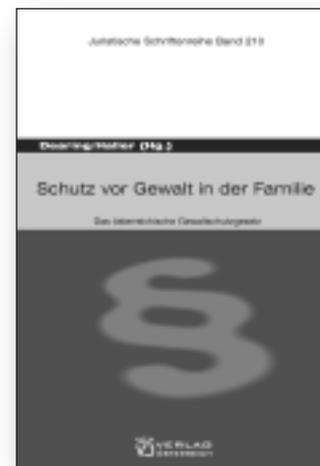
*Dearing/Haller (Hg.)***Schutz vor Gewalt in der Familie**

Das österreichische Gewaltschutzgesetz

2005, 390 Seiten, br., 978-3-7046-4732-0, € 43,-

Mit dem Inkrafttreten des Gewaltschutzgesetzes am 1. Mai 1997 sind in Österreich Reformmaßnahmen Realität geworden, die zu einer Umwälzung der institutionellen Antwort auf Gewalt in der Familie geführt haben.

Die Beiträge von Dearing zum polizeilichen Part, von Sorgo zur Rolle der Interventionsstellen und von Schrott zur Arbeit der Familiengerichte sind aus einer Innenperspektive verfasst und werden deshalb sinnvoll von einer kritischen Würdigung der Reformmaßnahmen durch Haller ergänzt. Alle AutorInnen greifen dabei auf die Erfahrungen von vielen Jahren der Befassung mit einschlägigen Fragestellungen zurück.



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

VERLAG
 ÖSTERREICH

Rolle innerhalb der Familie oder der Beziehung herbeizuführen. Gleichzeitig bringt sie jedoch auch vielfach die Gefahr mit sich, die alte Ordnung noch zu verstärken. Es zeigt sich, dass dem Faktor Geschlecht eine ebenso bedeutende Rolle wie sozialem Hintergrund, Ethnie oder Bildung in der Migrationsforschung zukommt und auf diesen Umstand keinesfalls vergessen werden darf. Aber es gilt ferner, die eigene Befangenheit zu vergegenwärtigen. Denn auch linke und feministische Kontexte beruhen auf falschen Vorzeichen, wenn sie Migrantinnen bevormunden anstatt sie als gleichberechtigt handlungsfähige und politische Subjekte

anzuerkennen. Auch in gemischten antirassistischen Gruppen herrscht ein asymmetrisches Machtverhältnis, gibt es patriarchale Muster, die selten zum Thema gemacht werden. Integration in der Arbeitswelt, Kunst, Politik und im Alltag kann nur durch eine Beteiligung von Migrantinnen auf allen Ebenen der Planung, Entscheidung und Durchführung gefördert und etabliert werden.⁵

*Miriam Broucek ist Studentin der Rechtswissenschaften und Philosophie in Wien;
 miriam.broucek@reflex.at.*

5) Vgl auch die Forderungen und Prinzipien von MAIZ – Autonomes Integrationszentrum für Migrantinnen, www.maiz.at.

Zusammenfassung

Vorliegendes Forschungsprojekt untersuchte die beruflichen Situationen von 57 gut ausgebildeten Migrantinnen aus Lateinamerika, dem Nahen und Mittleren Osten sowie Südosteuropa. Die Untersuchung zeigt, dass diese Gruppe nur schwer Zugang zu sicheren und unbefristeten Anstellungen findet, die ihrer Ausbildung und ihren Erfahrungen entsprechen. So erlangten lediglich zehn der Frauen eine solche Arbeitsstelle, ein Drittel ist nicht erwerbstätig resp. erwerbslos und der Rest ist entweder unter ihren Qualifikationen bzw. in instabilen Arbeitsverhältnissen beschäftigt. Hohe Qualifikationen allein sind folglich noch keine Garantie für eine erfolgreiche sozio-ökonomische Integration. Die Benachteiligung kann u.a. zurückgeführt werden auf Diskurse über Geschlecht, sozio-ökonomischen Status und Ethnizität, welche zu institutionell verankerten Ungleichheiten beim Zugang zum Arbeitsmarkt führen. Trotzdem reagieren Migrantinnen nicht passiv, sondern mobilisieren zahlreiche Strategien, um ihre Chancen zu erhöhen.

Einführung

Die Migration in die Schweiz zeichnet sich durch eine zunehmende Feminisierung aus und das insbesondere im Fall von Einwandernden aus Ländern außerhalb der Europäischen Union. So waren 1980 48% der Personen, die aus Lateinamerika in die Schweiz kamen, Frauen; dieser Prozentsatz stieg bis im Jahr 2003 auf 64% an. Bei der Migration aus Asien stieg der Frauenanteil von 46% im Jahre 1980 auf 52% im Jahre 2003 (BFS, 2004: 93). Das zunehmend weibliche Gesicht der Migrationsströme aus Ländern außerhalb Europas zeigt sich jedoch nicht nur in der Schweiz, sondern ist vielmehr Teil einer globalen Entwicklung in Richtung zunehmender Feminisierung der Migration.

Migrantinnen und ebenso Migranten aus Ländern außerhalb Europas werden in politischen und medialen Diskursen oft in ein negatives Licht gerückt. In der Regel werden sie als ungebildete Personen wahrgenommen, für welche Migration der einzige Ausweg aus ihrer ökonomischen Situation in ihren Heimatländern darstellt. Vor allem Migrantinnen gelten oft als Opfer von Ausbeutung und als im Migrationsland ungenügend integrierte Personen. Die neuere Forschung – so auch die vorliegende Studie „Integration und Ausschluss von qualifizierten Migrantinnen in der Schweiz“ – zeigt jedoch die Unangemessenheit solcher Generalisierungen auf und macht aufmerksam auf die Folgen, wenn sich solche Bilder in der Migrations- und Integrationspolitik niederschlagen (Riaño, 2005). Migrantinnen sind eine heterogene Gruppe und unterscheiden sich voneinander beispielsweise in Bezug auf ihre Herkunftsorte, ihren Bildungsstand, ihren Lebensstandard im Herkunftsland, ihre städtischen bzw. ländlichen Hintergründe, ihre religiöse Zugehörigkeit, und nicht zuletzt aufgrund ihrer Migrationsgründe und -erfahrungen. Des Weiteren positionieren die Aufenthalts- und Bürgerrechtsregelungen in der Schweiz Migrantinnen unterschiedlich in Abhängigkeit von Aufenthaltsstatus

und Nationalität. Damit die verschiedenen Situationen von Migrantinnen vermehrt wahrgenommen werden und in gesellschaftliche und wissenschaftliche Diskurse wie auch in die Integrationspolitik einfließen, ist Hintergrundwissen unabdingbar.

Stand der Forschung zur weiblichen Migration

Bis anhin fehlt es jedoch an Grundlagenforschung; nur wenige Studien befassten sich mit der Feminisierung der Migration und untersuchten die Rolle von Geschlecht in Migrations- und Integrationsprozessen und das Spektrum an verschiedenen Situationen sozialer Integration von Migrantinnen in der Schweiz (Le Breton, 1998; Prodolliet, 1998,

Arbeitsmarktpartizipation gut ausgebildeter Migrantinnen aus ‚Drittstaatenländern‘ in der Schweiz: Zwischen De-Qualifizierung und Re-Qualifizierung¹

Yvonne Riaño und Nadia Baghdadi



Sançar et al, 2001; Waldis, 2001; Carbajal, 2004; Wanner et al, 2005; Hettlage, 2005; Mainardi, 2006; Richter, 2006). Bis jetzt gibt es nur wenige schweizerische Studien, die gut ausgebildete Migrantinnen in ihr Sample einbezogen, obwohl immer mehr gut ausgebildete Frauen in die Schweiz einreisen (Riaño, 2003). Inzwischen sind hierzulande unter den berufstätigen Frauen mit universitärer Ausbildung zu gleichen Teilen Frauen ohne Schweizer Pass aus Asien, Afrika und Lateinamerika (15.3%) wie Schweizerinnen zu finden (BFS, 2004: 35). Die Unsichtbarkeit qualifizierter Migrantinnen ist auch deshalb erstaunlich, weil sich die Migrationspolitik in der Schweiz und in Europa in den letzten Jahren vornehmlich auf qualifizierte Arbeitskräfte ausrichtet. Dahinter steht mitunter die Annahme, dass das Wissen qualifizierter Personen problemlos in die lokale Wirtschaft einfließen kann und dass sich diese Personen, gerade weil sie gut ausgebildet sind, schneller in die hiesige Gesellschaft integrieren können. Wissenschaftliche Studien in Europa und Nordamerika



1) Dieses Projekt wurde im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms 51 „Integration und Ausschluss“ des SNF (Kredit Nr. 405140-69125) unter der Leitung von Yvonne Riaño und Doris Wastl-Walter in den Jahren 2003-2006 durchgeführt. Das Projekt war am Geographischen Institut der Universität Bern situiert. Für weitere Informationen: www.giub.unibe.ch/sg/immigrantwomen

Poinstingl

Handbuch für den Arbeitnehmerschutz

Sammlung auflagepflichtiger und anderer für die Durchführung des Arbeitnehmerschutzes wichtiger Vorschriften

Teilband 1, 978-3-7046-4877-8, 1.349 Seiten, br., € 129,-**Teilband 2**, 978-3-7046-4878-5, 1.190 Seiten, br., € 129,-**NEU Teilband 3**, 978-3-7046-4879-2, 1.318 Seiten, br., € 129,-

Der Teilband 3 umfasst die für den Arbeitnehmerschutz bedeutsamen Vorschriften des Kesselrechts und des Arbeitsstoffrechts wie z. B. die einschlägig geltenden Vorschriften des Chemikalien- und Giftrechtes und wichtige Vorschriften auf dem Gebiet der Sprengmittel jeweils mit Stand 1. März 2007.

NEU Teilband 4, 978-3-7046-4884-6, 1.308 Seiten, br., € 129,-

In diesem Teilband sind in Ergänzung zum Inhalt der Teilbände eins bis drei weitere Vorschriften enthalten, die für den Arbeitnehmerschutz relevant sind. Die im Teilband vier erfassten Vorschriften sind jeweils mit dem Stand 1. März 2007 angeführt.

9. Auflage

Poinstingl

Handbuch für den Arbeitnehmerschutz

Sammlung auflagepflichtiger und anderer für die Durchführung des Arbeitnehmerschutzes wichtiger Vorschriften

VERLAG ÖSTERREICH

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

VERLAG ÖSTERREICH

stellen solche Annahmen in Frage. In der Schweiz wissen wir noch wenig über qualifizierte Migration und es besteht deshalb dringender Bedarf an Forschung über die sozio-ökonomischen Integrationsmöglichkeiten von qualifizierten Personen. Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen außerhalb der Schweiz (z.B. Kofman, 2000; Preston, 2003; Raghuram und Montiel, 2003) plädieren zudem dafür, gut ausgebildete Migrantinnen vermehrt in den Fokus zu rücken und zu untersuchen, ob Geschlechterfaktoren ihre marginale Position im Arbeitsmarkt zu erklären vermögen. Neben der mangelnden Beachtung des unterschiedlichen Bildungsgrads und des sozio-ökonomischen Hintergrunds von Migrantinnen wurde der Zusammenhang zwischen Art der sozialen Integration und nationaler Herkunft wenig beleuchtet. Ebenso bleibt zu klären, welche Rolle Ethnizität bei der sozialen Integration spielt, d.h. der Einfluss der Wahrnehmung von Personen als kulturell, religiös und/oder äußerlich „Andere“.

Forschungsprojekt zu qualifizierten Migrantinnen

Das Projekt über die „Integration und Ausschluss von qualifizierten Migrantinnen in der Schweiz“ leistet einen Beitrag zur Schließung dieser Wissenslücken, indem folgende Themen unter einer Geschlechterperspektive untersucht wurden: (a) Sozio-ökonomische Integrations- und Ausschlussprozesse bei (hoch)qualifizierten Migrantinnen aus Ländern

außerhalb der Europäischen Union, (b) Strategien, welche Migrantinnen entwickeln, um sozial und ökonomisch integriert zu werden und (c) gesellschaftliche Diskurse² und offizielle Migrations- und Integrationspolitik sowie deren Effekt auf die Integrationschancen von Migrantinnen und Migrantinnen. Die empirische Fallstudie wurde mit 56 Migrantinnen durchgeführt, welche sich nach ihrer nationalen Herkunft (Länder Lateinamerikas, des Nahen und Mittleren Ostens sowie Südosteuropa) und ihrem religiösen Hintergrund (christlich/muslimisch) unterscheiden. In der Fallstudie wurden sowohl gut ausgebildete Migrantinnen (mit Ausbildung auf Sekundarstufe II) als auch hochqualifizierte Frauen (mit Universitätsstudium) berücksichtigt. Ergänzend wurden Migrations- und Integrationsdiskurse mittels Zeitungsartikeln, Gesetzestexten, Integrationsprogrammen und Experteninterviews untersucht (Riaño und Wastl-Walter, 2006a, Riaño und Wastl-Walter, 2006b).

Der konzeptuelle Rahmen für die empirische Analyse sozio-ökonomischer Integrations- und Ausschlussprozesse basiert auf Strukturierungstheorien (Giddens, 1984), Ansätzen zu sozialem und kulturellem Kapital (Bourdieu, 1986) und Intersektionalität von Klasse, Geschlecht und Ethnizität (Anthias, 2001, Knapp, 2005) sowie Theorien zu Diskursen (Foucault, 1980, Gregory, 2002) und *citizenship* (Marshall, 1950, Yuval-Davies, 2002). Aus einer *citizenship*-Perspek-

2) Diskurse werden in der vorliegenden Studie als ein spezifisches Wissen über die Welt begriffen, das die Art und Weise formt, wie die Welt verstanden wird und wie auf der Basis dieses Wissens darin gehandelt wird (Foucault, 1980).

tive betrachtet, wird Integration hier definiert als die Möglichkeit des gleichberechtigten Zugangs aller Mitglieder zu den politischen, wirtschaftlichen, sozialen und symbolischen Ressourcen einer Gesellschaft. Das methodische Vorgehen orientierte sich an partizipativen Forschungsansätzen, wobei die theoretischen Prämissen von *educación popular* (Freire, 1970), post-kolonialer Theorie (Said, 1978) und die Kritik feministischer „Drittweibfrauen“ (Mohanty, 1991) kombiniert wurden. Das übergeordnete Ziel des methodischen Ansatzes war es, die analytische Stimme von Migrantinnen in den Forschungsprozess einzuschließen und eine partnerschaftliche Forschungsbeziehung zwischen Akademikerinnen und Personen außerhalb der Universitäten zu etablieren. Es wurden als neue Methode partizipative Workshops mit dem Namen MINGA entwickelt, welche in Kooperation mit den Migrantinnenorganisationen Wisdonna-cfd und MigrantInnenraum Aargau durchgeführt wurden. Hierbei produzierten Frauen mit Migrationserfahrung, die in verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen (Universitäten, NGOs, private Firmen und öffentliche Institutionen) tätig sind, gemeinsam Wissen über Integrations- und Ausschlussprozesse. Die Ergebnisse der Workshops wurden von den Forscherinnen durch biographische und problemzentrierte Interviews mit jeder Teilnehmerin ergänzt. Die Strategie zur Auswahl der Forschungspartnerinnen folgte dem Prinzip des „theoretischen Samplings“ (Glaser und Strauss, 2005), welches sich anstatt an statistischer Repräsentativität an für die Problematik relevanten Fallbeispielen orientiert und diese im Detail analysiert. Die Auswahlstrategie berücksichtigte folgende Kriterien: Migrationsgrund (Heirats-, Arbeits- und Bildungsmigration sowie Flucht); Art der Migrationserfahrung (erste Generation); Alter (28-60 Jahre); Aufenthaltszeit (3-35 Jahre); Aufenthaltsbewilligung (B-, C-, F- und N-Bewilligungen sowie schweizerische Staatsbürgerschaft); Zivilstand und Familiensituation (unverheiratet, verheiratet, geschieden; mit und ohne Kinder) und verschiedene Berufe und Berufssituationen.

Der häufigste Einreisegrund der 56 Studienteilnehmerinnen ist Heirat (61%), gefolgt von Asylsuche (23%), Familienzusammenführung (9%) sowie Arbeit und Ausbildung (7%). Die beiden am häufigsten vertretenen Studienrichtungen sind Wirtschaftswissenschaften und Sozialwissenschaften (mit einem Anteil von 37%). An zweiter Stelle stehen Recht, Kunst und Architektur, Erziehungswissenschaften und Lehrerausbildungen, gefolgt von Geisteswissenschaften, medizinischen Berufen und Informatik. Die Teilnehmerinnen stammen alle aus der deutschsprachigen Schweiz (Kantone Bern, Aargau und Zürich).

Migration und Arbeitsmarktpartizipation

Die Untersuchung von Migrationsprozessen verdeutlicht, dass Geschlechterverhältnisse Migrationsmuster prägen und Geschlechtervorstellungen und -beziehungen im Prozess des Grenzüberquerens konstruiert und rekonstruiert werden. Konstruktionen von Geschlechterdifferenz, etwa aufgrund von Rollenzuschreibungen, haben einen direkten Einfluss auf die Migrationsentscheidungen der Studienteilnehmerinnen und auf ihre Integrationsmöglichkeiten in den Einwanderungsländern. Geographische Vorstellungen (Said, 1978; Gregory, 2002) sind weitere wichtige Faktoren, welche den Entscheid zur Migration sowie die Wahl des Ziellandes mitgestalten.

Beispielsweise scheinen positive Vorstellungen von Europa und Europäern als auch von den Geschlechterverhältnissen in Europa viele Frauen aus Lateinamerika, dem Nahen und Mittleren Osten und Südosteuropa zur Migration in die Schweiz bewogen zu haben. Frauenmigration ist folglich im Kontext von Transformationen in den Geschlechterverhältnissen sowohl in den Herkunfts- als auch in den Zielländern zu sehen und ist auch im Fall qualifizierter Migrantinnen nicht (nur) ökonomisch oder beruflich motiviert (ausführlich in Riaño und Baghdadi, 2007).

Neben den Migrationsprozessen wurde die Arbeitsmarktpartizipation der befragten qualifizierten Migrantinnen eingehend untersucht. Dabei fällt auf, dass es lediglich einem Viertel der Frauen gelang, eine unbefristete Arbeitsstelle zu erhalten, welche ihren Qualifikationen entspricht. Dies, obwohl die Studienteilnehmerinnen über sehr gute Ausbildungen und zudem meistens über Berufserfahrung verfügen sowie der deutschen Sprache mächtig sind. Ein Drittel der Studienteilnehmerinnen ist überhaupt nicht im Arbeitsmarkt integriert und die restlichen Frauen (knapp die Hälfte) sind entweder unter ihren Qualifikationen oder in instabilen Arbeitsverhältnissen beschäftigt. Wir erklären diese Lage der teilweisen Exklusion als Folge des Zusammenwirkens von Klasse, Ethnizität und Geschlecht, d.h. Normvorstellungen und Diskursen, welche Differenzen entlang der Linien von Geschlecht, Ethnizität und Klasse produzieren. Die drei genannten Differenz-Kategorien prägen hierarchisierende Konstruktionen des „Anderen“, auch *Othering* genannt, welche sich in verschiedenen Bereichen und auf unterschiedlichen Ebenen (Individuum, Gruppen, Struktur) manifestieren. *Othering*-Prozesse gestalten die Rahmenbedingungen für die Partizipation von Migrantinnen im Sinne einer strukturellen Ermöglichung oder Behinderung und beeinflussen damit den Zugang zu materiellen und symbolischen Ressourcen und die Positionierung von Migrantinnen.

Durch Ethnisierung, d.h. durch Zuschreibung von kultureller Differenz, werden Migranten und Migrantinnen aus Ländern außerhalb der EU zu ‚Fremden‘ stilisiert (ausführlich in Riaño und Wastl-Walter, 2006). Vorliegende Studie konnte aufzeigen, dass u.a. Repräsentationen von kulturell nahen und kulturell ferneren ethnischen Gruppen sowie Vorstellungen in Bezug auf Ressourcen und Anpassungswille bzw. -fähigkeit in der sogenannten Ausländergesetzgebung als Subtexte fungieren. Es werden Differenzen entlang von Herkunft produziert, indem die Regelungen bezüglich der Gewährung von Aufenthaltsbewilligungen zwischen zwei Kategorien von Personengruppen unterscheiden: Migranten und Migrantinnen aus dem EU/EFTA-Raum und solchen aus „Drittstaatenländern“. Außerdem werden Differenzen entlang von Klasse produziert, indem aus letzteren nur hoch qualifizierte Personen zugelassen werden. Im Arbeitsmarkt zeigt sich der Einfluss ethnisierender Vorstellungen in Anstellungs- und Anerkennungspraxen. Beispiele sind die oft fehlende Anerkennung von ausländischen Diplomen und die Unterbewertung der persönlichen Ressourcen von Nicht-EU-Migrantinnen sowie der Inländervorrang und die Bevorzugung von Personen aus dem EU-Raum durch die Schweizer Migrations- und Integrationspolitik, aber auch in der persönlichen Haltung vieler Arbeitgeber. Solche Praxen deuten auf das vermeintlich grössere Potential von Personen

Wartinger

Urheberrecht und Arbeitsverhältnis

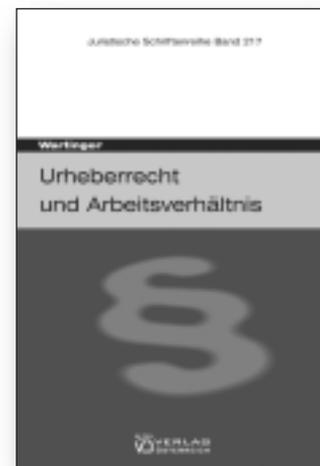
2006, 202 Seiten, br., 978-3-7046-4860-0, € 35,-

Die Autorin setzt sich mit der rechtlichen Beurteilung geistiger Schöpfungen im Rahmen von Arbeitsverhältnissen auseinander.

Während die Realität zeigt, dass ein beträchtlicher Teil urheberrechtlicher Leistungen von Arbeitnehmern in persönlich abhängiger Beschäftigung geschaffen wird, hat die bisherige Gesetzgebung dem Arbeitnehmerurheberrecht nicht jenen Stellenwert eingeräumt, der ihm eigentlich angemessen wäre.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind daher immer wieder mit Fragestellungen konfrontiert, die aus dem Spannungsverhältnis zwischen Arbeitsrecht und Urheberrecht resultieren.

Dr. Christina Wartinger ist in der Dienstleistungseinrichtung Personalwesen und Frauenförderung an der Universität Wien tätig.



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

scip VERLAG
 ÖSTERREICH

aus dem EU-Raum und damit auf eine Werthierarchie in Bezug auf Herkunft hin.

Aus einer geschlechtersensiblen Perspektive betrachtet zeigt sich außerdem, dass die Gesetzgebung oft von einem patriarchalen Verständnis der Geschlechterrollen geprägt ist und Differenz entlang der Genus-Gruppen (re)produziert. Normvorstellungen in Bezug auf die Aufgabenteilung zwischen den Geschlechtern (etwa „Migrantinnen als nachziehende Ehefrauen“ und „Mütter bleiben zu Hause“) spiegeln sich in der Gesetzgebung (s. bspw. VIntA) und werden mit herkunftsspezifischen Vorstellungen („Migrantinnen haben wenig Ressourcen“) verknüpft. Solche Vorstellungen können auf der Ebene der institutionellen Handlungen etwa die einschränkenden Aufenthaltsregelungen, die eine berufliche Tätigkeit von nachziehenden Migrantinnen nicht vorsehen, die mangelnde familienergänzende Kinderbetreuung oder fehlende Programme für gut ausgebildete Migrantinnen erklären. Forschungspartnerinnen mit Kindern berichteten uns, dass sie von Vertretern und Vertreterinnen von Institutionen in Bezug auf die Vereinbarkeit von Familie und Beruf/Ausbildung wenig Unterstützung erhalten haben. So erzählten verheiratete Frauen, dass sie wenig Aussicht auf Stipendien hätten, und dass sie auf den Wartelisten bei Krippenplätzen immer weiter nach hinten rutschten mit dem Argument, dass ihre Ehemänner gut situiert seien und sie deshalb nicht unbedingt zu arbeiten/studieren bräuchten. In diesen Fällen verschränken sich die allgemeinen strukturellen Rahmenbedingungen – zu kleines Angebot an familienergänzender Kinderbetreuung – mit dem Handeln von institutionellen

Akteuren – Migrantinnen bzw. Frauen in guter finanzieller Familiensituation werden v.a. in ihrer Mutterrolle gesehen und erhalten wenig berufliche Förderung – mit der Folge, dass der Handlungsspielraum für die berufliche Verwirklichung von Migrantinnen eingeschränkt wird.

Ängste und negative Vorstellungen von „Drittweir Frauen“ und/oder „muslimischen Frauen“ vieler Arbeitgeber hierzulande (Baghdadi, 2005) erschweren den Zugang zum qualifizierten Arbeitsmarkt in verstärktem Mass. Diese Problematik wird dadurch akzentuiert, dass die professionelle Stellung zugleich von den Forschungspartnerinnen als eine der wenigen Möglichkeiten gesehen wird, gesellschaftliche Anerkennung zu erlangen. Auf der anderen Seite deutet unsere Studie auch darauf hin, dass viele Migrantinnen einen starken Druck von der Familie ihres (i.R. Schweizer) Ehemannes verspüren, als „gute Mutter“ zu Hause bleiben zu müssen. So wirken Geschlechternormen auch in der Familie und Paarbeziehungen widersprüchlich auf das Handlungsfeld von Migrantinnen. Die verschiedenen z.T. gegensätzlichen und widersprüchlichen Normen auf den unterschiedlichen Ebenen führen dazu, dass sich Migrantinnen in Spannungsfeldern befinden, welche ihre persönlichen Werthierarchien in Frage stellen und ihre Integrationsmöglichkeiten einschränken. Gut ausgebildete Migrantinnen sind darüber hinaus mit De-Qualifizierungsprozessen und dem Verlust an Selbstvertrauen konfrontiert. Folglich resultiert Migration für viele gut ausgebildete Frauen eher in einem Statusverlust als in einem sozialen Aufstieg.

Migrantinnen reagieren jedoch nicht bloß passiv auf die ungünstigen Umstände bezüglich Partizipation im Arbeitsmarkt. Vorliegende Studie macht deutlich, dass Migrantinnen zahlreiche Strategien mobilisieren, um ihre Chancen im Arbeitsmarkt zu verbessern. Die Strategien und Antworten auf die Herausforderungen reichen von Re-Qualifizierung und Aufbau von neuen Beziehungen über Verrichtung unqualifizierter Arbeit bis zur Aufnahme unbezahlter freiwilliger Tätigkeiten in sozialen und politischen Institutionen. Freiwillige und meist unbezahlte soziale und politische Arbeit bezeichnen Migrantinnen als sehr wichtig für ihr Wohlergehen. Einerseits ermöglichen solche Arbeiten, Aktivitäten außerhalb des privaten Raumes der Haus- und Familienarbeit, und andererseits kann freiwillige Arbeit aus der Sicht der Frauen ein Weg zur Anwendung der beruflichen Qualifikationen sein bzw. ein wichtiger Schritt in Richtung bezahlter Anstellung. Gut ausgebildete Migrantinnen bezeichnen ihre berufliche Entwicklung als zentrales Ziel und als wichtiger Teil ihrer persönlichen Identität. Die Migration in die Schweiz impliziert jedoch, wie weiter oben ausgeführt, die Konfrontation mit neuen Normen und Werten bezüglich Arbeit und Geschlechterrollen. Besonders Frauen mit Kindern sehen sich mit neuen Normen in Bezug auf das Muttersein konfrontiert, was zu inneren Konflikten führen kann und viele Frauen zwingt, sich zu verändern, sich anzupassen oder zu kämpfen, um ihre professionelle Aktivität auf dem Niveau vor der Migration zu erhalten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass hohe Qualifikationen alleine keine Garantie für eine erfolgreiche sozio-ökonomische Integration sind. Besonders zu berücksichtigen sind – wie unsere Untersuchung zeigen konnte – gender- und ethnizitätsspezifische Faktoren, welche den gleichberechtigten Zugang qualifizierter Migrantinnen zum Arbeitsmarkt erschweren. Auf der strukturellen Ebene konnten zwei Hauptfaktoren ausgemacht werden: (a) die Politik und deren Regulationen in Bezug auf Migration und Integration und (b) gesellschaftliche Diskurse in Bezug auf Geschlechterrollen und Bilder von Migranten und Migrantinnen aus Ländern außerhalb der EU.

Es scheint ein Paradox, dass die Herkunftsländer außerhalb Europas durch die Migration qualifizierter Migrantinnen wichtige Ressourcen verlieren (*brain drain*), währenddessen sich in der Schweiz für diese Frauen wenige Möglichkeitsräume zur Entfaltung ihres sozialen und kulturellen Kapitals eröffnen und ihr Wissen auch volkswirtschaftlich nicht zum Tragen kommt (*brain waste*). Wenn die Schweiz vom sozialen und kulturellen Kapital der gut ausgebildeten Migrantinnen aus Ländern außerhalb der EU profitieren möchte, sind Maßnahmen und Programme unentbehrlich, um den Transfer dieses Kapitals und die dafür notwendigen Strategien von Migrantinnen zu unterstützen.

Dr. Yvonne Riaño, 1955, Geographin, Lektorin am Geographischen Institut der Universität Bern, Bern; riano@giub.unibe.ch.

Lic. phil. Nadia Baghdadi, 1976, Islamwissenschaftlerin und Doktorandin in Geografie, Universität Bern, Bern; baghdadi@giub.unibe.ch.

Literatur

- Anthias, Floya (2001). „The material and the symbolic in theorizing social stratification: issues of gender, ethnicity and class“. In: *British Journal of Sociology*, 52(3), 367-390.
- Baghdadi, Nadia (2005). „Islamische Identitäten in der Migration“. In: *SGMOIK-bulletin* N.21, 24f.
- Bourdieu, Pierre (1986). „The forms of capital“. In: John G. Richardson (ed.), *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*. New York: Greenwood Press, 241-258.
- Bundesamt für Statistik (BFS) (2004). *Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz*. Bericht 2004. Neuchâtel.
- Carbajal Mendoza, Myriam (2004). *Actrices de l'ombre: la réappropriation identitaire des femmes latino américaines sans-papiers*. MSc thesis. Fribourg: Université de Fribourg.
- Foucault, Michel (1980). *Power/Knowledge: Selected interviews and other writings, 1972-1977*. New York: Pantheon Books.
- Freire, Paulo (1970). *Pedagogy of the Oppressed*. New York: Continuum.
- Glaser, Barney G. und Anselm L. Strauss (2005). *Grounded theory : Strategien qualitativer Forschung* (Aus dem Amerikan. von Axel T. Paul) . Bern: Huber.
- Giddens, Anthony (1984). *The Constitution of Society. Outline of the Theory of Structuration*. Cambridge: Polity Press.
- Gregory, Derek (2002). *Power, Knowledge and Geography*. London: Blackwell.
- Hettlage, Raphaela (2005). „Von Gastarbeiterinnen zu Gründerinnen: Migrantinnen als Unternehmerinnen in der Schweiz.“ In: Michaela Fenske und Tatjana Eggeling (eds.), *Geschlecht und Ökonomie* (pp. 97-118). Göttingen: Schermer Verlag.
- Knapp, Gudrun-Axeli (2005). „Intersectionality“ – ein neues Paradigma feministischer Theorie? Zur transatlantischen Reise von „Race, Class, Gender“. In: *Feministische Studien*, 1, 68-81.
- Kofman, Eleonore (2000). „The Invisibility of Skilled Female Migrants and Gender Relations in Studies of Skilled Migration in Europe.“ In: *International Journal of Population Geography*, 6(1), 45-59.
- Le Breton Baumgartner, Maritza (1998). Die Feminisierung der Migration: Eine Analyse im Kontext neoliberaler Arbeits- und Aufenthaltsverhältnisse. In: *Globalisierung aus Frauensicht: Bilanzen und Visionen*.
- Mainardi, Giuditta (2006). *Miroirs migratoires. Entre le Brésil et la Suisse: vécus de femmes brésiliennes*. Bern: Peter Lang.
- Marshall, Thomas Humphrey (1950). *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge: CUP.
- Mohanty, Chandra Talpede (1991). „Cartographies of Struggle. Third World Women and the Politics of Feminism“. In: C. T. Mohanty, A. Russo und L. Torres (eds.), *Third World Women and the Politics of Feminism*. Bloomington: Indiana University Press.
- Preston, Valerie (2003). „Gender, Inequality and Borders“. In: *International E-Journal for Critical Geographies*, 2(2).
- Prodolliet, Simone (1998). „Migrant Women and Integration Politics. The Case of Switzerland.“ In: Ferreira et

Sparen Sie Ihre wertvolle Zeit, lassen Sie die JUSLINE für sich recherchieren!

Geben Sie einfach mitten aus Ihrer Konferenz die gesuchte Firma oder Liegenschaft per Webformular, E-Mail oder auch Anruf bekannt, Sie erhalten umgehend die entsprechenden Auszüge gemailt oder gefaxt. Diesen Service gibt es nur bei JUSLINE.



Firmenbuch-, Gewerberegister- und Grundbuchauszüge sowie Meldeauskünfte

www.jusline.at

JUSLINE ist offizielle Verrechnungsstelle für Grundbuch und Firmenbuch, sowie Service-Provider für das Zentrale Melderegister. Bei den Komfortabfragen (siehe oben) erhalten Sie die Auszüge von Montag bis Donnerstag von 8 Uhr - 17 Uhr und Freitag von 8 Uhr - 16 Uhr umgehend zugesandt, Abfragen an Wochenenden werden innerhalb der ersten beiden Arbeitsstunden des nachfolgenden ersten Werktages bearbeitet.

JUSLINE GmbH, 4690 Schwanenstadt, Tel. 07673-6457 Service for Professionals.

jusline.at

al. (eds.), *Shifting Bonds, Shifting Bounds: Women, Mobility and Citizenship in Europe* (pp. 175-185). Oeiras: Celta Editora.

Raghuram, Parvati und Montiel, D. (2003). „Skilled migratory regimes: The case of female medical migrants in the UK.“ In: A. Montanari (ed.), *The New Geography of Human Mobility: Inequality Trends* (pp. 67-84). Rome: Home of Geography.

Riaño, Yvonne (2003). „Migration of Skilled Latin American Women to Switzerland and Their Struggle for Integration.“ In: Yamada Mutsuo (ed.), *Latin American Emigration: Interregional Comparison among North America, Europe and Japan*. JCAS Symposium Series 19, Japan Centre for Area Studies, National Museum of Ethnology, Osaka.

Riaño, Yvonne (2005). „Women on the Move to Europe. A Review of the Literature on Gender and Migration“. In: Maria Gloria da Marroni und Gloria Salgado (eds.), *Latina-american Diaspora: Migration within a Globalized World*. Universidad Autónoma de Puebla. Institute of Developing Economies, Japan External Trade Organization.

Riaño, Yvonne und Doris Wastl-Walter (2006a). „Immigration Policies, State Discourses on Foreigners and the Politics of Identity in Switzerland“. In: *Environment and Planning A*, 38(9), 1693 - 1713.

Riaño, Yvonne und Doris Wastl-Walter (hrsg.) (2006b). „Migration- und Integrationspolitik aus der Geschlechterperspektive“. Forschungsberichte Nr. 11, Bern: Geographisches Institut, Universität Bern.

Riaño Yvonne und Nadia Baghdadi (2007). „I thought I could have a more egalitarian relationship with a European'. The Role of Gender and Geographical Imaginations in Women's Migration“. In: *Nouvelles Questions Féministes*, No 1: Genre et frontières – frontières de genre. Lausanne: Editions Antipodes.

Richter, Marina (2006). *Integration, Identität, Differenz. Der Integrationsprozess aus der Sicht spanischer Migrantinnen und Migranten*. Bern: Peter Lang.

Said, Edward (1978). *Orientalism: Western Conceptions of the Orient*. London: Routledge und Kegan Paul/Harmondsworth, Middx: Penguin.

Sançar, Annemarie, Hildegard Hungerbühler und Beatriz Paiva-Keller (2001). *Migrantinnen im Kanton Bern*. Bern: Kantonale Fachstelle für die Gleichstellung von Frauen und Männern.

Waldis, Barbara (2001). A propos de quelques stéréotypes sur l'immigration féminine en Suisse. In: Association Romande Femmes Immigrées et Santé, *Femmes migrantes et souffrance psychique* (Compte rendu de la journée du 9 Juin 2001 au Centre paroissial d'Ouchy), Lausanne, 6-13.

Wanner, Philippe, Marco Pecoraro und Rosita Fibbi (2005). *Femmes étrangères et marché du travail*. Neuchâtel: Office fédéral de statistique, Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population.

Yuval-Davis, Nira (2002). „Citizenship and Anti-Racism“. In: Floya Anthias und Cathie Lloyd (eds.), *Rethinking Anti-racism*. London: Routledge.

Sexarbeit¹ ist in Österreich grundsätzlich eine legale Tätigkeit, unterliegt jedoch zahlreichen gesetzlichen Einschränkungen. Auf Grund der geteilten Kompetenz zur Regelung von Sexarbeit zwischen Bund und Ländern und einer konservativen Rechtsprechung ist die Rechtslage zudem unübersichtlich und widersprüchlich.

Wesentliche bundesgesetzliche Regelungen sind die Steuer- und Sozialversicherungspflicht und die Pflicht zu wöchentlichen Gesundheitsuntersuchungen für Sexarbeiterinnen. Wer, wo und wann aber tatsächlich der Sexarbeit nachgehen darf, ist in neun Landesgesetzen auf – im Detail – sehr unterschiedliche Weise geregelt.

Eine Gesamtbetrachtung der österreichischen Rechtslage lässt erkennen, dass nicht vordringlich Interessen der Sexarbeiterinnen (Schutz vor Ausbeutung und Sicherung der legalen Erwerbsmöglichkeit) im Zentrum der Regelungen stehen, sondern der Schutz von Kunden und AnrainerInnen.

So wird Sexarbeit vom Bundesgesetzgeber zwar als steuerpflichtige Dienstleistung betrachtet, nach geltender Rechtsprechung des OGH sind Verträge über sexuelle Dienstleistungen (die Körperkontakt involvieren) jedoch sittenwidrig und damit nichtig.² Das hat auf rechtlicher Ebene zur Konsequenz, dass Sexarbeiterinnen ihr Einkommen zwar versteuern müssen, aber wenn der Kunde nicht zahlt, können sie ihr Honorar nicht einklagen. Diese Rechtsprechung verhindert auch den Abschluss eines rechtsgültigen Dienstvertrages über sexuelle Dienstleistungen. Sexarbeiterinnen können in Österreich daher nur als Selbständige arbeiten.³ Dass der Bundesgesetzgeber diese Rechtsprechung nunmehr seit Jahrzehnten unwidersprochen hinnimmt, zeigt seine Unentschlossenheit im Umgang mit Sexarbeit.

Auch eine Betrachtung der Landesgesetze und Vollzugspraxis spiegelt diesen Zwiespalt wieder. In Vorarlberg etwa ist Sexarbeit nur in behördlich genehmigten Bordellen zulässig (sog Bordellsystem). Derzeit gibt es in Vorarlberg jedoch kein einziges genehmigtes Bordell, womit in diesem Bundesland ein de facto Verbot von Sexarbeit besteht. Andere Bundesländer sind liberaler, insbesondere Burgenland, Niederösterreich, Oberösterreich und Wien. In diesen Bundesländern darf Sexarbeit grundsätzlich überall dort angeboten werden, wo es nicht ausdrücklich verboten ist (den sog Schutzzonen). Sexuelle Dienstleistungen in der eigenen Wohnung anzubieten ist generell verboten, Hausbesuche beim Kunden sind jedoch im Burgenland, in Niederösterreich und Wien zugelassen. Auch das Schutzzonensystem lässt in der Pra-

xis aber nur wenige legale Orte zur Ausübung der Prostitution zu.

Neben diesen örtlichen Einschränkungen sehen die meisten Bundesländer für Sexarbeiterinnen eine Registrierungspflicht vor. In Wien etwa müssen sich Sexarbeiterinnen vor Aufnahme ihrer Tätigkeit bei der Bundespolizeidirektion (an-)melden.

Manche Bundesländer sehen ausdrücklich auch ein Mindestalter für Sexarbeiterinnen vor. Dieses liegt in manchen Bundesländern bei 19 Jahren, in anderen bei 18 Jahren. Liegt das gesetzlich vorgesehene Mindestalter nicht vor, macht

Sexarbeit – die österreichische Rechtslage und Entwicklungen in der Europäischen Union

Marie Theres Prantner



sich nach diesen Landesgesetzen jedoch nicht der Kunde strafbar, sondern die „geschützte“ Person.⁴

Ein weiterer wesentlicher Punkt, der bei einer rechtlichen Betrachtung von Sexarbeit nicht übersehen werden darf, ist die Tatsache, dass etwa 80-90% der Sexarbeiterinnen in Österreich Migrantinnen sind. Viele von ihnen haben auf Grund der fremdenrechtlichen Bestimmungen derzeit keine Möglichkeit, in Österreich legal als Sexarbeiterin tätig zu sein. Werden sie aufgegriffen, droht ihnen die Abschiebung. Eine Situation, die diese Gruppe besonders ausbeutungsfähig macht.



1) In diesem Artikel werden statt der gebräuchlichen, aber unscharfen Begriffe Prostitution und Prostituierte die Begriffe „Sexarbeit“ und „Sexarbeiterin“ verwendet. Der Begriff Sexarbeit umfasst ausschließlich sexuelle Dienstleistungen, die von Erwachsenen und freiwillig erbracht werden. Der Begriff Prostitution hingegen wird ebenso in Fällen von Zwang, Gewalt, krasser Ausbeutung und sexuellem Missbrauch von Minderjährigen ver-

wendet und führt auf diese Weise häufig zu einer sprachlichen Verwischung der Umstände. Die ausschließlich weibliche Formulierung „Sexarbeiterin“ und die ausschließlich männliche Formulierung „Kunde“ reflektieren die realen Verhältnisse, unbenommen der Tatsache, dass es auch männliche Sexarbeiter und weibliche Kunden gibt.

2) OGH 28.06.1989, 3 Ob 516/89.

3) Sexarbeiterinnen gelten als sog „Neue Selbständige“ gem. § 2 Abs 1 Z 4 GSVG.

4) Diese landesgesetzliche „Straffreiheit“ des Kunden und Kriminalisierung von Mädchen und jungen Frauen steht in Widerspruch zum österreichischen Strafgesetzbuch, wonach sich der Kunde einer minderjährigen Person (unter 18 Jahre) wegen sexuellem Missbrauch zu verantworten hat, § 207b Abs 3 StGB.

Klang-Kommentar*Die Neuauflage des führenden Großkommentars zum ABGB*

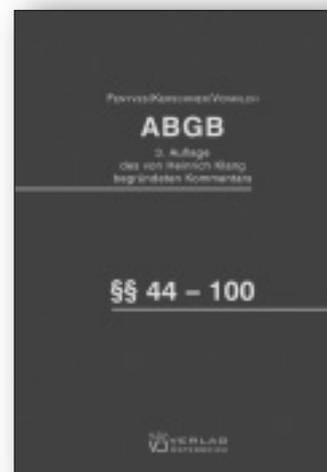
Hinteregger/Kissich

Eherecht §§ 44 – 100 ABGB

2006, 242 Seiten, geb., 978-3-7046-4898-3, € 48,-

Ausführliche und übersichtliche Kommentierung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe (§§ 44-100 ABGB) durch zwei Expertinnen des Familienrechts auf höchstem wissenschaftlichem Niveau. Der Band enthält außerdem eine gründliche Aufarbeitung der rechtlichen Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sowie einen ausführlichen Exkurs zu den sicherheitspolizeilichen und exekutionsrechtlichen Bestimmungen des Gewaltschutzgesetzes. Das Ehegesetz ist einem weiteren Band vorbehalten. Das detaillierte Stichwortverzeichnis ermöglicht ein rasches Auffinden der benötigten Informationen.

Nützen Sie die Gelegenheit, die nachfolgenden Bände dieses unverzichtbaren Werkes zu einem Abopreis (-15%) zu bestellen. (Abonnement nach zwei bezogenen Bänden jederzeit kündbar)



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

VERLAG
 ÖSTERREICH

Zusammengefasst ist die österreichische Rechtslage im Hinblick auf den Interessenschutz von Sexarbeiterinnen unbefriedigend. Was sind nun mögliche Perspektiven einer Neuorientierung Österreichs?

In der Europäischen Union lassen sich im rechtlichen Umgang mit Sexarbeit zwei konträre Entwicklungen festmachen. Zum einen die Anerkennung von sexuellen Dienstleistungen als Arbeit, wie dies etwa in Deutschland der Fall ist. Entgegen der Rechtslage in Österreich werden Verträge über sexuelle Dienstleistungen für rechtsgültig erachtet. Auch Dienstverhältnisse sind möglich, jedoch mit eingeschränktem Weisungsrecht zum Schutz der sexuellen Integrität. Umgekehrt gibt es den Versuch, die Nachfrage über Kundenbestrafung abzuschneiden, wie dies von Schweden heftig gefordert wird.

Hinter beiden Lösungsansätzen steht der Wunsch, Frauenrechte zu schützen.

Die Anerkennung als Arbeit soll Frauen in der Sexarbeit mehr Schutz durch mehr Rechte gewähren. Es wird davon ausgegangen, dass bei Vorliegen bestimmter Rahmenbedingungen die Erbringung von sexuellen Dienstleistungen als freiwillig und damit als Arbeit zu betrachten ist. Die Kundenbestrafung hingegen ist Konsequenz einer Betrachtung von Sexarbeit als Frauenrechtsverletzung. Die Möglichkeit,

dass sexuelle Dienstleistungen freiwillig erbracht werden können, wird kategorisch ausgeschlossen. Auch Sexarbeiterinnen werden daher als Opfer betrachtet, Kunden hingegen als Täter.

Ersterer Weg, die Anerkennung als Arbeit, erscheint mir der vielversprechendere Weg, die Interessen von Sexarbeiterinnen tatsächlich zu schützen. Voraussetzung dafür ist, dass der Gesetzgeber bereit ist, dieses Ziel umfassend umzusetzen – eine Voraussetzung, die auch in Deutschland derzeit noch nicht gegeben ist. Die Kundenstrafbarkeit hingegen drängt den Markt in den Untergrund – eine Entwicklung, für die es (auch in Schweden) keine Lösung zu geben scheint und die die Ausbeutungsgefahr für Sexarbeiterinnen erhöht.

Mag.^a Marie-Theres Prantner ist Juristin im Bundesministerium für Frauenangelegenheiten. Im Rahmen des Masterlehrgangs „Internationale Genderforschung und Feministische Politik“ des Rosa-Mayreder-Colleges in Wien, beendete sie 2006 eine rechtsvergleichende Arbeit zu dem Thema „Sexarbeit -Frauenrechtsverletzung oder eine Arbeit wie jede andere? (abrufbar unter <http://www.sophie.or.at/category/service/downloads/>); marie-theres-prantner@utanet.at.

Seit 1985 arbeitet der Verein **LEFÖ** für die Rechte von Migrantinnen in Österreich und seit über 15 Jahren gibt es einen Arbeitsschwerpunkt zu Migrantinnen, die in der Sexarbeit tätig sind. LEFÖ fordert seitdem – gemeinsam mit dem Verein **maiz** in Linz – Rechte für SexarbeiterInnen.

Die Verbindung von Migration und Prostitution ist ein Bereich, in dem in der öffentlichen Diskussion viele rassistische und sexistische Vorurteile reproduziert werden – und gesetzlich eine rechtlose Situation hergestellt wird.

Um auf die gesellschaftliche Doppelmoral diesbezüglich aufmerksam zu machen und die Menschen-, Arbeits- und MigrantInnenrechte von SexarbeiterInnen einzufordern, wurde – erstmals in Österreich – eine bundesweite Kampagne für die Rechte von SexarbeiterInnen konzipiert.

Recht auf Information und Beratung

SexarbeiterInnen haben viele Pflichten und sollen sich mit wenig Rechten zufrieden geben: SexarbeiterInnen in Österreich sind zu einer behördlichen Registrierung verpflichtet. Das STD-Gesetz sieht eine verpflichtende wöchentliche amtsärztliche Untersuchung auf das „Freisein von Geschlechtskrankheiten“ vor. SexarbeiterInnen, die nicht EU-BürgerInnen sind, dürfen innerhalb eines Jahres höchstens 6 Monate durchgehend in Österreich in der Sexindustrie arbeiten – eine Maßnahme, die nur die Nachfrageseite bedient.

In diesem Rahmen bietet LEFÖ seit Jahren – und als erste Organisation in Österreich – (muttersprachliche) Information und Beratung durch kulturelle Mediatorinnen für Sexarbeiterinnen an. Sexarbeiterinnen selbst werden – unter anderem als Multiplikatorinnen – in die Arbeit einbezogen und sind Teil der gemeinsamen Projekte.

Die NGOs in diesem Bereich sind aber – trotz jahrelanger Arbeit und bewährter Konzepte – finanziell nicht abgesichert. Im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern gibt es in Österreich kaum Einrichtungen mit genügend Ressourcen, die SexarbeiterInnen unterstützen. LEFÖ fordert bereits seit Jahren die langfristige finanzielle Absicherung der bisherigen Arbeit.

Forderungen

Gemeinsam mit KollegInnen aus der europäischen und internationalen SexarbeiterInnenbewegung wird die Umsetzung der Menschen-, Arbeits- und MigrantInnen-

nenrechte, die SexarbeiterInnen nach internationalen Übereinkommen zustehen, gefordert.

Für Österreich ganz konkret:

- Die Entkoppelung des Regelungsbereichs der Prostitution aus den Sitten- bzw. Anstandsnormen und die konsequente Eingliederung in die Materien des Arbeitsrechts, der Gewerbeordnung und des Vertragsrechts.

SexarbeiterInnen haben Lust ... auf ihre Rechte!

8. März 2007 I Internationaler Frauentag bis 2. Juni 2007 I Internationaler Hurentag

[Bundesweite Kampagne für die Rechte von SexarbeiterInnen]

- Die rechtliche Gleichbehandlung und Gleichstellung von SexarbeiterInnen mit anderen Erwerbstätigen durch die Legalisierung der Prostitution als Erwerbstätigkeit.
- Veränderung des Fremdenrechts:
→ Amnestie für die durch das Fremdenrechtspaket 2005 (Abschaffung des „Prostituiertenvisums“) illegalisierten SexarbeiterInnen

→ Schaffung einer Aufenthalts- und Niederlassungsmöglichkeit für migrantische SexarbeiterInnen

- Schutz vor Gewalt, Diskriminierung, Sexismus und Rassismus

Die Kampagne „SexarbeiterInnen haben Lust... auf ihre Rechte“ ist **eine Initiative von** LEFÖ Beratung, Bildung und Begleitung für Migrantinnen **in Kooperation mit** maiz, Autonomes Zentrum von und für Migrantinnen und **mit Unterstützung von** thekla, die Lobby für Frauen in Graz und Frauentreffpunkt Salzburg.

Mehr dazu: www.lustaufrechte.at

- **Wofür steht SOPHIE eigentlich?**

SOPHIE-BildungsRaum für Prostituierte ist ein Projekt im Rahmen der Gemeinschaftsinitiative Equal und bietet in der Sexarbeit tätigen Frauen Unterstützung an. SOPHIE steht für die parteiliche Vertretung dieser Frauen. Die Grundlage unserer Arbeit ist eine akzeptierende, nicht moralisierende Haltung der Sexarbeit gegenüber.

- **Welche Zielsetzungen verfolgt das Projekt, welche Ansätze?**

Ziel von SOPHIE-BildungsRaum ist die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen von Frauen in der Sexarbeit und Weiterbildung bzw. Unterstützung bei der Integration in den 'bürgerlichen' Arbeitsmarkt. Sowohl aktive als auch ehemalige Sexarbeiterinnen in Wien sind Zielgruppe.

- **Wie wird das von den betroffenen Frauen angenommen?**

Eigentlich durchwegs positiv. Sie wissen, dass sie bei uns in Ihrer Tätigkeit akzeptiert werden und müssen nicht erst großartig erklären. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass die Phase eines gelungenen Vertrauensaufbaus entscheidend ist. Viele Frauen bringen oft schlechte Erfahrungen im Umgang mit Behörden oder Institution mit bzw. haben vielfach Diskriminierungen auf Grund ihrer Tätigkeit erfahren.

- **Gibt es dazu Erfolgsmeldungen?**

Ende März erschien eine Fachpublikation von SOPHIE zum Thema „wenn SEX ARBEIT war...“. Darin wird aus verschiedenen Blickwinkeln das Thema Umstieg aus der Tätigkeit in der Sexarbeit in einen anderen 'bürgerlichen' Beruf betrachtet. Meist ist es ein sehr langer Prozess. Zwei Interviews zeigen die sehr persönlichen Sichtweisen und Erfahrungen von zwei Frauen auf. Anhand von Fallbeispielen aus unserer Arbeit wird der Beratungsprozess, der laufend stattfindet, recht anschaulich dargestellt. Man erkennt wie die verschiedenen Bereiche im Projekt Unterstützung geben können.

- **Wie ist die Bilanz nach zwei Jahren des Projektes?**

In vielerlei Hinsicht ist die Bilanz positiv. Unser Angebot wurde von den Frauen sehr gut angenommen. Es steht ein recht breit gefächertes Angebot zur Verfügung. Auch in der Öffentlichkeitsarbeit ist es gelungen, den Diskurs über das Thema zu verstärken. In dieser Hinsicht hat SOPHIE eine wichtige Schnittstellenfunktion wahrgenommen, einerseits durch gezielte Informationsweitergabe von Hintergrundwissen, etwa durch Interviews, Gespräche aber auch durch Besuche

SOPHIE: ein Projekt

Von Cordula Höbart und Eva van Rahden

von StudentInnen, andererseits durch die Teilnahme an Veranstaltungen und Diskussionsrunden.

- **Welche Ergebnisse und Forderungen stellen sich?**

Aus der Erfahrung der praktischen Arbeit heraus lassen sich einige Empfehlungen für die Zukunft ableiten: Wesentlich ist der weitere Abbau von Vorurteilen und Stereotypen; die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen von Sexarbeiterinnen: Durch das neue Fremdenrecht hat sich die Situation einer großen Gruppe von Sexarbeiterinnen, der Migrantinnen, verschärft. Hier würden wir uns, wie für andere Gruppen, Ausnahmeregelungen wünschen.

Mag.^a Eva van Rahden ist Projektleiterin, Mag.^a Cordula Höbart ist Mitarbeiterin von SOPHIE; sophie@volkshilfe-wien.at. Die Fragen stellten Mag.^a Pia Abel und Mag.^a Doris Einwallner.

Vom 22. bis zum 24. März 2007 fand erstmals in Wien die 38. FACHTAGUNG PROSTITUTION, die auf den 1985 abgehaltenen „Hurenkongreß“ zurückgeht, statt. Diesmal wurde die Tagung durch das Projekt „SOPHIE-BildungsRaum für Prostituierte“ in Wien ausgerichtet. Neben Mitgliedern der Fachtagung – einer Vernetzung von Beratungsstellen für Prostituierte, Selbsthilfegruppen, Gesundheitsämter und Sexarbeiterinnen aus Deutschland und Österreich – nahmen erstmals auch Vertreterinnen aus Politik, Verwaltung, Interessensverbänden und NGOs teil.

Die Projektleiterin von SOPHIE-BildungsRaum, Eva van Rahden betonte zu Beginn der Veranstaltung: „Ich wünsche mir, dass die Fachtagung den Beginn einer intensiveren Diskussion nicht über Sexarbeit, sondern mit SexarbeiterInnen bedeutet.“

Diskutiert wurden in Workshops unter anderem die rechtlichen Rahmenbedingungen in Österreich: Iris Appiano-Kugler (Gender Mainstreaming Beauftragte des Arbeitsmarktservice Wien) und Elisabeth Holzleithner (Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht an der Universität Wien) thematisierten in ihren Statements die Situation von Frauen am Arbeitsmarkt im allgemeinen und der Sexarbeiterinnen im Besonderen. Sie hoben hervor, dass die Gleichstellung von Frauen am Arbeitsmarkt nach wie vor nicht erreicht ist und die Einkommensschere mehr denn je auseinanderdriftet. Die SexarbeiterInnen erfahren durch ihre rechtlich ungeschützte Position noch einmal eine besondere Stigmatisierung.

Ein weiterer Workshop widmete sich dem Thema Sozialarbeit: Gabriele Wild und Jana Circova (beide Mitarbeiterinnen von SOPHIE) gestalteten eine Diskussionsplattform für Erfahrungsaustausch und Wissenstransfer. Hier wurde die Frage diskutiert, was die Unterschiede an Formen der Prostitution in Verbindung mit einer Pluralität von AkteurInnen bewirken und es wurden Schlagworte wie „Partizipation, Peer-Ansätze, Selbstorganisation“ differenziert beleuchtet.

Einem Workshop zum Thema „Feministische Theorien: Post-border feminists? Arbeit mit SexarbeiterInnen im transnationalen Kontext“ leiteten Faika Anna El-Nagashi (LEFÖ/TAMPEP) und Luzenir Caixeta (MAIZ): Gegenstand waren Theorie und Praxis auf der Suche nach neuen Interventionsmodellen in der Arbeit mit Sexarbeiterinnen in einer Zeit der Internationali-

sierung der Sexindustrie und der Entrechtung der (v.a. migrierten) sexuellen DienstleisterInnen.

Im Workshop „wenn SEX ARBEIT war...“ beleuchteten unter anderem Johanna Reithner (SOPHIE) und Marie Steindl (SOPHIE, Interkulturelles Zentrum) Um- und Ausstiegsprozesse von Sexarbeiterinnen. Erörtert wurden insbesondere folgende Fragen: Was sind die notwendigen Rahmenbedingungen für Bildungs- und Qualifikationsmaßnahmen? Wie können diese

Bericht über die 38. Fachtagung Prostitution

Pia Abel

Maßnahmen erfolgreich ein- und umgesetzt werden?

Emilija Mitrovic (ver.di Deutschland) referierte schließlich über den Themenbereich „Trade Unions and Sex Workers Rights / Gewerkschaften und Rechte für SexarbeiterInnen“. Sie stellte die Arbeit in den Gewerkschaften vor und behandelte nicht zuletzt den Aspekt, dass Sexarbeiterinnen derzeit noch wenig Interesse haben, sich gewerkschaftlich zu organisieren.

*Mag.^a Pia Abel ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht (IOER), Wirtschaftsuniversität Wien;
pia.abel@wu-wien.ac.at.*

1. Einleitung

Mit Sexarbeit, in der rechtlichen Diktion (noch immer) „Prostitution“¹ genannt, setzen sich die Höchstgerichte immer wieder auseinander. Im folgenden Beitrag wird die neuere Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Strafsachen (OGH) sowie des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) durchleuchtet und dahingehend untersucht, ob Ansätze einer Judikaturänderung zu erkennen sind.

2. Die Judikatur des OGH in Strafsachen

Im Mittelpunkt der zunächst anzustellenden strafrechtlichen Betrachtung steht eine Entscheidung des OGH betreffend den Straftatbestand der Zuhälterei² (§ 216 StGB), der das Ausnützen, die Ausbeutung und die Einschüchterung von SexarbeiterInnen unter Strafe stellt und somit intentional deren Schutz dienen soll. Während die Ausbeutung eine rücksichtslose Ausnützung der/des SexarbeiterIn unter Hintanstellung ihrer/seiner eigenen vitalen Interessen durch Ab- oder Übernahme des ganzen oder überwiegenden Entgelts ihrer/seiner Tätigkeit durch Einschüchterung, Gewalt oder gefährliche Drohung des/der ZuhälterIn erfordert, liegt Ausnützen eines/r SexarbeiterIn dann vor, wenn der/die ZuhälterIn für empfangene materielle Vorteile, die über trinkgeldartige Zuwendungen hinausgehen, keine oder nur eine verhältnismäßig geringe Gegenleistung erbringt.³ Mit dem Tatbestand des Ausnützens (§ 216 Abs 1 StGB) soll somit das SchmarotzerInnentum im Vorfeld der nur schwer nachweisbaren Ausbeutung erfasst werden. Zur Verwirklichung des Tatbestandes genügt es daher, dass der/die TäterIn materielle Vorteile von dem/der SexarbeiterIn annimmt, denen keine entsprechenden Gegenleistungen gegenüberstehen.⁴

In seinem Urteil vom 23.08.2006 hat der OGH uE zu einer beachtenswerten Weiterentwicklung der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Ausnützen“ im Sinne des § 216 Abs 1 und Abs 2 vierter Fall StGB beigetragen.⁵ Der Entscheidung lag – soweit aus dem Spruch erkennbar – folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte wurde vom Landesgericht Linz als Schöffengericht des Vergehens der Zuhälterei nach § 216 Abs 2 vierter Fall StGB (idF vor dem StRÄG 2004) schuldig erkannt, „weil er von 01. Oktober 2000 bis Mai 2004 in L***** und Le***** mit dem Vorsatz, sich aus der gewerbsmäßigen Unzucht einer anderen Person eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, insgesamt 12 namentlich genannten Frauen derart, dass jeweils zumindest zwei davon gleichzeitig ausgenützt wurden, einen Teil ihrer Einkünfte aus (in nackt oder nur mit einem Slip bekleidet durchgeführter „Massage“ [auch] des Geschlechtsteils ihrer männlichen Kundschaft bestehender) gewerbsmäßiger Unzucht,

nämlich 40 (von angenommenen 110 oder 80) Euro für eine einstündige „Massage“ und 30 (von angenommenen 60) Euro für eine halbstündige „Massage“, sowie weitere 1 bis 3 Euro – „später“ – 50 Euro pro Monat – für das Bestellen einer Räumlichkeit, regelmäßige Zeitungsinserate, einen Telefondienst, sowie „allfällige Reinigungsmittel und Massageöle“ „abnahm“.

Der dagegen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde hat der OGH Folge gegeben. In der Begründung seiner Entscheidung verwies er zunächst auf die bisher zu § 216 StGB ergangene st Rsp, wonach das Tatbestandsmerkmal des „Ausnützens“ einer sich prostituierenden Person zu bejahen ist, wenn der Täter für empfangene materielle Vorteile, die – wie in die-

Sexarbeit in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung

Alexia Stuefer und Doris Einwallner

sem Fall – über trinkgeldartige Zuwendungen hinausgehen, keine oder nur eine verhältnismäßig geringe Gegenleistung erbringt. Sodann führte er aus, dass – wie auch im Spruch ersichtlich – Feststellungen zum Wert der durch den Angeklagten erbrachten Gegenleistung fehlten. So hatte das Erstgericht zwar den Wert der von den Prostituierten an den Angeklagten erbrachten Leistungen exakt festgestellt, nämlich jeweils € 40,- für eine einstündige Prostitutionsausübung, jeweils € 30,- für eine halbstündige Prostitutionsausübung sowie weitere € 1,- bis € 3,- und später € 50,- für die Betreibung eines Telefondienstes. Der Wert der vom Angeklagten im Gegenzug erbrachten Leistungen, nämlich regelmäßige Werbung im Internet und in einschlägigen Druckschriften, sachgerecht eingerichtete Massagezimmer, einen ständigen Telefondienst zur Vermittlung von Kunden, die Bereitstellung von Reinigungsmitteln und Massageölen sowie eine Einschulung in die am Kunden vorzunehmende Massage-tätigkeit wurde vom Erstgericht hingegen nicht (ziffermäßig) festgestellt. Ein Vergleich zwischen den – von den Prostituierten – erbrachten Leistungen und den – vom Angeklagten – erbrachten Gegenleistungen war daher nicht möglich. Da es dem OGH nach der Strafprozessordnung

1) Der Begriff „Prostitution“ wurde durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2004 (StRÄG 2004) eingeführt und ersetzte die Wortfolge „gewerbsmäßige Unzucht“, vgl § 74 Abs 1 Z 9 StGB; vgl zum Begriff auch Prantner, Sexarbeit – die österreichische Rechtslage und Entwicklungen in der Europäischen Union in

dieser Ausgabe, S 93). Soweit wir auf einzelne Judikate des OGH Bezug nehmen, behalten wir die Terminologie der Rsp bei.
2) Wie Phillip in WK² § 216 Rz 1 richtig ausgeführt, ist die Normüberschrift insofern irreführend, als nicht die Zuhälterei an sich strafbar ist.

3) Vgl Phillip in WK² § 216 Rz 7ff.
4) Vgl ÖJZ-LSK 1986/3; Kienapfel/Schmoller BT III § 214-217 Rz 27.
5) Vgl OGH 23.08.2006, 13 Os 65/06t = EvBl/166 S 863 – EvBl 2006, 863, ÖJZ-LSK 2006/224.

(StPO) verwehrt ist zu entscheidenden schulderheblichen Tatsachen selbst Beweise (hier: zum Wert der erbrachten Gegenleistungen des Angeklagten) aufzunehmen,⁶ war die Urteilsaufhebung und Rückverweisung an das Erstgericht unumgänglich.

Hervorzuheben ist für den hier interessierenden Zusammenhang, dass der OGH es nicht bei der Urteilsaufhebung und Zurückverweisung an die erste Instanz belassen hat, sondern der Entscheidung nachfolgende Ausführungen hinzugefügt hat: „Zur rechtsfehlerfreien Beurteilung des Austauschverhältnisses im Sinn eines Ausnützens Prostituiertes müsste in sachverhältnismäßiger Hinsicht (durch Feststellung) die (solcherart entscheidende) Frage, ob die Leistung des Angeklagten aus wirtschaftlicher Sicht annähernd der Höhe der an ihn geleisteten Zahlungen entsprach, verneint werden. Dazu bedarfes bei der vorliegenden Fallgestaltung auf der Begründungsebene – erforderlichenfalls unter Beziehung eines Sachverständigen – eines Vergleichs mit ähnlich ausgestalteten Vertragsbeziehungen des Wirtschaftslebens außerhalb des Prostitutionsgewerbes. [...] Entgegen der auf Mayerhofer StGB⁵ § 216 E 10a (OLG Innsbruck) gestützten Rechtsauffassung des Schöffengerichtes ist kein Grund ersichtlich, bei der Gegenleistung des Angeklagten diejenigen Kosten, die dieser vor der ‚Vermietung‘ der Räume zu deren Sanierung und Adaptierung aufgewendet hat außer Betracht zu lassen.“

Bemerkenswert ist zunächst, dass der OGH zur rechtsfehlerfreien Beurteilung des Austauschverhältnisses erstmals einen Vergleich mit „ähnlich ausgestalteten Vertragsbeziehungen des Wirtschaftslebens außerhalb des Prostitutionsgewerbes“ fordert.⁷ Zu diesem Zwecke – auch dies erfolgte erstmals – wird die Einholung eines Gutachtens zwar nicht ausdrücklich angeordnet,⁸ aber doch nahe gelegt. In der Anordnung eines Vergleiches der Sexarbeit mit ähnlichen Vertragsbeziehungen des Wirtschaftslebens ist uE der große Verdienst für die Anerkennung der SexarbeiterInnen zu erblicken. Zwar hat die Entscheidung naturgemäß keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung⁹ der von den SexarbeiterInnen regelmäßig abgeschlossenen Verträge, dennoch lässt sich aus der Formulierung eine explizite Annäherung der Sexarbeit an die sonstigen Vertragsbeziehungen des Wirtschaftslebens ableiten. Aber damit nicht genug. Der OGH sah sich zu einer weiteren Klarstellung veranlasst. Während nach der bisherigen Rsp Aufwendungen, die der/die Angeklagte vor der Vermietung der Räume zu deren Sanierung oder Adaptierung aufgewendet hatte, den SexarbeiterInnen nicht als Gegenleistung aufrechnen konnte,¹⁰ spricht das Höchstgericht nunmehr ganz klar aus, dass eine derartige Kompensation zulässig ist. Auf den ersten Blick erscheint die Klarstellung ein Vorteil lediglich für den/die ZuhälterIn zu sein, da sich der Wert der erbrachten Gegenleistung um die Aufwendungen zur Adaptierung und Sanierung vor der Vermietung erhöht. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass der OGH

eine umfassende wirtschaftliche Betrachtungsweise auf beiden Seiten einfordert. ZuhälterInnen und SexarbeiterInnen werden als jeweils selbständige WirtschaftspartnerInnen anerkannt. Hervorzuheben ist weiters, dass der OGH in der aufgehobenen Entscheidung Feststellungen zur subjektiven Tatseite vermisst, indem er ausführt: „Wird die Frage [gemeint: nach dem Verhältnis der Leistung und Gegenleistung] verneint, ist die – mängelfrei begründete – Feststellung vonnöten, dass der Angeklagte dieses Missverhältnis gegenüber ähnlichen Fallgestaltungen des Wirtschaftslebens außerhalb des Prostitutionsgewerbes erkannte (§ 5 Abs 1 StGB). Sollte im fortgesetzten Verfahren erwiesen werden, dass die Leistung des Angeklagten aus wirtschaftlicher Sicht nicht annähernd der Höhe der an ihn geleisteten Zahlungen entsprach, müsste zudem festgestellt werden, dass er diese Abweichung erkannte. An und für sich fordert das Höchstgericht selbstverständliche Feststellungen ein: Ein Schuldspruch wegen einer strafbaren Handlung ist erst bei Vorliegen (und rechtsfehlerfreien Feststellung) des objektiven und des subjektiven Tatbestandes möglich. Indem der OGH nunmehr auch für die Feststellung der inneren Tatseite einen Vergleich mit „ähnlichen Fallgestaltungen des Wirtschaftslebens außerhalb des Prostitutionsgewerbes“ einmahnt, lässt er erneut erkennen, dass er die Sexarbeit an sonstige damit vergleichbare Vertragsbeziehungen annähert. Eine Verurteilung wegen Zuhälterei ist somit nur nach einem umfassenden Vergleich der wirtschaftlichen Verhältnisse des betreffenden Betriebes mit ähnlichen Unternehmungen möglich.

Aus strafrechtlicher Sicht ist resümierend festzuhalten, dass die Entscheidung des OGH wichtige Klarstellungen für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Ausnützen“ iSd § 216 StGB bringt und mit dem geforderten Vergleich der Sexarbeit mit Vertragsbeziehungen des sonstigen Wirtschaftslebens eine Aufwertung derselben einhergeht.

3. Sexarbeit in der zivilrechtlichen Rechtsprechung

Nach st Rsp des OGH in Zivilsachen gelten die von SexarbeiterInnen abgeschlossenen Verträge als sittenwidrig iSd § 879 ABGB. Rechtlich folgt daraus, dass eine Person, die eine sexuelle Dienstleistung in Anspruch genommen hat, die Bezahlung des vereinbarten Entgeltes unter Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages verweigern kann. Die Gründe für diese Rechtsansicht hat der OGH in seiner Leitentscheidung 3 Ob 516/89¹¹ unter Bezugnahme auf die österreichische und deutsche Lehre und Rsp ausführlich dargelegt. So würden „im Zusammenhang mit der Prostitution häufig der Leichtsinn, die Unerfahrenheit, die Triebhaftigkeit und die Trunkenheit von Personen ausgenützt.“ Aus § 566, § 865 und § 879 Abs 2 Z 4 ABGB ergebe sich, „dass ein solches Verhalten dem Geist der Rechtsordnung“ widerspreche. Für die Sittenwidrigkeit spreche weiters „eine zu missbilligende Kommerzialisierung (...), eine Beeinträchtigung des Per-

6) Vgl § 288 Abs 2 Z 3 zweiter Satz StPO; der (Heil-)Massage (vgl § 94 Z 4 Gewerbeordnung).

7) Der OGH lässt offen, welche „ähnlich ausgestalteten Vertragsbeziehungen des Wirtschaftslebens“ er ins Auge fasst. Nahe liegend wären uE Dienstleistungsverträge im Bereich

8) Im Falle der expliziten Anordnung hätte der OGH wohl auf das Wort „erforderlichenfalls“ verzichtet.

9) Nach st Rsp sind Verträge über „die ge-

schlechtliche Hingabe gegen Entgelt“ nach § 879 ABGB sittenwidrig; vgl dazu unten 3.

10) Vgl Mayerhofer StGB⁵ § 216 E 10, OLG Innsbruck 01.09.1984, 7 Bs 418/94.

11) OGH 28.06.1989, 3 Ob 516/89 = SZ 62/123; JBl 1989, 784 = EvBl 1990/13.

H Familienrecht

3A
 0 0 0 b 0 €0
 • 0h 0 d e e d d
 • 0h d 0
 • 0A 0 d 0
 • 0A 0 0 0 0 0 d e 0

Univ.-Prof. Dr. Monika Hinteregger,
 0 0



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



sönlichkeitsschutzes und eine Gefahr für familienrechtliche Institutionen (...). All dies treffe auf die Prostitution zu, die sich – so der OGH weiter – „insbesondere gegen die Institution der Ehe [richtet], weil sie oft zu Ehebruch führt (...).“ All diese Gründe „führen jedenfalls in ihrer Gesamtheit“ zur rechtlichen Beurteilung, Verträge über sexuelle Dienstleistungen seien sittenwidrig.¹²

An dieser Rsp hat der OGH seither festgehalten. Die Begründung des Höchstgerichtes für die Sittenwidrigkeit spricht für sich, sodass sich eine Kommentierung eigentlich erübrigt. Hervorzuheben ist an dieser Stelle nur, dass die Begründung der Entscheidung uE zu einem tendenziell sexistischen Ergebnis führt. Nach dem Tenor der E sollen just jene Personen, die die sexuellen Dienstleistungen in Anspruch nehmen (zum größten Teil Personen männlichen Geschlechts) sowie „familienrechtliche Institutionen“ geschützt werden. Dass auch jene Personen, die die sexuelle Dienstleistung bereits erbracht haben (zum größten Teil Personen weiblichen Geschlechts), durch die Rechtsordnung (auch vermögensrechtlich) geschützt werden (müssen), wird stillschweigend übergangen. So gesehen, dürfen (meist männliche) Personen, zwar eine sexuelle Dienstleistung in Anspruch nehmen, werden aber von der Rsp davor geschützt, ihren (meist weiblichen) VertragspartnerInnen das vereinbarte Entgelt bezahlen zu müssen. Eine Diffe-

renzierung, die sämtlichen der Rechtsordnung zugrunde liegenden Grundsätzen widerspricht. Wie Weitzenböck in ihrer Entscheidungsbesprechung überzeugend dargelegt hat, ist die Sittenwidrigkeit weder methodisch noch sachlich zu rechtfertigen: Bei richtiger Betrachtung der Rechtsordnung gelingt es nicht, aus ihr einen Grundsatz abzuleiten, der durch Sexarbeit gröblich verletzt wird. Weder die Institution der Ehe wird durch sie gefährdet, noch ist außerehelicher Geschlechtsverkehr „unsittlich“. Ebenso wenig wird der Persönlichkeitsschutz der SexarbeiterInnen beeinträchtigt, wenn sie sich freiwillig für diese Tätigkeit entscheiden.¹³

Ob der OGH anlässlich einer weiteren Befassung seine Rsp ändern wird, erscheint fraglich, obwohl in der jüngeren Rsp Anzeichen dafür zu finden sind. Im Jahre 2003 hatte der erste Senat über die von einer Telefonnetzbetreiberin eingeklagten Entgelte für in Anspruch genommene besondere Dienste („Sex-Hotlines“) zu entscheiden. Obwohl er zum Schluss kam, dass es in diesem Fall für die Entscheidung nicht auf die Frage der Sittenwidrigkeit ankomme, führte er aus: „Wenngleich in Österreich eine dem mittlerweile in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getretenen Prostitutionsgesetz (BGBl 2001 I/74), wonach Vereinbarungen über gegen vorher vereinbartes Entgelt vorgenommene sexuelle Handlungen eine rechtswirksame Forderung begründen, vergleichbare Bestimmung nicht existiert, sprechen den-

12) AA Weitzenböck, Die geschlechtliche Hin- 13) Vgl Weitzenböck, JAP 1990/91, 14.
 gabe gegen Entgelt, JAP 1990/91, 14.

noch nach Ansicht des erkennenden Senates gewichtige Gründe dafür die Sittenwidrigkeit von Verträgen über „Telefonsex“ zu verneinen: Neben dem bereits vom Bundesgerichtshof angesprochenen Wandel der Moralvorstellungen sind wohl auch die von Lehre und Rechtsprechung mehrfach hervorgehobene Tatsache des mangelnden Kontaktes und der Umstand, dass nicht der Intimbereich der Anbieterin zur Ware degradiert wird, sondern dass diese lediglich eine davon losgelöste stimmlich-darstellerische Leistung schuldet, bedeutsam. Auch das Argument, diese Facette des Sexualverhaltens vermeide einerseits die Berührung mit der oftmals mit Prostitution zusammenhängenden Kriminalität sowie die Gefahr der Ansteckung und ermögliche andererseits den bei diesen Diensten beschäftigten Frauen den Gelderwerb ohne körperliche Hingabe, ist nicht ohne weiteres von der Hand zu verweisen.¹⁴ Diese Argumentation wurde vom zweiten Senat des OGH wenige Wochen später bekräftigt.¹⁵

Begrüßenswert ist, dass das Höchstgericht in beiden Fällen ausführlich zur Frage der Sittenwidrigkeit Stellung nimmt¹⁶ und – wengleich unter Berufung auf die Jud des deutschen Bundesgerichtshofes – einen Wandel der Moralvorstellungen konstatiert. Alle weiteren Argumente, die nach Ansicht des OGH gegen die Sittenwidrigkeit der Verträge über Telefonsex sprechen sollen, wie insbesondere der mangelnde körperliche Kontakt und die dadurch vermeidbare Degradierung des Intimbereiches als Ware sowie die Gefahr der Ansteckung, sind jedoch abzulehnen. Sie stützen implizit die oben zitierte Entscheidung 3 Ob 516/89¹⁷ und damit weiterhin eine benachteiligende und sexistisch gekennzeichnete Herangehensweise an die Thematik.

4. Sexarbeit in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung

Der VwGH hatte sich mit dem Thema Sexarbeit – soweit überblickbar – bisher in den Bereichen des Steuer- und des Ausländerbeschäftigungsrechtes zu befassen. Wirklich neue Entwicklungen in der jüngeren Judikatur sind nicht festzustellen. Vielmehr hat der VwGH bereits in den 1980er Jahren klargestellt, dass Einkünfte aus der Prostitution – unabhängig davon, ob der zugrunde liegende Vertrag zivilrechtlich existiert oder nicht – der Steuerpflicht unterliegen.¹⁸ Nicht neu ist auch die Ansicht des VwGH, dass Sexarbeit durch Drittstaatsangehörige – sofern sie nicht als selbständige Tätigkeit ausgeführt wird – dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) und damit der Bewilligungspflicht durch das Arbeitsmarktservice (AMS) unterliegt. Als bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinne des AuslBG gilt neben der Verwendung in einem Arbeitsverhältnis unter anderem auch die Verwendung in einem arbeitnehmerInnenähnlichen Verhältnis.¹⁹ „Arbeitnehmerähnlich ist eine Rechtsbeziehung, wenn der Beschäftigte persönlich nicht weisungsgebunden, wirtschaftlich aber abhängig ist.

Dabei liegen zwar die dienstvertraglichen Tatbestandsmerkmale nach § 1151 Abs. 1 ABGB vor, es fehlt aber die persönliche Abhängigkeit“.²⁰

Der VwGH qualifiziert nun die Tätigkeit von SexarbeiterInnen in einschlägigen Lokalen in st Rsp als zumindest arbeitnehmerInnenähnlich. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1999, es handelte sich um ein Verwaltungsstrafverfahren nach dem AuslBG gegen einen Bordellbetreiber, führte der VwGH folgendes aus: „Die Ausübung der Prostitution unter Beteiligung am Umsatz (auch an den verkauften Getränken) ist auf Grund der wirtschaftlichen Gestaltung des abgeschlossenen Vertrages als Verwendung unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie Arbeitnehmer zu qualifizieren“.²¹

Dem Einwand des Beschuldigten, dass ArbeitnehmerInnenähnlichkeit und damit Bewilligungspflicht nach dem AuslBG auch deshalb nicht vorliegen könnten, weil eine Anmeldung für diese Tätigkeit bei der Sozialversicherung nicht möglich sei, entgegnete der VwGH, dass für die Beurteilung, ob Beschäftigungsverhältnisse nach dem AuslBG vorgelegen sind oder der Bordellbetreiber Arbeitgeber im Sinne des AuslBG ist, die Frage der Zulässigkeit der Anmeldung bei der Sozialversicherung bzw ob Anmeldungen beim zuständigen Sozialversicherungsträger gescheitert wären, unerheblich ist.²²

Interessant daran ist die völlig andere, vom OGH in Zivilrechtssachen abweichende, Herangehensweise des VwGH. Er wendet im Grunde Kriterien für die Einstufung als arbeitnehmerInnenähnliche Tätigkeit an, die im Lichte der OGH-Judikatur zur Sittenwidrigkeit bedenklich erscheinen. Gerade die wirtschaftliche Unselbständigkeit bzw die Abhängigkeit vom/von der ArbeitgeberIn dürften ja der vom OGH konstatierten Gefahr des Ausnützens schutzwürdiger Personen und der Kommerzialisierung der sexuellen Integrität Vorschub leisten. Konsequenterweise folgt daraus scheinbarer Paradoxes: Die von SexarbeiterInnen regelmäßig abgeschlossenen Verträge unterliegen trotz ihrer Sittenwidrigkeit der Bewilligungspflicht durch das AMS.

So sehr die Herangehensweise des VwGH an das Thema in der Form, dass Sexarbeit als berufliche Tätigkeit wahrgenommen bzw anerkannt wird, zu begrüßen ist, so sehr führt die dargestellte Divergenz aber auch zu einer mehrfachen Benachteiligung von (drittstaatsangehörigen) SexarbeiterInnen. Die Verpflichtung zur Leistung von Steuern ohne im Übrigen mit denselben Rechten ausgestattet zu sein, wie andere (steuerpflichtige) Berufsgruppen, wird seit jeher kritisiert. Die Bewilligungspflicht einer Tätigkeit nach dem AuslBG, aus der SexarbeiterInnen jedoch keine durchsetzbaren Rechte, insbesondere die Einklagbarkeit ihrer Honorare, erwachsen (sollen), weil die zugrunde liegenden Verträge nach Ansicht des OGH gegen die guten Sitten verstoßen (würden), zeichnet aber ein besonders krasses Bild.

14) Vgl OGH 27.05.2003, 1 Ob 244/02t.

15) Vgl OGH 12.06.2003, 2 Ob 23/03a.

16) In 1 Ob 244/02t wäre dies nicht notwendig gewesen, da aus Sicht des OGH nicht entscheidungswesentlich; sehr wohl aber in 2 Ob 23/03a.

17) OGH 28.06.1989, 3 Ob 516/89 = SZ 62/123; JBl 1989, 784 = EvBl 1990/13.

18) VwGH 16.02.1983, 82/13/0208.

19) Vgl §§ 1 und 2 AuslBG.

20) VwGH 30.01.2007, 2004/21/0038.

21) VwGH 10.2.1999, 98/09/0331; vgl

auch VwGH 2. 9. 1993, 92/09/0322, VwGH 17.11.1994, 94/09/0195; VwGH 6.11.2006, 2005/09/0112 u.v.a.

22) Vgl dazu auch VwGH 18.11.1998, 96/09/0366 und die dort zitierte Vorjudikatur.

Pleischl/Soyer (Hg.)
Strafrecht
 Gesetzbuch, 8. Auflage, Stand 1.1.2007
 682 Seiten, br., 978-3-7046-5005-4, € 22,50,
 Abo- und Hörepreis € 18,-

mit folgenden Neuerungen:

- Strafrechtsänderungsgesetz 2006
- Betrugsbekämpfungsgesetz 2006
- Strafprozessreformgesetz als Anhang



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



Es überrascht in diesem Zusammenhang auch nicht mehr, dass derartige Bewilligungen praktisch nie erteilt werden, dass aber die Aufnahme einer Tätigkeit als SexarbeiterIn ohne eine solche – auch – mit einem Aufenthaltsverbot sanktioniert werden kann.

5. Schlussfolgerungen

Resümierend ist festzuhalten, dass Ansätze einer Weiterentwicklung zu erblicken sind. Die Höchstgerichte sind bemüht, gesellschaftlichen Problemstellungen Rechnung zu tragen, wobei die neuere strafrechtliche und die verwaltungsgerichtliche Rsp hervorzuheben sind. Immerhin wird Sexarbeit zumindest als arbeitnehmerInnenähnlich gewertet, nicht zuletzt aber als grundsätzlich zulässige Beschäftigung anerkannt. Zwar bewegt sich – wie aufgezeigt – auch die zivilrechtliche Judikatur, greift aber – mit der grundsätzlichen Aufrechterhaltung der Sittenwidrigkeit – entschieden zu kurz. Gerade

im Bereich des Zivilrechts wäre ein klarer Schritt hin zur umfassenden Anerkennung der Tätigkeit aber besonders wichtig, insbesondere um die aufgezeigten Problemstellungen zu vermeiden. Derzeit drängt sich ein Eindruck besonders stark auf; dass Sexarbeit nämlich dort, wo es um die Rechte der Betroffenen geht, keine rechtliche Anerkennung findet, in jenen Bereichen aber, die vor allem staatliche Interessen berühren, hingegen schon, aber auch hier nur soweit, als dies notwendig ist, um Einschränkungen vorzunehmen.

*Mag.^a Dr.ⁱⁿ Alexia Stuefer ist Rechtsanwältin in Wien und Mitherausgeberin des juridikum; stuefer@anwaltsbuero.at.
 Mag.^a Doris Einwallner ist Rechtsanwältin und Redaktionsmitglied des juridikum; doris.einwallner@chello.at.*

Nach neueren Schätzungen ist der Wirtschaftsfaktor Prostitution in Deutschland durchaus beachtlich. Der Umsatz liegt bei 14,5 Mrd. Euro jährlich. Das entspricht nahezu dem Umsatz der Karstadt Quelle AG mit 15,2 Mrd. oder der MAN AG mit 15,0 Mrd. Euro.¹ Dennoch ist das Thema – auch nach der Legalisierung im Jahr 2002 – weiterhin ein Tabu. Nur an wenigen Universitäten wird es überhaupt zu Kenntnis genommen, darüber gelehrt oder geforscht. Die Bigotterie und Doppelmoral im Umgang mit Prostitution und den handelnden Subjekten, den Prostituierten, wird nicht nur in der Politik deutlich – wo Krokodilstränen über die Opfer von Frauenhandel vergossen werden, während die gleichen konservativen Kreise die Rechte für Prostituierte wieder zurückschneiden wollen. Sie ist auch im Bereich der Wissenschaften zu erkennen, wo das Thema entweder ignoriert oder immer noch als deviantes Handeln von Seiten der Prostituierten stigmatisiert wird. Bereits August Bebel beschrieb und kritisierte die Doppelmoral der »hohen Herren« in Deutschland, die regelmäßig in den Bordellen anzutreffen waren, Ende des 19. Jahrhunderts folgendermaßen: „Da gehen Minister, hohe Militärs, Volksvertreter, Richter usw. neben den Repräsentanten der Geburts-, Finanz-, Handels- und Industriearistokratie aus und ein, Männer, die am Tag und in der Gesellschaft als Vertreter und Wächter von Moral, Ordnung, Ehe und Familie gar würdevoll einherschreiten ... und an der Spitze der Vereine zu Unterdrückung der Prostitution stehen.“²

Für die neuere Geschichte seit Beginn des 20. Jahrhunderts finden sich viele Quellen, die von Regina Schulte in ihren Buch Sperrbezirke 1979 zusammengetragen wurden, die eine gezielte Kriminalisierung und Stigmatisierung der Prostituierten als staatliche Strategie nachweisen. So wurde 1902 in Berlin eine Polizeivorschrift erlassen, die es den Prostituierten untersagte, eben auf den Straßen und Plätzen tätig zu werden, wo sich die Prostitution gerade am meisten ausbreitete. Dadurch wurden die Orte, an denen Prostitution stattfand, identisch mit kriminalisiertem Raum. Die Polizeivorschriften sollten der Polizei die totale Kontrolle der Prostituierten ermöglichen. Durch Individualisierung und Pathologisierung „wird es der einmal kriminell gewordenen und registrierten Frau fast unmöglich gemacht, eine Existenz außerhalb der Prostitution zu finden“ (S. 203). Schulte konstatiert: Die Prostituierte, „die immerhin die Stütze der patriarchalisch monogamen Gesellschaft sein soll“ (S. 47) wird kriminalisiert und mit ihr wird jeder, der in engem Zusammenhang zu ihr steht, sei es Pächter, Zuhälter, Wirtschaftler aus der Gesellschaft ausgegrenzt – nur der Kunde nicht.³

Während des Nationalsozialismus wurden Prostituierte als „gemeinschaftswidrige Elemente“ und als „Volksschäd-

linge“ verfolgt und eingesperrt bzw. interniert. Gleichzeitig jedoch versuchte der Staat sich die Dienstleistungen der Prostituierten zunutze zu machen. Der unglaubliche Höhepunkt der Doppelmoral im NS Staat wurde mit der Einrichtung von Wehrmachtsbordellen in Frankreich und Polen deutlich. Später wurden Bordelle für Fremdarbeiter eingerichtet (dazu wurden Frauen aus den besetzten Gebieten »rekrutiert«) und es wurden Bordelle für SS-Mannschaften und Bordelle in Konzentrationslagern für Funktionshäftlinge errichtet, in denen Frauen unter schlimmsten Bedingungen zu Prostitution gezwungen wurden.⁴

Nach dem 2. Weltkrieg war Prostitution in Deutschland zwar nicht ausdrücklich verboten, aber sie blieb bis zum

Sexarbeit in der Bundesrepublik Deutschland und gewerkschaftliche Interessensvertretung

Emilija Mitrović

Jahre 2002 im Bürgerlichen Gesetzbuch als **sittenwidrig** definiert und der Prostituierten wurden auf diese Weise die bürgerlichen Rechte – wie das Einklagen können des vereinbarten Lohnes – verwehrt. Durch eine Reihe von Gesetzen, die sich auf die Förderung der Prostitution sowie die Zuhälterei bezogen, wurde die Ausübung der Prostitution erschwert, behindert und in eine Grauzone zwischen Illegalität und Kriminalisierung gedrängt. Die Tätigkeit der Prostituierten verwehrt den Frauen den Zugang zu einer Kranken- und Sozialversicherung, ihr Einkommen war allerdings steuerpflichtig.

Nach der langen Phase der gesellschaftlichen Stigmatisierung und Ausgrenzung, hat die rot-grüne Regierung eine Gesetzeslage geschaffen, die auf die Gleichstellung der Prostitution mit anderen Arbeitsbereichen abzielt.⁵ Das am 1.1.2002 in Kraft getretene Prostitutionsgesetz (ProstG) regelt die zivilrechtlichen, arbeits- und sozialrechtlichen Beziehungen zwischen den Prostituierten und deren Kunden/innen und Arbeitgebern/innen.⁶ Zusammengefasst ergeben sich aus dem Gesetz folgende Veränderungen:

1) Vgl. Aufklärung und Kritik, Erlangen, 2/2003.

2) *Bebel* in: Die Frau und der Sozialismus, 1879.

3) *Regina Schulte*, Sperrbezirke: Tugendhaftigkeit und Prostitution in der bürgerlichen Welt, Frankfurt am Main 1979.

4) *Christa Paul*, Zwangsprostitution, Berlin 1994.

5) Drucksache im Bundestag 14/5958.

6) Dem Prostitutionsgesetz in Deutschland waren gravierende Gesetzesänderungen in Holland und Schweden vorausgegangen, die sich aus rechtsvergleichender Sicht sehr polarisiert gegenüber stehen (vgl. hierzu in dieser Ausgabe Prantner). Mit der Verabschiedung des Gesetzes „Kvinnofrid – Friede für die Frauen“ am 1.1.1999 ist in Schweden zwar die Ausübung der Prostitution nicht strafbar, jedoch

wird der Kauf sexueller Dienstleistungen unter Strafe gestellt. „Wer sich gegen Vergütung eine zufällige sexuelle Beziehung beschafft, wird – wenn die Tat nicht mit einer Strafe nach dem Strafgesetzbuch belegt ist – für den Kauf sexueller Dienste zu einer Geldstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von im Höchstfall sechs Monaten verurteilt.“ Das Interesse der schwedischen Regierung war nicht die Gleichstellung der SexarbeiterInnen mit anderen

Jurbooks
1010 Wien, Wollzeile 16

Am kürzesten Weg zwischen
Innenstadt und Justizzentrum

Die erste Adresse für
alle juristischen Bücher

- **Recht & Steuern**
mehr als 10.000 Titel auf über 300 m²
- **Bestell- und Versandservice**
 - Express-Zustellung (Wien 3 Stunden, andere Bundesländer 1-2 Tage)
 - Ansichtsexemplare
 - Stammkonditionen
 - portofreier Versand
- **www.jurbooks.at**
Die Online-Buchhandlung für juristische Bücher

Montag bis Freitag 9-19 Uhr

Bestellservice:
Tel.: 01-512 48 85 • Fax: 01-512 06 63
Web: www.jurbooks.at • Mail: order@jurbooks.at

www.jurbooks.at

- Prostituierte haben das Recht, in Ausübung ihres Berufes Sozialabgaben abzuführen und entsprechende Leistungen in Anspruch zu nehmen (Renten-, Kranken- und Arbeitslosenversicherung)
- Prostituierte haben die Möglichkeit, Verträge mit ihren Arbeitgeber/-innen (Bordell-, Bar- und Clubbesitzer/innen) abzuschließen und haben somit Anspruch auf Arbeitnehmer/innenrechte wie bezahlten Urlaub, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall etc.
- Der Paragraph, der die Förderung oder Begünstigung der Prostitution kriminalisiert, wurde abgeschafft. Somit wird die Bereitstellung von Kondomen und hygienischen Verbesserungen nicht mehr unter Strafe gestellt.
- Ein Kunde, der den angemessenen und vorher vereinbarten Preis für die erbrachte Leistung nicht bezahlt, kann jetzt strafrechtlich verfolgt werden.

Die Intention des Gesetzgebers war es, die Prostituierten auf sozialer und rechtlicher Ebene besser zu stellen. Doch das neue Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Lage von Prostituierten ist ein Kompromiss, der nach lang-

wierigen Debatten zwischen außerparlamentarischen Expertinnen aus Beratungsstellen für Prostituierte und Betroffenen auf der einen Seite und den Bundestagfraktionen auf der anderen Seite gefunden wurde. Es bedeutet für die Prostituierten in Deutschland einen ersten Schritt im Sinne der Anerkennung ihrer Tätigkeit und der Garantie ihrer Rechte in sozialen und arbeitsrechtlichen Bereichen.

Bericht der Deutschen Bundesregierung

Ende Januar 2007 legte das Ministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend nach 5jähriger Laufzeit den Bericht zu den Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes in Deutschland vor. Familienministerin Ursula von der Leyen nannte es eine ernüchternde Bilanz: „Das Gesetz hat sein Ziel nur in Teilen erreicht. Es konnte die soziale Situation der Prostituierten nicht wirklich verbessern“, beklagt sie auf der Pressekonzferenz am 24.1.2007.⁷ Wie auch, wenn die Länder und Gemeinden sich in weiten Teilen weigern, das Gesetz in der Praxis umzusetzen. So kritisiert die Grünen-Politikerin Irmgard Schewe-Gerigk, die das Gesetz unter der rot-grünen

Berufsgruppen, sondern langfristig die Abschaffung der Prostitution. Dabei stehe nicht der Bestrafungsgedanke im Vordergrund, sondern das Unrechtsbewusstsein: „Das Allerwichtigste ist der Symbolwert und die Schaffung eines Tabus.“ In Holland dagegen wurde Prostitution im Jahre 2000 legalisiert; damit sind Arbeitsverträge zwischen Bordellbetreibern und Prostituierten zulässig, die die Arbeitsbedingungen regeln und eine Absicherung der Rechte sowie einen

höheren Standard der hygienischen Bedingungen in den Bordellen festschreiben sollen. Bordelle (und damit auch die Prostituierten) sind auf diese Weise stärker ins Visier der staatlichen Stellen gerückt und regelmäßigen Kontrollen unterworfen, TAZ-Beilage „Kunst Mythos Realität SEXWORK, Berlin 25.2.2007 S.2). Es gibt von diesen beiden Polen ausgehend in den europäischen Mitgliedstaaten ganz allgemein eine sehr inhomogene Situation der Regelungen

über Prostitution, die für die Betroffenen, für die Sexarbeiterinnen, sehr oft Willkür bedeuten (vgl umfassend The Declaration of the Rights of Sex Workers in Europe, October 1005, Brussels, Belgium).
7) Kritik an dem ProStG in Deutschland wurde zuvor auch von der bundesweiten AG Recht, der Fachtagung Prostitution/ Hurenkongress geübt (Bundesweite AG Recht, Pressemitteilung, Nürnberg 2.11.2006).

Koalition mit auf den Weg gebracht hatte, dass etliche Länder die nötigen Änderungen ihrer Gewerbe- und Gaststättenverordnungen verhindert hätten und mit Sperrgebietsverordnungen das Gesetz unterlaufen. Immerhin, die Bayern-CSU, die eine Rücknahme des Gesetzes und die „Förderung der Prostitution“ wieder unter Strafe stellen wollte, konnte sich nicht durchsetzen. Die Ausübung der Sexarbeit als berufliche Tätigkeit bleibt in Deutschland legal. Allerdings soll es eine stärkere Eingrenzung der legalen Prostitution geben: mit Genehmigungspflichten und verschärften Strafvorschriften. So sollen Bordelle künftig lizenziert und stärker kontrolliert werden, Freier von Zwangsprostituierten sollen bestraft werden und das Mindestalter für die freiwillige Prostitution wird auf 18 Jahre festgelegt. „Prostitution mit unter 18jährigen wird in Kürze strafbar“ kündigte die Ministerin an. Konkrete Verbesserungen für Prostituierte, die ihren Job legal ausüben wollen, soll es jedoch nicht geben. So soll das Werbeverbot für Prostitution, das die Preise für Anzeigen hochtreibt, aufrechterhalten werden. Ebenso die Sperrgebietsverordnungen, die jede Gemeinde willkürlich festsetzen kann.⁸

Das Prostitutionsgesetz ist für die meisten Migrantinnen, nämlich für jene ohne legalen Aufenthaltstatus, vollkommen unwirksam.

Frauen in der Migration

Frauen und Kinder machen weltweit 80 % aller Flüchtlinge aus.⁹ Nach Angaben der ILO (International Labor Organisation) sind etwa die Hälfte der 100 Millionen ArbeitsmigrantInnen in regulären Arbeitsverhältnissen weiblich. Diese Entwicklung ist eine Folge der globalisierten Nachfrage nach frauenspezifischen Dienstleistungen als Reinigungskräfte, im Haushalt, im Pflegebereich, in der Gastronomie (Küchenarbeit) und auch in der Sexindustrie. „Diese als Feminisierung der Migration bezeichnete Entwicklung wird teilweise als Folge des Globalisierungsprozesses interpretiert. Dieser mobilisiert Frauen zur Migration, weil sie vor allem in der häuslichen Dienstleistungsökonomie generell zunehmend eine Lohnarbeit finden.“¹⁰ Zu den Motiven wie Armut und politische Verfolgung kommen bei Frauen noch geschlechtsspezifische Aspekte hinzu: die Diskriminierung und Benachteiligung in patriarchalen Gesellschaften bieten ihnen weniger Zugang zu Bildung und Berufsausbildung, sie verdienen weitaus weniger als die Männer und als Alleinerziehende sind sie häufig für die Ernährung der Kinder und das ökonomische Überleben der ganzen Familie verantwortlich. So ist Migration häufig auch eine Chance, den geschlechtsspezifischen Vorgaben der Ursprungsgesellschaft zu entfliehen; ist aber für Frauen in der Regel schwieriger als für Männer. Häufig brauchen sie Helfer bei der Beschaffung von Pässen und Visa, sowie der Transportmittel, um den Weg überhaupt antreten zu können. Trotzdem halten auch Abschreckungskampagnen nicht von der Migration ab. Die unabhängige Migration von Frauen; welche nicht durch die Migration eines anderen Familienangehörigen begründet ist, ist heute innerhalb der Ströme globale Realität.¹¹

Migration und Sexarbeit

Wir nehmen einerseits die *Feminisierung der Armut* wahr und als Konsequenz die Entscheidung vieler Frauen in der Prostitution tätig zu werden. Weltweit gehen hauptsächlich Frauen der Prostitution nach, um sich selbst und ihre Familien zu ernähren. In Brasilien z.B. sollen es eine Million Frauen sein, die von der Sexarbeit leben. Auf der anderen Seite wird von der *FrauenArbeitsMigration* gesprochen. Die neuen Weltstrukturen haben massive Migrationsbewegungen verursacht, in denen Prostitution eine Tätigkeit ist, die bewusst während des Migrationsprozesses und im Gastland ausgeübt wird. Es werden heutzutage russische Frauen in Dubai angetroffen sowie Thailänderinnen in Tokio und Brasilianerinnen in Tel Aviv. Diese internationale Dimension der Prostitution ist auch in Europa zu beobachten. Laut einer bundesweiten Umfrage von TAMPEP¹² in 2005, bilden in fast allen „alten“ EU-Ländern Migrantinnen derzeit die Mehrheit der gesamten Sexarbeiterinnen im Lande. In Österreich und Italien sind es um die 80% – in Deutschland sind es 60%. Die Lage, in der diese Frauen in der EU leben und arbeiten, ist von Rechtlosigkeit geprägt. Sie ist Folge des begrenzten Zugangs zu einem legalen Migrationsprozess und zum legalen Arbeitsmarkt. Aus dem illegalisierten Aufenthaltstatus ergeben sich direkte Auswirkungen auf die Lebens- und Arbeitsbedingungen dieser Frauen:

- Sie sind stärker Gewalt und gesundheitlichen Risikosituationen ausgesetzt.
- Sie haben weniger Zugang zu Informationen und Beratungsstellen.
- Sie verzichten aus Angst vor Abschiebung und anderen Repressalien darauf, Anzeige gegen Täter zu erstatten.

Es sind die immer restriktiver und repressiver werdenden europäischen Migrationsgesetze, die bewirken, dass Frauen so genannte „dritte Personen“ brauchen, um in den Migrationsprozess einzusteigen. Dies macht sie zu einer leichten Beute für von Abhängigkeit und Ausbeutung geprägte Verhältnisse und im schlimmsten Fall für den Frauenhandel. Diese restriktiven und repressiven Maßnahmen resultieren unter anderem daraus, dass in der EU heutzutage, Zwangsverhältnisse mit illegaler Migration gleichgesetzt werden. Sexarbeiterinnen werden hierbei lediglich als Opfer gesehen und Sexarbeit wird meistens mit der organisierten Kriminalität und dem Schutz der Grenzen assoziiert. Beides sollte aber getrennt behandelt werden: ja, Frauenhandel ist eine Verletzung der Menschenrechte und soll bekämpft werden. Sexarbeit hingegen ist Arbeit. Es ist eine Aktivität, die weltweit von Frauen, Männern, Transvestiten und Transsexuellen, in deren Heimat sowie während des Migrationsprozess selbstbestimmt ausgeübt wird.

EU-Osterweiterung und ihre Konsequenzen für Sexarbeiterinnen

Die EU-Osterweiterung hat mittlerweile wesentliche Veränderungen mit sich gebracht: Es ist für BürgerInnen der neuen

8) Vgl FR und TAZ vom 25.1.2007.

9) Vgl in dieser Ausgabe Broucek, Die sichtbar Unsichtbaren – Spezifika von Frauen in der Migration, S 84ff

10) Regula Weiss, Macht Migration krank?, Zürich 2003, S. 57.

11) Vgl Petrus Han, Frauen und Migration, 2003. Die abhängige Migration umfasst demgegenüber alle Migrantinnen, die – mit oder ohne weitere Familienangehörige – ihren bereits migrierten Ehemännern oder Vätern nachmigrieren, kurzum, der Bereich,

der im allgemeinen als Familienzusammenführung bezeichnet wird.

12) Vgl <http://www.tampep.com>, Stand 23.03.2006, ein europäisches Projekt vertreten in 24 Ländern; in Deutschland von Amnesty for Women getragen.

EU-Staaten viel leichter geworden, sich in den europäischen Ländern als Selbständige zu etablieren. Diejenigen, die in der Sexindustrie tätig sein möchten, müssen das nicht angeben. Sie müssen sich in Deutschland beim Einwohnermeldeamt anmelden, bestätigen, dass sie als Selbständige arbeiten möchten, über € 600 im Monat verdienen werden und über eine Krankenversicherung verfügen. Und sie müssen sich eine Steuernummer beim Finanzamt holen. Damit erhält die Person eine unbefristete Freizügigkeitsbescheinigung und kann selbständig und legal arbeiten. Die Anzahl von Frauen der neuen EU-Länder in der westlichen Sexindustrie ist in der Folge enorm gestiegen. In Deutschland z.B. trifft man vermehrt Frauen aus Polen und den Baltischen Ländern, in den Niederlanden Frauen aus Ungarn. Es handelt sich dabei nicht nur um eine Frage der Quantität, sondern auch um eine der Qualität: die Mobilität dieser Gruppe ist durch die Visumsfreiheit und die Grenznähe größer geworden.¹³ Dies stellt insbesondere auch die Gewerkschaftsbewegung vor Herausforderungen.

Gewerkschaften und Sexarbeit

Die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di hat gleich nach Inkrafttreten des ProstG 2002 beschlossen, auch für die Arbeitsrechte von Sexarbeiterinnen einzutreten. In dem Statement zu den gewerkschaftlichen Perspektiven im Umgang mit Prostitution und Frauenhandel in Europa, das auf der Konferenz „Prostitution und Frauenhandel“ im November 2005 in Berlin vorgestellt wurde, setzt sich ver.di für die rechtliche Gleichstellung von Prostituierten ein: „Sexarbeit ist Arbeit und Beruf. SexarbeiterInnen brauchen den gleichen Schutz ihrer Arbeits-, Sozial- und Menschenrechte, wie andere ArbeiterInnen auch. Sie brauchen soziale Rechte, wie den Anschluss an die Sozialversicherung, an die Gesundheitsfürsorge und Mindestlöhne.“ Dabei wurden die Forderungen der europäischen Konferenz zu Sexarbeit, Menschenrechten, Arbeit und Migration 2005 in Brüssel aufgegriffen:

- SexarbeiterInnen, MigrantInnen eingeschlossen, müssen in ganz Europa die Möglichkeit haben, legal zu arbeiten.
- SexarbeiterInnen müssen das Recht haben, sich zusammenzuschließen und sich in Gewerkschaften zu organisieren.
- Sexarbeiterinnen müssen unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus das Recht auf Unterstützung und Schutz bei Gewalttaten haben.
- Die Rechte von migrierten SexarbeiterInnen und vom Menschenhandel betroffenen Personen müssen geschützt und gefördert werden.

Die Durchführung der Konferenz „Prostitution und Frauenhandel“ 2005 in Berlin war als Offensive gegen die konservativen Kräfte in Deutschland gedacht, die unter dem Vorwand der Bekämpfung des Frauenhandels die Rechte der Prostituierten wieder einschränken wollten. Aus gewerkschaftlicher

Sicht hat sich die arbeitsrechtliche Praxis im Bereich der sexuellen Dienstleistungen zwar noch nicht wesentlich verändert. Eine gewerkschaftliche Organisierung von Sexarbeiterinnen kommt bislang auch nur vereinzelt vor. Das Gesetz ist aber ein erster wichtiger Schritt gegen die gesellschaftliche Doppelmoral. Deshalb ist ver.di – und inzwischen auch die Gewerkschaft der Polizei – für den Erhalt des Prostitutionsgesetzes in Deutschland, das im Interesse der Prostituierten weiterentwickelt werden muss. Wer den Menschenhandel bekämpfen will, muss – neben der polizeilichen Verfolgung – Maßnahmen zum Schutz der Opfer ergreifen. Eine Verbesserung der Zeuginnenschutzprogramme ist ebenso dringend erforderlich wie der Ausbau des Netzes von Betreuungsstellen für die Opfer von Menschenhandel. Ein Bleiberecht für die Zeuginnen in Menschenhandelsprozessen, wie in Italien, sollte in der Gesetzgebung aller Länder Europas verankert werden.

Forderungen von Ver.di – Deutsche Dienstleistungsgewerkschaft:

- „Dass bessere rechtliche, politische und soziale Bedingungen geschaffen werden für diejenigen Frauen, die als Prostituierte arbeiten wollen.
- Wir beteiligen uns an Aktionen gegen den Menschenhandel und Gewalt und Ausbeutung im Bereich der Zwangsprostitution; insbesondere auch während der Fußball WM 2006.
- Wir werden politische Lobbyarbeit für Prostituierte leisten.
- Wir setzen uns ein für einen wirksamen Schutz und Bleiberecht für die vom Menschenhandel betroffenen Frauen und Mädchen.
- Dass die Rechte von MigrantInnen in der Prostitution und die Rechte der Opfer von Menschenhandel gestärkt werden.“¹⁴

Emilija Mitrović stammt aus Belgrad, lehrt als Dozentin in Hamburg an der Hochschule für angewandte Wissenschaften Hamburg für den Themenbereich Prostitution und Frauenhandel. Mitglied im Bundesvorstand des Bund demokratischer Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler (BdWi). Durchführung der Studie „Der gesellschaftliche Wandel im Umgang mit Prostitution“. Leiterin der Projektbüros Arbeitsplatz Prostitution beim Bundesvorstand der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di und Mitinitiatorin des Ratschlag Prostitution in Hamburg. Herausgeberin des Buches „Prostitution und Frauenhandel“ (VSA-Verlag); Weitere Infos: www.arbeitsplatz-prostitution.de; emilija.mitrovic@verdi.de.

13) Vgl TAMPEP, Final Report Germany, Hamburg 2004.

14) *Emilija Mitrovic*, Prostitution und Frauenhandel, Hamburg 2006, S. 131.

Einleitung

Im Jahr 2000 ist es schließlich gelungen, eine international gültige Definition des Begriffs Menschenhandel für das Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels (im Folgenden: Palermo-Protokoll)¹ zu entwickeln. Rechtsvereinheitlichung, verbesserte Zusammenarbeit der Staaten sowie Bekämpfung der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität bilden zweifellos die Schwerpunkte des Palermo-Protokolls.² In Bezug auf die Opferrechte blieb das Palermo-Protokoll allerdings hinter den Forderungen von Menschenrechtsorganisationen.³ Schon im Jahr 2003 bildete der Europarat ein „Ad-Hoc Komitee“⁴, das mit der Erstellung des Übereinkommens des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels (im Folgenden: Übereinkommen des Europarats)⁵ beauftragt wurde. Dieses Übereinkommen verfolgt andere Ziele: Bereits in der Präambel wird verankert, dass „Menschenhandel eine Verletzung der Menschenrechte“ und „die Achtung der Rechte der Opfer“ eines der „obersten Ziele“ ist. Auch auf die wichtigsten Instrumente der EU im Vorgehen gegen den Menschenhandel wird Bezug genommen.⁶ Der im Palermo-Protokoll geschaffene Schutz soll verbessert und Standards sollen ausgebaut werden.

1. Das Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels

In der internationalen Gesetzeslage rund um die Bekämpfung des Menschenhandels haben sich zwei Richtungen entwickelt, eine auf die Verfolgung der Täter und Täterinnen konzentrierte und eine „Opfer-orientierte“ Richtung.⁷ Als Teil des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität⁸ zählt das Palermo-Protokoll ohne Zweifel zur ersten Richtung. Charakteristisch dafür ist ein hartes Vorgehen bei der Strafverfolgung und eine „schwache“ Terminologie⁹ beim Schutz der Rechte der Opfer.¹⁰ Das Übereinkommen des Europarats hingegen versucht, beide Richtungen miteinander zu verbinden. Umfassende Schutzmaßnahmen werden neben einer wirksamen Kriminalisierung des Menschenhandels festgelegt.

1.1. Eckpunkte des Übereinkommens des Europarats und Vergleich

Seit dem 16. Mai 2005 haben 30 Staaten das Übereinkommen des Europarats unterzeichnet, vier Staaten, darunter Österreich, haben es bereits ratifiziert.¹¹ Das Übereinkommen ist noch nicht in Kraft getreten, denn dafür müssen ins-

Menschenhandel – Was hat sich seit Palermo getan?

Ein Vergleich zwischen dem Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels der Vereinten Nationen und dem Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels mit Blick auf die Umsetzung in Österreich in ausgewählten Bereichen

Julia Planitzer



gesamt zehn Ratifikationen, acht davon von Mitgliedstaaten des Europarats, vorliegen.

Die Definition für den Begriff Menschenhandel wurde vom Palermo-Protokoll übernommen, wonach Menschenhandel „die Anwerbung, Beförderung, Verbringung, Beherbergung oder Aufnahme von Personen durch die Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderen Formen der Nö-



1) Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels, zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, VN GV Resolution A/55/25, Annex II, 15.11.2000.

2) Kartusch, Internationale und europäische Maßnahmen gegen den Frauen- und Menschenhandel – Rückblick und Ausblick, gender...politik...online, Dezember 2003, www.fu-berlin.de/gpo/angelika_kartusch.htm, 12.

3) Kartusch, gender...politik...online, Dezember 2003, 14.

4) Comité ad hoc sur la lutte contre la traite des êtres humains (CAHTEH), 838. Treffen der Ständigen Vertreter, 30.4.2003.

5) Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels, SEV-Nr 197, 3.5.2005.

6) Genannt werden ua der Rahmenbeschluss 2002/629/JI zur Bekämpfung des Menschenhandels (ABI L 203 S 1) sowie die Richtlinie 2004/81/EG über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren (ABI L 261 S 19). Auf die Instrumente der EU kann im Rahmen dieses Artikels nicht näher eingegangen werden.

7) Haynes, Used, Abused, Arrested and Deported: Extending Immigration Benefits to Protect the Victims of Trafficking and to Secure

the Prosecution of Traffickers, Human Rights Quarterly 2004, 238.

8) VN GV Resolution A/55/25, 15.11.2000.

9) Beispielsweise „erwägt“ jeder Staat die Durchführung von Gesundheitsmaßnahmen für Opfer in Art 6 Abs 3 Palermo-Protokoll.

10) Haynes, Human Rights Quarterly 2004, 239.

11) <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=197&CM=1&DF=2/26/2007&CL=GER> (26.2.2007).

tigung, durch Entführung, Betrug, Täuschung, Missbrauch von Macht oder Ausnutzung besonderer Hilflosigkeit oder durch Gewährung oder Entgegennahme von Zahlungen oder Vorteilen zur Erlangung des Einverständnisses einer Person, die Gewalt über eine andere Person hat, zum Zweck der Ausbeutung“ bedeutet.¹²

Diese lässt sich in drei Bereiche unterteilen: Handlung, Mittel und Zweck der Ausbeutung. Unter Handlung fällt beispielsweise die Beförderung, zu den Mitteln zählt ua die Täuschung oder der Missbrauch von Macht. Der Zweck der Ausbeutung tritt in unterschiedlichen Formen auf und erstreckt sich laut Definition von Formen der sexuellen Ausbeutung über die Zwangsarbeit bis zur Entnahme von Organen.

Wurde eines der Mittel angewendet, ist eine etwaige vorherige Einwilligung des Opfers unerheblich. Bei Kindern ist die Anwendung eines Mittels in keinem Fall erforderlich.¹³ Während das Palermo-Protokoll nur auf grenzüberschreitende Formen des Menschenhandels und unter Mitwirkung organisierter krimineller Gruppen anwendbar ist,¹⁴ ist es für das Übereinkommen des Europarats unbedeutend, ob der Menschenhandel national oder grenzüberschreitend ist und/oder mit der organisierten Kriminalität verbunden ist oder nicht. Das Übereinkommen ist auch dann anwendbar, wenn das Opfer auf legale Weise in das Zielland eingereist ist.¹⁵

Im Vergleich zum Palermo-Protokoll lässt das Übereinkommen des Europarats eine Reihe von inhaltlichen Weiterentwicklungen und Verbesserungen der Rechte der Opfer erkennen. In Folge soll dies anhand der Identifizierung und Unterstützung der Opfer, der Erholungs- und Bedenkzeit sowie der Erteilung von Aufenthaltstiteln für Opfer gezeigt werden.

Nicht identifizierte Opfer laufen Gefahr, in erster Linie als illegale Immigranten und Immigrantinnen, Prostituierte oder Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen behandelt und dafür bestraft oder in das Herkunftsland abgeschoben zu werden.¹⁶ Während das Palermo-Protokoll darauf nicht eingeht, sieht das Übereinkommen des Europarats vor, dass die zuständigen Behörden der Staaten mit qualifiziertem Personal ausgestattet und Maßnahmen entwickelt werden, um die Identifizierung zu verbessern. Da Identifizierungsprozesse auch längere Zeit in Anspruch nehmen können, müssen die Staaten sicher stellen, dass Personen bis zur endgültigen Identifizierung nicht abgeschoben werden.¹⁷

Diese Unterstützung der Opfer umfasst weitreichende Maßnahmen wie angemessene und sichere Unterkunft und medizinische Notversorgung.¹⁸ Die Gewährung der Unterstützung darf nicht davon abhängig gemacht werden, ob

das Opfer bereit ist, als Zeuge oder Zeugin im Verfahren aufzutreten.¹⁹ Auch das Palermo-Protokoll verpflichtet die Staaten zum Schutz der Rechte der Opfer, nur sind diese Bestimmungen vage formuliert und lassen den Staaten daher weiten Ermessensspielraum.²⁰ So sollen Informationen über etwaige Verfahren und Hilfe im Strafverfahren den Opfern nach Art 6 Abs 2 des Protokolls nur „in geeigneten Fällen“ gegeben werden. Die Staaten werden in Abs 3 bei den Unterstützungsmaßnahmen aufgefordert zu „erwägen“, diese Maßnahmen bereitzustellen.

Ein Novum des Übereinkommens des Europarats stellt die Einräumung einer Erholungs- und Bedenkzeit von mindestens 30 Tagen dar. In dieser Erholungs- und Bedenkzeit soll die betroffene Person in Sicherheit darüber entscheiden, ob sie mit den zuständigen Behörden zusammenarbeiten wird. Während dieser Zeit darf keine aufenthaltsbeendende Maßnahme gesetzt werden.²¹ Auf Ebene der EU fand die Bedenkzeit bereits 2004 in einer Richtlinie des Rates betreffend der Erteilung von Aufenthaltstiteln für Opfer des Menschenhandels²² Eingang.

Nichtregierungsorganisationen forderten bei der Erstellung des Übereinkommens einen Zeitraum von zumindest drei Monaten.²³ Auch die von der Europäischen Kommission gebildete Sachverständigengruppe Menschenhandel²⁴ hat in mehreren Berichten und Stellungnahmen eine Erholungs- und Bedenkzeit von mindestens drei Monaten empfohlen.²⁵

Die Studie *Stolen Smiles*²⁶ hat die Auswirkungen des Menschenhandels auf die Gesundheit von Opfern des Frauenhandels untersucht. Während Beeinträchtigungen der sexuellen und reproduktiven Gesundheit in ärztlicher Betreuung schnell verringert werden können,²⁷ ist bei psychischen Krankheiten wie Depression eine Verbesserung erst nach ungefähr 90 Tagen Betreuung möglich.²⁸ Daher empfiehlt auch diese Studie eine Erholungsphase von mindestens drei Monaten.²⁹

Wie lange auch eine Erholungs- und Bedenkzeit sein mag, danach kann sich die Frage nach Möglichkeit eines Aufenthaltstitels stellen.

Die vagen Formulierungen im Palermo-Protokoll finden sich auch hier und Staaten sollen nach Art 7 „erwägen“, ob sie „in geeigneten Fällen“ Opfern gestatten, im Staat zu bleiben. Das Übereinkommen des Europarats verpflichtet den Staat, dem Opfer entweder einen verlängerbaren Aufenthaltstitel zu erteilen, wenn es die persönliche Situation des Opfers erfordert, oder wenn der Aufenthalt des Opfers für Ermittlungen oder beim Strafverfahren erforderlich ist.³⁰ Die Staaten können sich für einen dieser Gründe entscheiden oder in beiden Fällen verlängerbare Aufenthaltstitel erteilen.³¹ Diese

12) Art 4 lit a Übereinkommen des Europarats, Art 3 lit a Palermo-Protokoll.

13) Art 4 lit c Übereinkommen des Europarats, Art 3 lit c Palermo-Protokoll.

14) Art 4 Palermo-Protokoll.

15) Erläuternder Bericht des Europarats zu SEV-Nr 197, Z 62.

16) Erläuternder Bericht des Europarats zu SEV-Nr 197, Z 128.

17) Art 10 Abs 2 Übereinkommen des Europarats.

18) Art 12 Übereinkommen des Europarats.

19) Art 12 Abs 6 Übereinkommen des Europarats.

20) *Kartusch*, gender...politik...online, Dezember 2003, 13.

21) Art 13 Übereinkommen des Europarats.

22) RL 2004/81/EG, ABI L 261 S 19, Art 6.

23) Vgl. <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGIOR300062005> (22.3.2005).

24) Beschluss 2003/209/EG, ABI L 79 S 25.

25) Zuletzt in der Stellungnahme v 11.10.2005 im Zusammenhang mit der Konferenz „Tackling Human Trafficking: Policies and Best Practices in Europe“, 2.

26) *Zimmermann/Hossain/Yun/Roche/Morison/Watts*, *Stolen Smiles: The physical and psychological health consequences of women and adolescents trafficked in Europe*, [http://www.lshtm.ac.uk/hpu/docs/Stolen%20Smiles%20-%20Trafficking%20and%20Health%20\(2006\).pdf](http://www.lshtm.ac.uk/hpu/docs/Stolen%20Smiles%20-%20Trafficking%20and%20Health%20(2006).pdf) (25.2.2007).

27) *Zimmermann et al*, *Stolen Smiles* 69.

28) *Zimmermann et al*, *Stolen Smiles* 94.

29) *Zimmermann et al*, *Stolen Smiles* 113.

30) Art 14 Übereinkommen des Europarats.

31) Erläuternder Bericht des Europarats zu SEV-Nr 197, Z 182.

Unterweger Staatsbürgerschaftsgesetz

2007, 389 Seiten, geb., 978-3-7046-4955-3, € 49,-

Anna Netrebko hat sie. Hier erfahren Sie, wie man sie bekommt - die österreichische Staatsbürgerschaft. Das vorliegende Buch versteht sich als Werkzeug für die Praxis.

Das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 wurde durch die Novelle 2006 in wesentlichen Teilen neu gestaltet. Die Staatsbürgerschaftsprüfung ist neu geschaffen worden.

Das Buch umfasst das Staatsbürgerschaftsgesetz in der aktuellen Fassung, zugehörige Normen, wie etwa die Staatsbürgerschaftsprüfungs-Verordnung, sowie Staatsverträge. Parlamentarische Materialien, ausgewählte Rechtsprechung und Anmerkungen dienen der praxisgerechten Anwendung. Übersichten erleichtern die Orientierung.



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

VERLAG
ÖSTERREICH

Wahlmöglichkeit kann jedoch dazu führen, dass Opfer nur bei Zusammenarbeit mit den Behörden in den Genuss eines Aufenthaltstitels kommen. In Bezug auf die persönliche Situation zählt der Erläuternde Bericht zwar Faktoren wie Sicherheit oder die Familiensituation auf,³² allerdings werden auch so die Behörden noch großen Ermessensspielraum in der Entscheidung haben, ob die persönliche Situation des Opfers eines Aufenthaltstitels bedarf. Es ist fraglich, wie Behörden in den verschiedenen Staaten die persönliche Situation einschätzen und ob sich nicht aufgrund des unbestimmten Begriffs verschiedene Maßstäbe entwickeln werden.

Über die Länge des Aufenthaltstitels gibt das Übereinkommen des Europarats keine Auskunft, einzig verlängertbar muss der Titel sein. Auf EU-Ebene beispielsweise ist in der Richtlinie 2004/81/EG vorgesehen, bei Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit den Behörden einen Aufenthaltstitel von mindestens sechs Monaten zu erteilen.³³

1.2. Ergebnis

Das Übereinkommen des Europarats zeigt im Vergleich zum Palermo-Protokoll deutliche Weiterentwicklungen im Bereich des Opferschutzes. Die ausdrückliche Anerken-

nung des Menschenhandels als Menschenrechtsverletzung, die weit reichenden unterstützenden Maßnahmen und die Erholungs- und Bedenkzeit zeigen, dass in Europa eine Verbesserung der Lage der Opfer gewollt wird. Trotzdem gibt es Bestimmungen, die diese Verbesserungen wieder verringern. Die Erholungs- und Bedenkzeit ist, wie Experten und Expertinnen festgestellt haben, mit 30 Tagen viel zu kurz. Die Wahlmöglichkeiten der Staaten in Bezug auf den Aufenthaltstitel können auch dazu führen, dass die persönliche Situation der Opfer außer Acht gelassen wird. Wenn die persönliche Situation über einen Aufenthaltstitel entscheidet, lässt der sehr vage umschriebene Begriff einen großen Entscheidungsspielraum.

2. Umsetzung des Übereinkommens des Europarats in Österreich

Österreich hat das Palermo-Protokoll am 15. September 2005 ratifiziert,³⁴ bereits nach wenig mehr als einem Jahr erfolgt die Ratifikation des Übereinkommens des Europarats.³⁵ Natur, Ausgangsposition und Ziel dieser beiden Dokumente sind in einigen Bereichen sehr unterschiedlich. Dies sollte auch in ihrer Umsetzung sichtbar sein.³⁶

32) Erläuternder Bericht des Europarats zu SEV-Nr 197, Z 184.

33) RL 2004/81/EG, ABIL 261 S 19, Art 8 Abs 3.

34) BGBl III 220/2005 sowie http://www.unodc.org/unodc/en/crime_cicp_signatures_trafficking.html (25.2.2007).

35) Siehe <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=197&CM=1&DF=2/26/2007&CL=GER> (26.2.2007), Ratifikation am 12.10.2006.

36) Bei beiden Dokumenten beschloss der Nationalrat einen Erfüllungsvorbehalt gem Art 50 Abs 2 B-VG.

2.1. Kriminalisierung

In Bezug auf die Kriminalisierung des Menschenhandels ist eine Weiterentwicklung im Übereinkommen des Europarats zu erkennen. Die schlichte Aufforderung im Palermo-Protokoll, den Menschenhandel, „wenn vorsätzlich begangen, als Straftat zu umschreiben“³⁷, wird im Übereinkommen des Europarats erweitert. Die Straftaten sollen mit „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen bedroht werden“³⁸ und erschwerende Umstände bei der Festsetzung des Strafmaßes werden genannt.³⁹ Neu ist auch die in Art 22 verankerte Verpflichtung der Staaten, die Verantwortlichkeit von juristischen Personen für die Straftat des Menschenhandels sicherzustellen.

Die Kernbestimmung für die Umsetzung der Kriminalisierungspflicht in Österreich ist § 104a StGB⁴⁰ („Menschenhandel“), der am 1. Mai 2004⁴¹ in Kraft getreten ist. Diese Bestimmung folgt der Definition des Palermo-Protokolls und lässt ebenso die Einteilung in die drei Teile Handlung, Mittel und Zweck erkennen. Zu den Handlungen zählt nach § 104a StGB ua die Anwerbung, Beherbergung und Beförderung auf. Die Mittel werden als „unlautere Mittel“ in Abs 2 näher definiert und enthalten ua die Täuschung über Tatsachen und die Ausnützung einer Zwangslage. Als Zwecke werden die sexuelle Ausbeutung, Organentnahme und Ausbeutung der Arbeitskraft genannt. Wie in der Definition des Palermo-Protokolls ist bei minderjährigen Personen der Einsatz unlauterer Mittel nicht notwendig.

Die im Übereinkommen des Europarats genannten erschwerenden Umstände werden zum Teil als Qualifikationen des Delikts in Abs 4 pönalisiert und erhöhen das Strafmaß der Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren auf eine Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch der frühere Menschenhandelstatbestand und der durch das StRÄG 2004 inhaltlich unverändert gebliebene jetzige „Grenzüberschreitende Prostitutionshandel“ nach § 217 StGB, der das Zuführen einer Person der Prostitution in einem anderen Staat oder die Anwerbung dafür bestraft. Wird die Person getäuscht, durch Gewalt oder gefährliche Drohung dazu genötigt oder durch Gewalt oder Ausnützung eines Irrtums in einen anderen Staat befördert, so wird das Strafmaß erhöht (Abs 2). Die Unterschiede zwischen § 104a und § 217 StGB liegen darin, dass bei § 217 StGB in seiner Grundform lediglich die Zuführung zur Prostitution in einem fremden Land bestraft und keine Anwendung unlauterer Mittel zur Erreichung des Zieles verlangt wird.⁴²

Die umfassende Kriminalisierungspflicht aus dem Übereinkommen des Europarats ist in Österreich durch die Umsetzung in das österreichische Strafrechtssystem, zB durch das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz,⁴³ erfüllt.

Wie *Haynes* für eine erfolgreiche Bekämpfung des Menschenhandels die Umsetzung der Gesetze empfiehlt und gleichzeitig betont, dass Gesetze allerdings nur so gut sind wie ihre Umsetzung,⁴⁴ so soll hier die Anwendung der Gesetze den Menschenhandel betreffend in Österreich näher betrachtet werden.

Im Kriminalitätsbericht des Jahres 2005⁴⁵ scheinen für den Zeitraum Jänner bis Dezember 2005 insgesamt 92 angezeigte Fälle des § 104a StGB auf. Die Aufklärungsrate liegt bei 100 Prozent. Eine strafbare Handlung gilt im Sinne des Kriminalitätsberichts als geklärt, wenn ua eine Person auf frischer Tat betreten wurde oder durch Geständnis oder andere Beweismittel als überführt gelten kann.⁴⁶ Bei den Verurteilungen hingegen zeigt sich eine andere Situation als die Aufklärungsrate vermuten lässt. Konnten im Jahr 2004 noch insgesamt 44 Personen nach dem früheren Menschenhandelstatbestand § 217 StGB verurteilt werden,⁴⁷ scheinen für das Jahr 2005 keine Verurteilungen nach dem aktuellen Menschenhandelstatbestand § 104a StGB auf.⁴⁸ Daraus lässt sich schließen, dass diese Bestimmung zwar zu Anzeigen führt, die zur Gänze geklärt werden, aber zu keinen Verurteilungen, obwohl die Bestimmung seit 1. Mai 2004 in Kraft ist.

Interessant ist allerdings, dass es im Jahr 2005 insgesamt 25 Verurteilungen wegen dem aktuellen „Grenzüberschreitenden Prostitutionshandel“ (§ 217 StGB) gegeben hat.⁴⁹ Eine Erklärung für diesen nahtlosen Übergang der Urteile gem § 217 StGB mit altem und neuem Titel könnte darin liegen, dass § 217 StGB den Menschenhandel nach § 104a StGB in bestimmten Fällen konsumiert. Weist der Täter oder die Täterin zusätzlich zur Ausübung des grenzüberschreitenden Prostitutionshandels einen Ausbeutungsvorsatz nach § 104a StGB auf, so ist dieser oder diese lediglich nach § 217 StGB zu verurteilen.⁵⁰

Das führt zu dem Schluss, dass die in Österreich am häufigsten auftretende Form des Menschenhandels jene zum Zweck der sexuellen Ausbeutung im Rahmen der Prostitution ist. Die Opfer der Delikte nach § 104a und § 217 StGB waren im Jahr 2005 fast ausschließlich Frauen.⁵¹

2.2. Opferschutz – Aufenthalt für Opfer

Wie bereits oben gezeigt (siehe 1.2) stellen die Bestimmungen des Übereinkommens des Europarats in Bezug auf Erholungs- und Bedenkzeit sowie Aufenthalt im Vergleich zum Palermo-Protokoll wichtige Verbesserungen dar, allerdings mit Platz für Kritik.

Die Einräumung einer Erholungs- und Bedenkzeit wird in Österreich in Form eines Erlasses⁵² umgesetzt, die dem Wortlaut des Übereinkommens des Europarats folgend für mindestens 30 Tage zu gewähren ist. Trotz der zahlreichen Kritik

37) Art 5 Abs 1 Palermo-Protokoll.

38) Art 23 Übereinkommen des Europarats.

39) Art 24 Übereinkommen des Europarats.

40) StGB BGBl 1974/60 idF BGBl I 2006/56.

41) StRÄG 2004 BGBl I 2004/15.

42) *Reiter*, Einfluss der Europäischen Union auf das österreichische Strafrecht-am Beispiel der Deliktgruppe Menschenhandel und Schlepperei (2006) 115.

43) VbVG BGBl I 2005/151.

44) *Haynes*, HumanRightsQuarterly2004, 259.

45) Kriminalitätsbericht-Statistik und Analyse 2005, Bundesministerium für Inneres.

46) Kriminalitätsbericht 2005, A4.

47) Gerichtliche Kriminalstatistik 2004, Statistik Austria, 72.

48) Gerichtliche Kriminalstatistik 2005, Statistik Austria sowie nach telefonischer Auskunft der Statistik Austria.

49) Kriminalstatistik 2005, 79.

50) Vgl *Reiter*, Einfluss der EU 115.

51) § 104a StGB: insgesamt 10 weibliche Opfer, § 217 StGB: 62 weibliche, 1 männliches Opfer, Kriminalitätsbericht 2005, B 23.

52) BMI-FW1700/0090-III/4/05.

Jurbooks
1010 Wien, Wollzeile 16

www.jurbooks.at
Österreichs größte Internet-Buchhandlung für Recht & Steuern
(mit der beliebten Express-Zustellung)

wurde die Mindestzeit von 30 Tagen übernommen, wie lange diese Zeit dauern kann, wird nicht näher bestimmt.

In der Frage der Aufenthaltstitel für Opfer hat sich zwischen dem Palermo-Protokoll und dem Übereinkommen des Europarats viel geändert. Während es im Palermo-Protokoll ausreichte, die Erteilung eines Aufenthaltstitels zu erwägen, müssen Staaten nach dem Übereinkommen einen Aufenthaltstitel dann gewähren, wenn es die persönliche Situation oder die Strafverfolgung erfordert.

Da die Bestimmung über den Aufenthalt aus humanitären Gründen⁵³ für die Umsetzung des Palermo-Protokolls sowie der Richtlinie 2004/81/EG⁵⁴ noch ausgereicht hat, die Erfordernisse des Übereinkommens des Europarats aber nicht erfüllt, wurde auch hier zum Mittel des Erlasses⁵⁵ gegriffen.

§ 72 Abs 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) legt fest, dass für „die Strafverfolgung von gerichtlich strafbaren Handlungen oder zur Geltendmachung und Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen“ eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen für mindestens sechs Monate erteilt werden *kann*. Der Erlass führt dazu näher aus, dass Betroffenen des Menschenhandels, unabhängig von ihrer Bereitschaft zur Kooperation mit den Behörden, humanitäre Aufenthaltstitel erteilt werden können, wenn es die persönliche Situation des Opfers erfordert.⁵⁶ Das humanitäre Aufenthaltsrecht des NAG wird zum einen kritisiert, weil im NAG nicht festgelegt wird, was unter humanitären Gründen zu verstehen ist. Eine undurchsichtige Praxis der Erteilung von humanitären Aufenthaltsgenehmigungen ist die Folge.⁵⁷ Die Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen kann ausschließlich von Amts wegen erteilt werden⁵⁸ und bedarf der Zustimmung des Bundesministers für Inneres (§ 75 NAG).

Zum anderen werden durch § 72 Abs 2 NAG und dem Erlass die Vorgaben des Übereinkommens des Europarats

nach Art 14 nicht erfüllt. Die Staaten sind in mindestens einem von zwei Fällen dazu verpflichtet, einen verlängerbaren Aufenthaltstitel zu erteilen, die bloße Möglichkeit dazu reicht nicht aus.

Bereits im Jahr 2000 regte *Kartusch* in dieser Zeitschrift an, die damalige Bestimmung § 10 Abs 4 Fremden-gesetz (FrG) betreffend des humanitären Aufenthalts von einer „Kann“- in eine „Muss“-Bestimmung umzuwandeln, sodass Betroffene des Frauenhandels tatsächlich in den Genuss der humanitären Aufenthaltserlaubnis kommen.⁵⁹

Die Aufenthaltsbewilligung nach § 72 Abs 2 NAG ist noch immer eine sogenannte „Kann“-Bestimmung. Sieben Jahre und zwei Ratifikationen später hat sich hinsichtlich des Aufenthalts aus humanitären Gründen nicht viel geändert.

3. Schlussbemerkung

Das Übereinkommen des Europarats stellt trotz Lücken zweifellos eine Weiterentwicklung auf internationaler Ebene nach dem Palermo-Protokoll dar. Die Herangehensweise an die Problematik des Menschenhandels als Menschenrechtsverletzung unterscheidet sich sehr von der Sicht des Menschenhandels als organisiertes Verbrechen. Diese unterschiedlichen Ansätze bedürfen auch unterschiedlicher Maßnahmen. In Österreich hinkt diese Entwicklung da und dort der raschen Ratifikation des Übereinkommens nach und auch die Lücken des Übereinkommens werden sichtbar. Im neuen Regierungsprogramm kommt das Thema Menschenhandel an mehreren Stellen⁶⁰ zur Sprache, was wohl ein Zeichen dafür ist, dass es mit der Ratifikation nicht getan ist und Handlungsbedarf sowie Raum für Verbesserungen besteht.

*Mag.^a Julia Planitzer dissertiert im Bereich Menschenhandel an der Universität Wien.
julia.planitzer@chello.at.*

53) FrG BGBl I 1997/75 idF BGBl I 2002/126, § 10 Abs 4; Seit 1.1. 2006: NAG BGBl I 2005/100, § 72 Abs 2.

54) RL 2004/81/EG, ABI L 261 S 19, Art 6.

55) BMI-FW1700/0114-III/4/2005.

56) Erläuterungen zur Regierungsvorlage betreffend Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels, RV 1565 BlgNR 22.GP 14.

57) *Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht² (2006) 132.

58) *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht (2006) 133.

59) *Kartusch*, Humanitäres Aufenthaltsrecht für Betroffene des Frauenhandels?, *juridikum* 2000, 196.

60) Regierungsprogramm für die XXIII. Gesetzgebungsperiode, 128 (Ausbau der Unterstützung für von Frauenhandel Betroffene), 139 (Intensive Bekämpfung von Menschenhandel), 145 (Verstärkung der Bekämpfung des Menschenhandels).

Neue Regierung – andere Frauenpolitik?

Nina Eckstein

In Heft 01/2006 wurde an dieser Stelle über die Frauenpolitik der damaligen Schwarz-Blauen Bundesregierung Bilanz gezogen, die nicht gerade positiv ausfiel.

Nach monatelangem Ringen gibt es nun eine neue Bundesregierung unter dem SPÖ-Bundeskanzler Gusenbauer gemeinsam mit der ÖVP. Für eine Bilanz ist es wohl noch zu früh, doch die SPÖ hat schon im Wahlkampf versprochen, dass sich in Sachen Frauenpolitik einiges ändern wird, wenn sie in der Regierung ist.

Was sich schon geändert hat, ist der Name der Frauenministerin, die jetzt Doris Bures heißt. Nicht wirklich neu ist, dass ihr Ministerium wieder beim Bundeskanzleramt angesiedelt ist und auch das Budget des Frauenministeriums lässt nicht gerade große Hoffnungen aufkommen.

Dafür enthält das Regierungsübereinkommen etliche Vorschläge zur Verbesserung der Lebenssituation von Frauen. Unter der Überschrift *Frauenpolitische Maßnahmen* ist beispielsweise das Bekenntnis enthalten, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu forcieren. Unter dem Schlagwort *Mehr Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt* wird eine Steigerung der Frauenerwerbsquote von 62% auf 65% gefordert sowie eine Erhöhung des Frauenanteils in Wirtschaft, Politik, Wissenschaft und der Sozialpartnerschaft angestrebt. Generell sind Qualifizierungsmaßnahmen für Frauen vorgesehen um deren Chancen am Arbeitsmarkt zu verbessern. Dazu zählen auch Maßnahmen zur Schließung der Einkommensschere zwischen Männern und Frauen am Arbeitsmarkt sowie ein generelles Bekenntnis zur Verhinderung von Frauenarmut durch Einführung eines kollektivvertraglich geregelten Mindestlohns von 1000 Euro.

Auch im Bereich der Kinderbetreuung und des Kindergeldes soll sich einiges ändern. So soll es ein höheres, dafür aber kürzer zu beziehendes Kindergeld in der Höhe von 800 Euro geben. Der Gewaltschutz soll ausgebaut und verbessert werden und im Bereich Frauenhandel sieht das jetzige Regierungsprogramm

Aktionspläne sowie einen Ausbau von Unterstützungsmöglichkeiten- und angeboten für die betroffenen Frauen vor.

Die frauenpolitischen Ambitionen im Regierungsprogramm erscheinen auf den ersten Blick viel versprechend, doch stellt sich die berechtigte Frage, ob es sich dabei nicht bloß um schöne Worthülsen handelt und wie die konkrete Umsetzung aussehen wird? Denn es ist eine bekannte Tatsache, dass sich die neue Bundesregierung von Anfang an in vielen Bereichen nur sehr schwer einigen konnte. In frauenpolitischen Fragen waren die Ideologien von ÖVP und SPÖ sowieso schon immer am weitesten auseinander.

Deutlich wurden diese Auffassungsunterschiede just durch die neue ÖVP-Gesundheits- und Familienministerin Kdolsky. Diese trat ziemlich rasch nach ihrer Angelobung – wohlgermerkt vor allem bei ihren eigenen Parteikollegen und -kolleginnen – ins Fettnäpfchen, weil sie sich in einem Interview trotz Kinderlosigkeit als zufrieden und glücklich bezeichnete. Den größten Fauxpas beging sie jedoch, als sie ebenfalls öffentlich kundtat, dass Kinder nicht immer nur lieb und nett wären, sondern manchmal auch ganz schön anstrengend sein könnten.

Während die SPÖ sich nobel zurückhielt, gingen in der ÖVP nach diesen Aussagen die Wogen ziemlich hoch. Von mangelnder Qualifikation der Ministerin bezüglich ihrer Ressortaufgaben bis hin zur Verteidigung des hehren Frauenbildes der ÖVP reichten die Stimmen. Mit Mühe und Not gelang es der Ministerin die Wogen wieder zu glätten.

Dieser Zwischenfall lässt nichts Gutes erahnen. Zu Recht fragt sich frau, wie die Umsetzung der frauenpolitischen Maßnahmen im Regierungsprogramm und generell eine neue Frauenpolitik möglich sein soll? Die Besorgnis scheint aber auch dahingehend begründet, als bei der SPÖ die Gefahr besteht, dass ihre Standhaftigkeit diesbezüglich nicht allzu hoch sein wird, wie sich schon davor in den Koalitionsverhandlungen mit der ÖVP gezeigt hat. Im Gegenteil, die „Umfaller“ seitens der SPÖ in für sie an sich wesentlichen Bereichen sind schon fast legendär. Das

lässt natürlich die Vermutung zu, dass die SPÖ gerade in frauenpolitischen Fragen nicht viel Mut haben und sich häufig dem Willen der ÖVP beugen wird.

Der größte „Umfaller“ wird der SPÖ bei der Ressortverteilung vorgeworfen, die durchaus Auswirkungen auf die künftige Frauenpolitik haben kann. Alle wichtigen Schlüsselressorts befinden sich in schwarzer Hand und die Frauenministerin wird in vielen Angelegenheiten abhängig sein von der Kooperationsbereitschaft ihrer schwarzen Ressortkollegen und -kolleginnen. Ob sie für ihre Anliegen viel Gehör finden wird?

All diese Dinge deuten nicht gerade daraufhin, dass es unter dieser Regierung eine ambitionierte und engagierte Frauenpolitik geben wird. Auf der einen Seite die SPÖ, deren einziges Programm in Wahrheit in der Erringung des Bundeskanzleramtes besteht sowie eines Bundeskanzlers, der sich bisher vor allem mit seinen Sandkastenträumen hervorgetan hat. Auf der anderen Seite die ÖVP, die bekanntlich in Frauenfragen sowieso eine gänzlich andere Anschauung hat und Frauenpolitik schon immer eigentlich als Familienpolitik betrachtet hat.

Nachdem die SPÖ also kaum den Mut und die Kraft aufbringen wird, sich in diesem Bereich gegenüber der ÖVP durchzusetzen, muss frau leider davon ausgehen, dass es auch unter dieser Regierung keine wirklichen Fortschritte in der Frauenpolitik geben wird. Im Gegenteil, es ist sogar davon auszugehen, dass viele Versprechen lieber um des Koalitionsfriedens willen geopfert werden, als den Traum vom Bundeskanzleramt aufzugeben.

Die Maßnahmen im Regierungsübereinkommen werden also nichts weiter bleiben als schöne Worte und Papier ist ja bekanntlich geduldig.

Es war daher wohl sehr optimistisch, zu glauben, dass sich durch den Urnengang im Herbst 2006 viel verändern wird.

Mag.^a Nina Eckstein ist Juristin in Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; nina.eckstein@gmx.at.