

JURIDIKUM

Zeitschrift im Rechtsstaat

Nummer 3/9

ISSN 1019-533

Recht & Gesellschaft

- Staatsbürgerschaft:
Blut oder Boden
- Das Fremdenrecht
ist nicht EU-konform
- Luhmanns
diabolischer Blick
- Pornographie
und Recht, Teil II
- Vaterrecht und
Kindeswohl

Studium & Beruf

- VfGH & studentische
Mitbestimmung



Republik Ö3?

**StudentIn
müßte man sein:**

Zahl nur die

Hälfte

StudentInnenabo 500,- öS pro Jahr oder 4 Volumen gratis © 0222/523 87 30

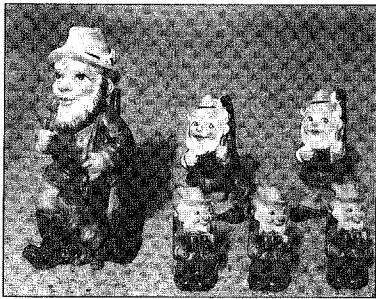


© 0222/523 87 30

Die linke Zeitung zur rechten Zeit.

Wöchentlich am Donnerstag.

Volksstimme



THEMA: REPUBLIK Ö 3?

Von der zweiten Männer- in die dritte Frauenrepublik? Brigitte Hornyiks Gedanken zur Stellung der Frau in diesem Lande.....	29
Organe der Verfassungsinterpretation Wer kann den Bundespräsidenten kontrollieren?, fragt Alexander Somek.....	33
Zwischen Ideal- und Realverfassung Hans Köchler über die Notwendigkeit eines Paradigmenwechsel.....	38

Recht & Gesellschaft

Staatsangehörigkeit in der Moderne Karin König analysiert das österreichische Staatsbürgerschaftsrecht.....	8
Anpassungsbedarf Sepp Brugger zeigt die Nicht-EU-Konformität unseres Fremdenrechts auf.....	11
Princeps legibus solutus? Teil III Das Recht als eine Disziplin erzeugende Disziplin, von Nikolaus Forgó.....	14
Vaterrecht und Kindeswohl Martina Thomasberger thematisiert die gemeinsame Obsorge über Kinder.....	18
Die Kodierung des Körpers, Teil II Elisabeth Holzleithner über das „pornographische Element“ in unserer Kultur.....	20
Kein Recht zu lieben Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung fordert Helmut Graupner.....	23
Dämonisches zum diabolischen Blick Martin Berger beobachtet das Teuflische am Leben.....	25

Sehen/Hören/Lesen

Österreichs Rechtstheorie und -praxis um die Jahrtausendwende Das Reisegepäck österreichischer Juristen, ausgepackt von Klaus Richter.....	43
Gute Miene Böses Spiel Robert Zöchling im Context an den Grenzen der Aufklärung.....	43

Studium & Beruf

„Unsachliche“ Entscheidungen Angela Diewald prüft den VfGH, der die Mitbestimmung von Studierenden prüft.....	44
---	-----------

Vorsatz: Lug und Trug Thomas Sperlich zur Metaphysik im österreichischen Geschichtsverständnis.....	5
Merkwürdig Privatradio & VfGH/Tatblatt & OGH/Rechtspflege & RechtsanwältInnen.....	6
Nachsatz: Unmögliche Leute Für den Umgang Österreichs mit „seinen“ Naziopfern schämt sich Michael Wimmer....	47
Service Hinweise/Bestellscheine.....	48
Impressum	50

INHALT

Impulse

Die Europäische Union und Österreich

Verlag Österreich
Bank Austria

Waldemar Hummer (Hrsg.)

SCHRIFTSERIE EUROPA DES BUNDESKANZLERAMTS



Fundamentale Rechtsgrundlagen einer EG-Mitgliedschaft

Griller
Meislinger
Koidl

LAND T

Österreich in der Europäischen Union

Band 1
Beitrittsvertrag – Beitrittsakte –
Schlußakte

Verlag Österreich
Bank Austria

Hummer/Obwexer

Europarechtliche, völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Perspektiven
268 Seiten, broschiert, öS 448,-

288 Seiten, broschiert, öS 124,-

Beitrittsvertrag – Beitrittsakte –
Schlußakte
593 Seiten, broschiert, öS 498,-

Verlag Österreich
Edition Juristische Literatur

ÖSTERREICHISCHE

Rennweg 12a, A-1037 Wien



STAATSDRUCKEREI

Tel.: (0222) 797 89-295, Fax: 797 89-455

**SAXTRON
COMPUTER**

Persönliche Kundenbetreuung & österreichweiter Postversand

Umbauen, Service, Tausch

Wir übernehmen Ihre gebrauchten Geräte in Zahlung

Gumpendorfer Straße 67 (bei Esterhazygasse), 1060 Wien, Tel & Fax 587 21 55

Komplettsysteme bestehen aus:

4 MB, PCI/VLB VGA 1 MB, PCI/VLB Controller 2 x Ser/1 x Par,
1x Game, 3,5" 1,44 MB Laufwerk, **540 MB HD**, Tastatur,
Tower, Mtherb ASUS/INTEL/ELITE GRUP.

386 DX/40 MHz, 128 KB	8.990,-
486 DX/33/40 MHz, 256 KB, VLB	10.490,-
486 DX2/66 MHz, 256 KB, VLB	11.490,-
486 DX2/80 MHz, 256 KB, VLB	12.490,-
Intel 486 DX4/100 MHz, VLB	14.490,-
Pentium 60 MHz, PCI & VLB	16.990,-
Pentium 90/PCI VGA (INTEL Board)	23.490,-

Festplatten AT Bus & SCSI

540 MB AT Bus	2.690,-
720 MB AT Bus	3.590,-
1080 MB AT Bus Enhanced	5.290,-
540 MB SCSI-2 Festplatte IBM	3.290,-
1050 MB SCSI-2 Festplatte	7.790,-
2100 MB SCSI-2 Festplatte	14.990,-
4,3 GB SCSI-2 Festplatte	20.990,-

Mitac Notebook 486-33

486-66 DX2/66, 4 MB, 200 MB HD, VGA Monochrom	18.490,-
486-66 DX2/66, 4 MB, 340 MB HD, 3,5" LW, Color	29.490,-

Monitore

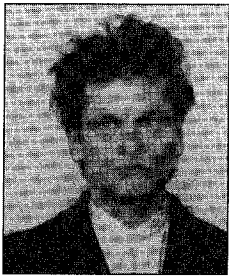
SVGA 14", 1024 x 768, interlaced Strahlungsarm	3.190,-
TARGA TM-1499NL, 14", non-interlaced, l.r. MPR2	3.890,-
TARGA TM-3820 PNLD, 15", non-interlaced, l.r. MPR2	4.490,-
Qumpal, 90 KHz 17", non-interlaced, l.r. MPR2	8.490,-
TARGA M-4220, 17", 90 KHz, non-interlaced, MPR2	8.990,-
NEC-3v, 15" MultiSync, 60 Hz	7.890,-
NEC-5E, 17" MultiSync, 76 Hz	16.990,-
MAG MDX15F, 15" MultiSync, 1280 x 1024, 64 KHz, MPRII	5.998,-
MAG MX 17S black Trinitron, 1280 x 1024, 64 KHz, MPRII	14.198,-
MAG MX 21F MultiSync 1699 x 1280	31.499,-

Drucker aller Marken

Brother Twinwriter 5, A 3, Nadel & Typewriter	2.790,-
NEC Pinwriter P220, 24-Nadel, A 4	3.898,-
Canon BJ-10 sx, Tintenstrahl, A 4	2.598,-
Canon BJ-4000, max. 5 Seiten/min., 720 DPI	4.990,-
HP Deskjet 520, Tintenstrahl, A 4	3.999,-
HP Deskjet 500 Color, Tintenstrahl, A 4	3.998,-
HP Deskjet 560 Color, Tintenstrahl, A 4	6.980,-
HP Laserjet IV L, 1 MB, 300 x 300 DPI, A 4	7.980,-
HP Laserjet IV P, 1 MB, 600 x 600 DPI, A 4	12.990,-

Grafikkarten & Controllerkarten auf Anfrage

Irrtümer, Druckfehler und Preisänderungen vorbehalten. Auf PC 1 Jahr Garantie.
Alle Preise verstehen sich incl. MWST.



von Thomas
Sperlich

Für jemanden aus einem Land, in dem die – gelinde gesagt – „Duldung“ der Deportation nahezu der gesamten jüdischen Bevölkerung damit zu „entschuldigen“ versucht wird, daß nichts über die Vernichtungslager bekannt gewesen sei; in dem so getan wird, als ob man sich dem Beitritt zu nationalsozialistischen Organisationen nur unter dem Einsatz der eigenen Haut entziehen hätte können; oder in dem die Verweigerung des Hitlergrußes zur heroischen Widerstandshandlung hochstilisiert wird, bei so jemanden stossen die Formen und der Umfang des niederländischen Widerstandes an die Grenzen des Vorstellungsvermögens: Gegen Ende des Kriegs waren 300.000 Verfolgte im Untergrund vor dem Naziterror versteckt; 1940 als die jüdischen BewohnerInnen Amsterdams gezwungen wurden, den Judenstern zu tragen und

andere über den Beginn der 10- (und nicht der 17-)jährigen Besatzungszeit lamentiert. Und viele haben gar nicht gedacht. Einzig eine Diskussion wie bei unseren ehemaligen VolksgenossInnen, ob '45 nun *entweder* Befreiung *oder* Niederlage gewesen sei, ist uns hierzulande erspart geblieben. Nicht aus Mangel an RevanchistInnen, in deren Hirnen der Gedanke keinen Platz findet, daß die totale Niederlage Voraussetzung für den Neubeginn gewesen ist, sondern aufgrund der herrschenden Staatsdoktrin – Österreich das erste Opfer der deutschen Aggression – mußte zumindest so getan werden, als ob die Befreiung gefeiert würde.

Der juristische Überbau dieser Lebenslüge ist ein alter Hut aber immer wieder amüsant: War der Anschluß ans Reich Annexion oder Okkupation? Erste Theorie besagt, daß Österreich als Teil des 3. Reiches 1938 aufgehört hat zu existieren und 1945 sich die Ostmark vom Reich separiert hat, sich also ein neuer Staat gebildet hat; zweite will weismachen, daß Österreich nicht untergegangen wäre und zwischen '38 und '45 fortbestanden hätte. Da letzteres in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Realität steht, wird es gewöhnlich ein wenig verklausulierter ausgedrückt: Österreich ging als Völkerrechtssubjekt nicht unter und erlangte 1945 seine völkerrechtliche Handlungsfähigkeit zurück. Begründung: Das „Bundesverfassungsgesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich“ sei nichtig, weil es weder von allen Mitgliedern der Marionettenregierung Seyß-Inquart unterzeichnet noch vom Bundespräsidenten beurkundet worden war. Auch hätten nur die Achsenmächte die Okkupation, pardon Annexion, de iure anerkannt, die Alliierten zwar de facto, nicht aber de iure. Spätestens die Argumentation „sowohl die objektiven (gleiches Volk auf gleichem Staatsgebiet *unter weitgehend unveränderter Rechtsordnung*) als auch die subjektiven (*Bekennnis zur Identität*) Kontinuitätsmerkmale lagen eindeutig vor, so daß Österreich fortbestand“⁽¹⁾, zeigt die Lächerlichkeit und Verlogenheit dieser Doktrin. Österreich als sogenannte „scheinotter Staat“ war rechtsfähig, einzig an der Hand-

lungsfähigkeit haperte es – mit dem überaus angenehmen Nebeneffekt der Unbeflecktheit: Die nationalsozialistischen Verbrechen sind uns ÖsterreicherInnen – falsch: sind Österreich nicht zurechenbar.

Zelebriert wurde Metaphysisches – denn ein Wunder ward geschehen: die Wiederauferstehung von den Toten – Amen!

Mit diesem Glauben steht und fällt die scheinbar so bequeme Opferrolle – die große Lebenslüge dieser Republik. Und dieser so alte wie lächerliche Hut wäre mir keine Zelle wert, wenn er nicht die österreichische Politik nach wie vor maßgeblich prägen würde, wie sich wiederum an der erbärmlichen Diskussion rund um das Naziopferentschädigungsgesetz (siehe auch Nachsatz S. 47) zeigt.

...auferstanden von den Toten

Wieviel sollen die Opfer bekommen? Wie muß die Verfolgung bewiesen werden? Wer zählt als Opfer? Sollen schon bezogene Sozialleistungen auf die Entschädigung aufgerechnet werden? Und vor allem: Sollen die Opfer Rechtsanspruch auf Entschädigung haben? Letzteres ist nach der Logik der Opferrolle Österreichs konsequenterweise klipp und klar zu verneinen. Auf was hinauf sollte jemand – selbst wenn es sich um eine juristische Person handelt –, der selbst Opfer war, andere Opfer entschädigen? Auch käme kaum jemand auf die Idee, den Staat Österreich für Verbrechen, begangen von einzelnen deutschen Staatsangehörigen (und die vielen, vielen einzelnen ÖsterreicherInnen waren bis '45 Deutsche), verantwortlich machen zu wollen. Aber schließlich könnte eine adäquate Opferentschädigung als Eingeständnis gewertet werden. Das würde unser Selbstbild doch etwas zu sehr trüben, die ganze verlogene Konstruktion zum Einsturz bringen, um deren Aufbau wir uns doch die vergangenen 50 Jahre bis zur Selbstverleugung so redlich bemüht haben.

(1) *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, Bd.1, Hgg. Neuhold, Hummer, Schreuer, Wien 1991, S. 460f – Hervorhebung T.S.

Lug und Trug

Die Feiern zum 50. Jahrestag der Befreiung waren wirklich beeindruckend. Neben den offiziellen Aufmärschen war das ganze Stadtzentrum ein einziges großes Fest. Überall Veranstaltungen. Lauter ausgelassen feiernde Menschen jeden Alters. Unglaublich viele Informationsstände verschiedenster Initiativen – Flüchtlingsberatungen, Obdachlosenhilfe, Entwicklungshilfeprojekte, Umweltschutzgruppen... – und davor kleine, ständig wechselnde Diskussionsrunden. Letzteres hat mir besonders imponiert, denn es zeigt den Umgang mit und den Stellenwert der eigenen Geschichte: Die AmsterdamerInnen leben sie. Sie klopfen sich nicht auf die Schultern und ruhen nicht auf den Lorbeeren ihres antifaschistischen Widerstandes, den sie so „heldenhaftig, unerschütterlich, barmherzig“ – wie es im 1946 verliehenen Stadtwappen heißt – geführt haben – sondern sie interessieren sich für heutige Randgruppen und Ungerechtigkeiten und üben Solidarität.

die ersten deportiert wurden, wurde in dieser Stadt ein Generalstreik durchgeführt (übrigens einer von dreien während der deutschen Besetzung), ganze Berufsgruppen (ÄrztInnen, KünstlerInnen, BeamtInnen...) haben nahezu geschlossen den Beitritt zu den nationalsozialistischen Berufsvertretungen verweigert – trotz drohendem Berufsverbot.

Vom Dritten Reiche...

Und in Österreich, in Wien, was haben wir hier eigentlich zelebriert? Vermutlich höchst unterschiedliches: Manche haben die Befreiung gefeiert, manche der Gründung der 2. Republik gedacht, manche sich der damals wiedergewonnenen Freiheit erfreut, manche der Opfer des Faschismus gemahnt. Andere wiederum der Opfer des Krieges, andere haben den Beginn der russischen Kriegsgefangenschaft betont, andere sich des großartigen Wiederaufbaues gebrüstet, andere die Vertreibung aus der Tschechoslowakei verrechnet,

Wahrnehmungen

Österreich. (*klaus richter*) Heftige Kritik üben Österreichs RechtsanwältInnen an Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung des Jahres 1994 in Form des jährlichen (22.) „Wahrnehmungsberichts“ des Österreichischen Rechtsanwaltskammertags.

Im Bereich der Gesetzgebung beanstandet man ein erneutes Anwachsen der Bestimmungen (Gesetzesflut), Detailfreudigkeit, Überregulierung, „möglichst komplizierte Lösungsversuche“, Kuriosa und „völlig mißlungene Gesetzeswerke“, wie das Mietrechtsgesetz. Die Anwendung nicht nur dieser Bestimmungen sei auch für ExpertInnen „praktisch unmöglich“. Vielfach gelänge es auch der/dem spezialisierten Rechtssuchenden nicht mehr, geltende Bestimmungen ausfindig zu machen, besonders dann, wenn Gesetze mitunter erst geraume Zeit nach dem Inkrafttreten veröffentlicht werden.

„Zahlreiche Unzukömmlichkeiten“ orten die JuristInnen auch in der Verwaltung, besonders im Bereich des Ausländerrechts. Beispielsweise würden dort Verfahren ohne ein vorgeschriebenes Ermittlungsverfahren durchgeführt und Bescheidansuchen willkürlich abgewiesen, „was den Anforderungen eines rechtsstaatlichen Verfahrens nicht“ entspreche. Eklatante Grundrechtsverletzungen erblicken die AnwältInnen auch im Strafverfahren. Zu Unrecht verhängte Untersuchungshaft und Bestellungen von Pflichtverteidigern am Tag der Hauptverhandlung (!), Verzögerungen und mutwillige Häftlingverlegungen, von denen der Anwalt nichts erfährt, seien an der Tagesordnung.

Alles in allem bietet der Bericht ein erschütterndes Bild von Überregulierung, Behördenwillkür und Menschenrechtsverletzungen in Österreich. Doch begnügt sich der Rechtsanwaltskammertag nicht mit Kritik, sondern bietet auch konkrete Verbesserungsvorschläge. Und auch Positives wird erwähnt: So die vorbildliche und auch für den Laien nachvollziehbare Gestaltung des NÖ Landesgesetzblattes,

die Verbesserungen im Strafprozeßrecht und vor allem das Engagement und die Qualifikation von ZivilrichterInnen und RechtspflegerInnen, sofern diese nicht um 15 Uhr die Faxgeräte abschalten und damit mitunter eine fristgerechte Eingabe verunmöglichen.

Wer sich für den Text im Detail interessiert: Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, Rotenturmstr. 13, A-1010 Wien, Tel.: 535 12 75 (Fax-DW: 13)

VfGH funkt dazwischen

Österreich. (*ewald scheucher*) Anfang Mai hat der VfGH (überraschend schnell) den 33 anhängigen Beschwerden gegen die im Jänner durch die Regionalraddiobehörde erfolgten Lizenzerteilungen an zehn Privatradiounternehmen (bis auf Salzburg in allen Bundesländern Medienzusammenschlüsse unter Beteiligung der jeweils regional führenden Printmedien) die aufschiebende Wirkung zuerkannt (sogar jenen, die sie nicht beantragt hatten!).

Dichusconi et. al. hätten gerne ab 1. September die ÖsterreicherInnen via Äther mit mehr und besserer Werbung versorgt. Dem Vernehmen nach sind in die Vorbereitungen der erfolgreichen Lizenzwerber in den neun Bundesländern bislang rund eine halbe Milliarde Schilling geflossen.

Begründet hat der VfGH seinen Beschluß mit Wettbewerbsnachteilen der unterlegenen Lizenzwerber falls die Bescheide letztendlich doch behoben würden.

Die zum Teil erbosten Presseaussendungen der erfolgreichen Lizenzwerber sowie der Mediensprecher der Regierungsparteien vermittelten das Gefühl einer Zeitreise in die Ära großkoalitionärer Allmacht und Allzuständigkeit. Grundtenor: Es müsse doch „halten“, was „ausgemacht“ wurde.

Unter den BeschwerdeführerInnen finden sich erfreulicherweise (bis auf Salzburg) alle „Freien Radios“ Österreichs, die

auch als nicht-kommerzielle alternative Radioprojekte als ernstzunehmende MitbewerberInnen der Print-Proporzprojekte aufgetreten sind.

Auf den ersten Blick hat der VfGH jedenfalls durch seine schnelle Reaktion die Bedeutung einer (verfassungs-)rechtlich einwandfreien Neustrukturierung der österreichischen Medienlandschaft unterstrichen. Abzuwarten bleibt allerdings, wie weit sich der VfGH auf das Minenfeld der rot-schwarzen „Medienpolitik“ (Frequenznutzungsplan, Regionalradio- und Kartellgesetz) vorwagen wird.

Spätestens im Herbst werden wir wissen, ob Demokratisierung bzw. Liberalisierung im österreichischen Medienwesen begrifflich rechtgestaltende Höhe erreichen oder weiterhin nur als Worthülsen des großkoalitionären „Neusprech“ erhalten müssen. Man darf gespannt sein.

TATblatt & OGH

Österreich. (*maria windhager*) Das „TATblatt“ wurde vom Oberlandesgericht Wien am 25.1.1995 zur Unterlassung der Behauptung, Jörg Haider betreibe rassistische Hetze bzw. zur Unterlassung der Aufforderung „schicken wir ihnen kleine Aufmerksamkeiten als Antwort auf ihre rassistische Hetze“ verurteilt. Es ist symptomatisch für die österreichische Medienlandschaft, daß trotz wochenlang anhaltendem Interesse an der Verurteilung des TATblattes genau dieses Urteil mitsamt seinen Rechtsfolgen weitgehend unbekannt geblieben ist.

Sämtliche anderslautenden Diffamierungen in der letzten Zeit sind also schlichtweg falsch und haben dennoch ihre Verbreitung gefunden, ungeprüft und unhinterfragt bzw. bezweckt: Rechtskräftige Verurteilung wegen Gewalttätigkeit, Verfassungswidrigkeit, Bombenbastlerei, Aufforderung an Haider Briefbomben zu schicken und ähnliches.

Außerdem hatte das „TATblatt“ gegen das Aussageverbot, daß Jörg Haider rassistische Hetze betreibe, außerordentliche

Revision an den Obersten Gerichtshof erhoben. Das Urteil des Oberlandesgerichtes war also hinsichtlich dieses Punktes nicht rechtskräftig und galt somit die Unschuldsvermutung, aber das interessierte die (meisten) Medien überhaupt nicht. Tatsächlich waren (nicht nur) die Medien offensichtlich der *Meinung*, daß *Diskussionen* darüber stattfinden können, ob das Urteil nun rechtskräftig ist oder nicht, so als ob die Rechtslage diesbezüglich nicht – zwingend – eindeutig wäre.

Nicht genug damit hat nun auch der Oberste Gerichtshof bzw. der 6. Senat, nämlich die Dres. Schobel, Redl, Kellner, Schiemer und Prückner ihre *Meinung* in die *Diskussion* eingebracht. Sie wiesen die außerordentliche Revision mit folgender Begründung als unzulässig zurück:

„In der Wertung des im ‚Tatblatt‘ des Beklagten (TATblatt, Anm. d. Verf.) vom 9.12.1992 im Zusammenhang mit dem vom Kläger (Jörg Haider, Anm. d. Verf.) initiierten und propagierten, damals aber noch bevorstehenden sogenannten ‚Ausländervolksbegehrens‘ verbreiteten Vorwurfs einer ‚rassistischen Hetze‘ durch das Berufungsgericht als ‚konkludente Tatsachenbehauptung‘ kann demnach keine die Rechtssicherheit gefährdende Fehlbeurteilung gesehen werden, wird doch damit (ua auch) der Kläger der Verhetzung, also eines konkreten, im Sinne des § 283 Abs 2 StGB strafbaren Verhaltens bezichtigt.“

Im Klartext bedeutet das: Eigentlich hat das Oberlandesgericht als Berufungsgericht falsch entschieden, denn bei der „rassistischen Hetze“ handelt es sich um ein Werturteil, das frei ist. (Bekanntlich sind Tatsachen heilig, Wertungen hingegen frei!) Da aber die Wertung in ihrer Eindeutigkeit vom OGH als „Exzeß“ empfunden und in der Folge gewertet wird (das Ausländervolksbegehren stand ja erst bevor, und so rassistisch war's ja gar nicht, mag er vielleicht gemeint haben?), verbietet dieser kurzerhand die Freiheit des Werturteils, also die Meinungsfreiheit. Diese Entscheidung sei jedenfalls in Ordnung, weil damit die Rechtssicherheit nicht gefährdet sei. Punkt.

Trifft ja eh nur „Anarchisten“ und das „Netzwerk des linksextremen Terrors“...

Da bleibt offensichtlich nur eines zur Rettung der Meinungsfreiheit, der Rechtssicherheit und wodurch sich sonst noch so ein Rechtsstaat auszeichnet: Auf nach Straßburg.

Und wer zahlt die Kosten?

Spendenkonto: TATblatt – Unabhängige Initiative Informationsvielfalt, PSK 7547212

Verfassung & AufenthaltsG

Österreich. (*nadja lorenz*) Der Verfassungsgerichtshof hat in einem richtungsweisenden Erkenntnis vom 16.3.1995 der Vollzugspraxis des Innenministeriums zum Aufenthaltsgesetz einen klaren Dämpfer erteilt: Er hob einen abweisenden Bescheid des Inneministers auf, da dieser die sogenannte Interessenabwägung gemäß Art. 8 EMRK nicht vorgenommen hatte.

Erfreulich ist selbstverständlich die Aufhebung des angefochtenen Bescheides für den Betroffenen, einen türkischen Gastarbeiter. Dieser hält sich seit 1989 legal in Österreich auf und befindet sich in einem aufrechten Beschäftigungsverhältnis. Die Abweisung des Antrags auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung hatte das Bundesministerium für Inneres lediglich damit begründet, daß der Antragsteller und seine Familie nicht über eine ortsübliche Unterkunft verfügten und sein Einkommen zu gering sei. Für ihn bedeutet nun die Aufhebung des Bescheides durch den VfGH eine neue Chance, da der Behörde aufgetragen wurde, die familiären und privaten Interessen des Beschwerdeführers sowie seinen mehrjährigen Aufenthalt in Österreich bei ihrer neuerlichen Entscheidung zu berücksichtigen.

Unerfreulich ist das Erkenntnis aber deshalb, da der VfGH zum wiederholten Male auf das Instrument der verfassungskonformen Interpretation „zurückgegriffen“ hat, um die Prüfung

des Gesetzes bzw. den § 5 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes selbst auf dessen Verfassungskonformität zu vermeiden. Denn die Formulierung des Gesetzestextes läßt weder einen Zweifel am Willen der Gesetzgebung noch am Auftrag an die vollziehende Behörde und enthält somit keinen Spielraum für eine verfassungskonforme Interpretation: „Eine Bewilligung darf Fremden nicht erteilt werden, bei denen eine Sichtvermerksversagungsgrund vorliegt, insbesondere aber, wenn deren Lebensunterhalt oder eine für Inländer ortsübliche Unterkunft in Österreich für die Geltungsdauer der Bewilligung nicht gesichert ist.“

Vielleicht glaubt jedoch auch der VfGH an eine erzieherische Wirkung, welche seinen Erkenntnissen zuteil werden könnte. Jedenfalls bedeutet diese Entscheidung ein Signal an die Vollzugsbehörden, selbst in einem Fall, wo das Gesetz eindeutig keinen Spielraum läßt, zu bedenken, daß Art. 8 EMRK jedermann und jederfrau Schutz seines/ihrer Privat- und Familienlebens garantiert. Bei der Anwendung aller AusländerInnen-gesetze ist also dieser Schutz zu beachten und die Behörde hat sich über verfassungswidrige Gesetze hinwegzusetzen.

In diesem Sinne ist das Erkenntnis ein Signal in die richtige Richtung. Dem/r einzelnen AusländerIn ist aber nur dann geholfen, wenn er/sie den Weg zum Rechtsanwalt bzw. zur Rechtsanwältin findet und die menschenrechtswidrige Vollzugspraxis eines menschenrechtswidrigen Gesetzes durch alle Instanzen bekämpfen kann. Für die meisten AusländerInnen, die zur sozial und finanziell schwächsten Schicht gehören, stellt aber in der Regel bereits dieser Weg ein unüberwindbares Hindernis dar...

Dichtmachen

Österreich. (*klaus richter*) Am 26. März dieses Jahres gingen die Grenzbalken zwischen den sieben Mitgliedsstaaten des Schengener Abkommens (BRD, Frankreich, Luxemburg, Belgien, den Niederlanden, Spanien

und Portugal) „für immer“ hoch. Während die übrigen EU-Mitglieder auf ihre Grenzkontrollen (noch) nicht verzichten wollten oder nicht in der Lage waren, ihre Außengrenzen ausreichend abzusichern (Italien und Griechenland), arbeitet Beobachter Österreich in Erwartung einer „Vollmitgliedschaft“ 1996 feste an der Feste.

„Wir müssen in den nächsten zwei Jahren einen Grenzdienst aufbauen und die Ost- und Südostgrenzen dichtmachen!“, so der Generaldirektor für die öffentliche Sicherheit Michael Sika. Ein gigantischer Aufwand würde für die Absicherung der Außengrenze der Festung Europa und die Aufstellung einer entsprechenden Grenzschutztruppe benötigt.

Der Sicherheitschef warnt daher vor Sparplänen: „Dichtmachen hat man in der Praxis noch nicht erlebt. Es wird mehr Kontrollen geben müssen. Jetzt kann man nicht länger Sandkastenspiele spielen. Wir brauchen mindestens 100 Millionen Schilling und 2.000 zusätzliche Beamte.“ Für soetwas gebe es „keine gesetzlichen Grundlagen“, so Johannes Voggenhuber. Für den Europa-Sprecher der Grünen steht fest: „Schengen ist der Beginn der computerüberwachten Massengesellschaft“.

Quereinsteigerin & Politik

Österreich. (*klaus richter*) Die Äußerungen der Staatsanwältin und „freiheitlichen“ Neo-Abgeordneten Dr. Liane Höbinger-Lehrer zu Todesstrafe und Strafvollzug haben deutliche Stellungnahmen von Fachkolleginnen und -kollegen nach sich gezogen.

Die Vereinigung der österreichischen Richter wies darauf hin, daß sie schon 1982 ihren Mitgliedern empfohlen hatte, „während des aktiven Dienstes keiner politischen Tätigkeit nachzugehen und eine Mitgliedschaft bei politischen Parteien zu vermeiden“, um die Unabhängigkeit der Rechtsprechung nicht einmal dem Anschein nach

zu gefährden. Den strengen Standesrichtlinien und Gesetzen unterliegen freilich nicht Staatsanwältinnen, von deren Ansichten sich Richterinnen und Richter zu distanzieren genötigt sahen.

Zu den rückschrittlichen Strafprozeß-Vorstellungen der „vor kurzem mit erheblichem Echo in das politische Leben eingetretenen Staatsanwältin“ fand der Österreichische Rechtsanwaltskammertag, freilich ohne einen Namen zu nennen, folgende klare Formulierung: „Die Diskussionen in diesem sensiblen Bereich sollten geordnet und von den das Vertrauen ihrer Kollegen genießenden Standesvertretungen und nicht von politischen Quereinsteigern geführt und bestimmt werden.“

Feindlage & Auftrag

Österreich. (*michael wimmer*) Im November 1992 wurde im Rahmen einer Gerichtsverhandlung ein junger Leutnant als Zeuge befragt, ob er sich denn Gedanken mache, was mit den Menschen geschieht, die er an der Grenze im Rahmen des Assistenten (Grenzsicherungs-)einsatzes abschickt – das war offenbar nicht der Fall.

Wenn sich Soldaten Gedanken machen, dann äußert sich das zum Beispiel in einer seit Kaisers Zeiten nicht dagewesenen gemeinsamen Übung von österreichischen, ungarischen und slowakischen Militärs namens „Trimigrant“, die am 31. Mai dieses Jahres begann und von den jeweiligen Generalstabschefs der drei Armeen geleitet wird.

Feindlage und Auftrag: Abwehr massiver Flüchtlingsbewegungen. Wie von diesen Herren dann im großen Rahmen und/oder im Ernstfall die Genfer Flüchtlings- oder die Europäische Menschenrechtskonvention interpretiert werden, überlassen wir der Phantasie der p.t. LeserInnen. Ein abermaliger Neutralitätsbruch wird dabei wieder einmal bewußt in Kauf genommen.

Staatsangehörigkeit in der Moderne

Karin König

Angesichts weltweit im Zunehmen begriffener Migrationsbewegungen stellt sich die Frage nach Veränderung grundlegender, die Staatsangehörigkeit bestimmender Konzepte sowie der Parameter für deren Übergang bzw. Übertragung.

Die im heutigen Westeuropa vorherrschenden Konzepte von Staatsangehörigkeit und deren Inhalte sind ein Ausfluß des territorialen Nationalstaats des 19. Jahrhunderts, welcher einerseits auf Abgrenzung von anderen Staaten und andererseits auf Homogenisierung innerhalb der Grenzen im Sinne behaupteter nationaler Identität angelegt war; die darauf beruhende Bindung wesentlicher Bürgerrechte an den nationalen Paß entwickelte sich zu einer Zeit geringer internationaler Mobilität der Menschen sowie relativ schwacher wirtschaftlicher Verflechtung. Innerstaatlich bedeutete die Durchsetzung des Nationalstaates auch einen Demokratisierungsprozeß, indem die Bevökerung schrittweise in den politischen Prozeß einbezogen wurde und das – kontrollierbare – Gewaltmonopol des Staates die Willkürherrschaft von Monarch und Adel ablöste. Angesichts weltweiter wirtschaftlicher Verflechtung, der Bildung übernationaler Staatengemeinschaften, wie der EU, und vergangener Einwanderung nach Westeuropa in beträchtlichem Ausmaß stellt der fortbestehende Gegensatz zwischen universalen Grund- und Menschenrechten, deren Geltung für alle Menschen unabhängig von ihrer Staatszugehörigkeit eingefordert wird, und Sonderrechten für die einzelnen Nationalstaaten angehörenden BürgerInnen heute ein ideologisches Relikt dar. Vor allem ist eine auf Dauer angelegte Ausschließung eines Teils der Wohnbevölkerung von politischer Mitsprache unvereinbar mit demokratischen

Prinzipien. Auch im Sinne der Verwirklichung rechtlicher, sozialer und ökonomischer Integration von ZuwanderInnen muß dieser Anachronismus überwunden werden. Wege, die in diese Richtung führen, sollen in folgenden aufgezeigt werden.

Entwicklungen in Westeuropa

Sowohl die Regeln für die Bestimmung bzw. Erlangung der Staatsangehörigkeit wie auch die Rechtsstellung niedergelassener ZuwanderInnen unterscheiden sich aufgrund historisch-ideologischer Faktoren westeuropaweit erheblich. Grundsätzlich folgen die Regelungen zur Bestimmung der Staatsangehörigkeit dem Prinzip des „Ius soli“ (Territorialprinzip) oder dem des „Ius sanguinis“ (Abstammungsprinzip), häufig finden sich auch Kombinationen beider Grundsätze.

Das sogenannte Territorialprinzip, welches neben den außereuropäischen klassischen Einwanderungsländern U.S.A., Kanada und Australien auch teilweise in Großbritannien, Frankreich, Belgien und den Niederlanden gilt, bestimmt die Staatsangehörigkeit primär nach dem Ort der Geburt eines Menschen bzw. nach dem von ihm gewählten Lebensmittelpunkt bzw. Wohnsitz.

Beim sogenannten Abstammungsprinzip, das in der BRD, Schweiz, Ungarn und Österreich gilt, wird die Staatsbürgerschaft sozusagen über Generationen vererbt, auch wenn diese fernab des ursprünglichen „Mutterlandes“ geboren werden und leben. So haben sogenannte „Volksdeutsche“ aus Rumänien, der Sowjetunion, Polen usw. nach dem deutschen Staatsangehörigkeitsrecht ein Recht auf Rückkehr und damit „Reaktivierung“ ihres Bürgerstatus. Gleichzeitig verbleiben nach dem System der Abstammung Kinder der zweiten, dritten und vierten Generation von ZuwanderInnen im Land, in dem sie geboren sind und aufwachsen, „Ausländer“ – mit allen damit verbundenen rechtlichen Ausgrenzungen – im Bereich des Aufenthalts- und Sozialrechts sowie politischer Partizipation –, aber auch mit allen mit ihrem „Ausländerstatus“ verbundenen faktischen Ausgrenzungen.

Im Zuge des Entstehens des übernationalen wirtschaftlichen Interessensverbands der EU wurden Gruppen privilegierter „AusländerInnen“ geschaffen, denen weit-

gehender Zugang zu den bislang Staatsangehörigen vorbehaltenen Rechtspositionen eingeräumt wurde; in bezug auf das kommunale sowie das Wahlrecht auf Landesebene ist dies geplant. Auf der einen Seite wird hiedurch das enge nationalstaatliche Prinzip der Bindung von Bürgerrechten an den Paß weitgehend aufgegeben, auf der anderen Seite die überwiegende Mehrheit der aus sogenannten „Drittstaaten“ stammenden AusländerInnen in der EU zu einer Bevölkerungsgruppe „dritter Klasse“ degradiert. Einbürgerung ist eine Möglichkeit, diese Spaltung der Gesellschaft zu überwinden, die Verbesserung bis hin zur Angleichung der Rechtsstellung niedergelassener drittstaatsangehöriger ZuwanderInnen an diejenige der EU-AusländerInnen der zweite Weg zur Erreichung dieses Ziels.

Seit Beginn der 90er Jahre wurden die rechtlichen Regelungen für die Bestimmung bzw. Übertragung der Staatsangehörigkeit in einigen westeuropäischen Staaten verändert. Diese Reformen beinhalten die Einführung eines Rechtsanspruchs auf Einbürgerung für im Land geborene und/oder aufgewachsene Kinder von ZuwanderInnen in der BRD und Belgien und zunehmende Toleranz gegenüber Doppelstaatsbürgerschaft (Italien, Niederlande und Schweiz) bei Ermessens-Einbürgerungen. In der BRD wird zusätzlich die generelle Zulassung der Doppelstaatsangehörigkeit sowie die Normierung spezieller Regelungen für im Land geborene Kinder diskutiert. In Frankreich wurde die automatische Einbürgerung von im Land geborenen Kindern von ZuwanderInnen zugunsten einer Optionsregelung (Erklärung) bei Volljährigkeit aufgegeben, wobei der verbliebene Rechtsanspruch an das Nichtvorliegen einer sechs Monate übersteigenden strafrechtlichen Verurteilung geknüpft und damit wesentlich ausgehöhlt wurde. Italien erhöhte in dieser Zeit die erforderliche Wohnsitzdauer für die Antragstellung auf Einbürgerung von drittstaatsangehörigen ZuwanderInnen, Belgien und Frankreich taten dasselbe in bezug auf ausländische EhegattInnen von Staatsangehörigen.⁽¹⁾

Wenn auch nicht alle der angeführten gesetzlichen Veränderungen eine Verbesserung für betroffene Menschen darstellen, so ist doch insgesamt in Westeuropa eine Tendenz zur Liberalisierung der Einbürgerungsregelungen bei gleichzeitig zunehmender Duldung der Doppelstaatsangehörigkeit auf rechtlicher oder zumindest faktischer Ebene zu beobachten. Jedenfalls findet in den meisten westeuropäischen Ländern eine breite öffentliche Diskussion zu diesen in demokratiepolitischer Hinsicht brennenden Fragestellungen der erweiterten oder vollen Teilhabe an Bürgerrechten für ZuwanderIn-

(1) „From Aliens to Citizens – A Comparative Analysis of Rules of Transition“, Dilek Cinar, in *From Aliens to Citizens – Redefining the Status of Immigrants in Europe*, Rainer Bauböck (Hsg.), European Centre for Social Welfare Policy and Research, Vienna, 1994.

nen statt. In Österreich herrscht diesbezüglich überwiegend Schweigen. Von der westeuropäischen Öffentlichkeit wurden weitgehend unbemerkt sowohl die aufenthaltsrechtliche Stellung der „DrittausländerInnen“ als auch die Vollzugspraxis bei der Verleihung der Staatsbürgerschaft im bis dahin liberalsten Bundesland Wien erheblich verschlechtert.

„Drittstaatsangehörige“

Österreich bildet in bezug auf die DrittausländerInnen zugewiesene Rechtsstellung das Schlußlicht innerhalb der EU. So gelten für diese zwei aufenthaltsrechtliche Gesetze, die ihnen auf Dauer jegliche Aufenthaltsverfestigung verweigern, sowie ein Ausländerbeschäftigungsgesetz, welches ihnen und ihren Familienangehörigen den Zugang zum Arbeitsmarkt äußerst erschwert; weiters sind sie in zahlreichen für die gesamte Wohnbevölkerung geltenden Gesetzen, vor allem im Bereich der sozialen Sicherheit erheblich schlechter gestellt. Vor allem ist jegliche Form der politischen Mitsprache nach wie vor an die österreichische Staatsbürgerschaft geknüpft. DrittausländerInnen sind vom aktiven und passiven Wahlrecht zu den allgemeinen Vertretungskörpern auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene, in Wien auch auf Bezirksebene ausgeschlossen; weiters von der Teilnahme an Volksabstimmungen, -begehren, -befragungen sowie vom passiven Wahlrecht zu Betriebsräten sowie Interessenvertretungen. Letzteres ist einzigartig in der gesamten EU.

Das Festhalten an einer schwachen rechtlichen Stellung von ZuwanderInnen wird manchmal von Verantwortlichen aus Regierung und Verwaltung damit gerechtfertigt, daß die mit der Einbürgerung verbundene wesentliche Verbesserung der Rechtsstellung einen besonderen Anreiz für diesen Schritt darstelle. Hier wird eine doppelte Botschaft vermittelt, die Integration erschwert, wenn nicht verhindert: Auf der Ebene der Rechtsstellung der ZuwanderInnen, welche nach wie vor an dem einer klassischen „Gastarbeiterpolitik“ zugrunde liegenden „Rotationsgedanken“ ausgerichtet ist, wird den Menschen vermittelt, „wir wollen Euch, solange Ihr in wirtschaftlicher Hinsicht nützlich seid“. Die andere Botschaft lautet: „Wenn Ihr aus eigener Kraft, allen Widerständen zum Trotz, Anpassungs- bzw. Integrationsleistungen erbringt, werden wir Euch vielleicht als gleichberechtigte Mitglieder in unsere Gesellschaft aufnehmen.“ Eine schlechte rechtliche Absicherung von ZuwanderInnen führt zum Gegenteil dessen, was mit ihrer Hilfe angeblich erreicht werden soll: Die betroffenen Men-

schen müssen ihr Planen auf eine mögliche Rückkehr ausrichten, was finanzielle Mittel und Energien für die Gründung einer Existenz im Aufnahmeland abzieht oder, was vielleicht noch abträglicher ist, ihre emotionale Bereitschaft zur Annahme der Staatsbürgerschaft untergräbt.

Dies ist umso bedenklicher, als die Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft derzeit die einzige Möglichkeit für ZuwanderInnen darstellt, für Chancengleichheit in dieser Gesellschaft unerläßliche Rechte und Sicherheiten, vor allem Aufenthaltssicherheit, sozialrechtliche Gleichstellung und damit verbunden bessere Ausgangschancen für eine ausreichende Wohnversorgung sowie demokratische Mitsprache, zu erlangen.

Staatsbürgerschaftsrecht

Das österreichische Staatsbürgerschaftsgesetz von 1965 in seiner geltenden Fassung (grundlegende Novellen stammen aus den Jahren 1983, 1985 und 1993) gründet wesentlich auf dem Prinzip der Abstammung (*ius sanguinis*), d.h. eine Person wird mit ihrer Geburt ÖsterreicherIn, wenn ein helischer Elternteil österreichische/r StaatsbürgerIn ist, bei unehelicher Geburt, wenn die Mutter Österreicherin ist bzw. durch nachträgliche Legitimation. Darüberhinaus kann die österreichische Staatsbürgerschaft einer Person im Rahmen einer Ermessensentscheidung verliehen und auf ihre/n Ehegatten/Ehegattin und minderjährigen Kinder erstreckt werden. Dies erfordert grundsätzlich einen mindestens 10-jährigen ordentlichen Wohnsitz in Österreich, Unbescholtenheit (keine Vorstrafen und auch keine laufenden Strafverfahren), einen hinreichend gesicherten Lebensunterhalt, Gewähr für eine bejahende Einstellung zur Republik Österreich. Weiters darf die Person keine Gefahr für die öffentliche Ruhe, Ordnung oder Sicherheit darstellen.

Last not least wird das Ausscheiden aus dem bisherigen Staatsverband verlangt, sofern dieses möglich (gemeint rechtlich) und zumutbar (abgestellt wird auf die Handlung selbst, nicht auf die Konsequenzen) und die Person nicht Konventionsflüchtling ist.

Neben der 10-jährigen Wohnsitzfrist normiert das Gesetz eine mindestens vierjährige Frist, nach deren Ablauf die österreichische Staatsbürgerschaft verliehen werden kann, sofern ein besonders berücksichtigungswürdiger Grund hierfür vorliegt. Da die Landesregierungen mit dem Vollzug des Staatsbürgerschaftsgesetzes betraut sind und es in ihrem Ermessen liegt, gewisse Umstände als besonders berücksichtigungswürdige Gründe anzuerkennen, kommt es österreichweit

zu einer äußerst uneinheitlichen Vollzugspraxis: In Vorarlberg ist der Zugang am stärksten beschränkt, die 10 Jahre Wohnsitzdauer sind eine generelle Untergrenze für die Einbürgerung, Wien war lange das mit Abstand liberalste Bundesland bei der Einbürgerung. Die Vierjahresgrenze kann bei solchen Personen unterschritten werden, bei denen die Bundesregierung bestätigt, daß die Verleihung der Staatsbürgerschaft wegen der bereits erbrachten oder zu erwartenden Leistungen im Interesse der Republik Österreich liegt.

Ein Rechtsanspruch auf Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft besteht erst nach einem mindestens dreißigjährigen ordentlichen Wohnsitz in Österreich, sofern die sonstigen zuvor erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind. Darüberhinaus haben EhegattInnen von ÖsterreicherInnen einen Rechtsanspruch auf Verleihung der Staatsbürgerschaft nach einer bestimmten Dauer des Bestehens der Ehe⁽²⁾ und des Wohnsitzes bzw. nach mindestens fünfjähriger Ehe unabhängig von der Wohnsitzdauer. Weiters besteht ein Rechtsanspruch auf Erstreckung der Verleihung der Staatsbürgerschaft an eine Person auf dessen Ehegattin/deren Ehegatten sowie Kinder.

Österreich ist übrigens neben der Schweiz das einzige westeuropäische Land, welches in der Rechtsordnung keinerlei Erleichterungen für die Einbürgerung von im Land geborenen Kindern („*ius soli*“-Elemente) von ZuwanderInnen kennt. Sämtliche anderen in einer Studie untersuchten Länder⁽³⁾ kennen entweder ein Optionsrecht in einem bestimmten Alter, d.h. einen Rechtsanspruch auf Einbürgerung durch schlichte Erklärung, oder gar den automatischen Erwerb kraft Geburt im Land⁽⁴⁾. In Österreich, wie auch der Schweiz⁽⁵⁾, bleiben auch die zweite, dritte und vierte Generation von MigrantInnen ihrem rechtlichen Status nach „AusländerInnen“. Einen Rechtsanspruch auf Einbürgerung gibt es auch für sie erst nach einer Wohnsitzdauer von 30 Jahren; die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen müssen hiezu ebenfalls erfüllt sein! Einzig im Bereich der kurzen Einbürgerungsfrist kann die Geburt und das Aufwachsen in Österreich als besonderer Grund berücksichtigt werden, die Verleihung der Staatsbürgerschaft bleibt dennoch an alle anderen genannten Voraussetzungen gebunden und vor allem im Ermessen der Behörde.

Einbürgerungspraxis in Wien

Die bis zum 1.7.1994 praktizierte Handhabung des Staatsbürgerschaftsgesetzes in Wien ragte als liberales Vorbild unter allen anderen österreichischen Bundesländern

(2) Wenn die Ehe bereits ein Jahr Bestand hat und zudem ein 4-jähriger Wohnsitz in Österreich vorliegt, bei zweijährigem Bestehen der Ehe und 3-jährigem Aufenthalt sowie Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen.

(3) Belgien, Frankreich, GB, Italien, Niederlande, Dä-

nemark, Norwegen, Schweden, Spanien, U.S.A.

(4) „Einbürgerungspraxis und -probleme ausgewählter Staaten und die jeweilige Anwendung des Übereinkommens über die Verringerung der Mehrstaatigkeit“, Dr. Rainer Hofmann, in „Doppelte Staatsbürgerschaft – ein

europäischer Normalfall“, Dokumentation des Internationalen Fachkongresses vom 18.-20. 10 1989, Die Ausländerbeauftragte, Berlin, 3. Auflage, Juni 1992.

(5) In der Schweiz zählen allerdings die Zeiten zwischen dem 10. und 20. Lebensjahr doppelt.

hervor. Vor allem hatte die Stadt Wien im Jahre 1989 im Rahmen der Erweiterung der Liste der „besonders berücksichtigungswürdigen Gründe“ eine Einbürgerung regelmäßig nach der „kurzen“ Frist von vier Jahren Wohnsitzdauer ermöglicht, nachdem trotz eines diesbezüglichen Beschlusses der Wiener SPÖ die Einführung des kommunalen Wahlrechts für ZuwanderInnen auf die lange Bank geschoben worden war. Inzwischen hat die Wiener Landesregierung Druck von freiheitlicher Seite, vor allem im Zusammenhang mit der Vergabe von Gemeindewohnungen, nachgegeben und die Einbürgerung erheblich erschwert.

Besure per 1.7.1994 anhängige Staatsbürgerschaftsverfahren wurden – sofern sie nicht zu diesem Zeitpunkt bereits zur positiven Erledigung vorgesehen waren – statt wie zuvor nach mindestens vier, seither regelmäßig erst nach sechs Jahren Wohnsitzdauer bei Vorliegen eines besonders berücksichtigungswürdigen Grundes und Erfüllen der sonstigen Voraussetzungen positiv erledigt. Die Liste der besonders berücksichtigungswürdigen Gründe wurde reduziert. Personen, die seither einen Antrag stellen wollen, werden regelmäßig dahingehend informiert, daß sie dies erst ab einer Wohnsitzdauer von sechs Jahren tun könnten. Rechnet man als durchschnittliche Verfahrensdauer etwa 1-2 Jahre, so ergibt dies eine insgesamt Wohnsitzdauer von 7-8 Jahren, ehe die Einbürgerung erfolgen kann. Vor allem diese Verschärfung hat zu einer drastischen Reduzierung der Einbürgerungen im zweiten Halbjahr 1994 geführt: Rund 7000 Personen wurde die Staatsbürgerschaft in der ersten Jahreshälfte 1994 verliehen, im zweiten Halbjahr waren es nur mehr 2000⁽⁶⁾.

Hinzu kamen Erschwerungen bei dem für die Einbürgerung geforderten Nachweis der Entlassung aus dem bisherigen Staatsverband: Konnte dieser Nachweis zuvor nach erfolgter Einbürgerung binnen zwei Jahren erfolgen, muß seither zuerst das erfolgte Ausscheiden nachgewiesen werden, ehe die Einbürgerung erfolgen kann. Dies bringt eine zusätzliche Verzögerung der Einbürgerung mit sich. Hinzu kamen Verschärfungen im Bereich der verlangten Deutschkenntnisse: Spielten zuvor die Deutschkenntnisse des/der Einbürgerungswerbers/-werberin kaum eine Rolle, werden nunmehr solche Kenntnisse verlangt, die hinreichen, sich im täglichen Leben ohne Zuhilfenahme einer anderen Person zu verständigen. Der/die ReferentIn beurteilt dies im Gespräch mit dem/der AntragstellerIn. Zu Problemen führt dies etwa bei langjährig in Österreich lebenden Frauen, die aufgrund ihres Lebens primär im Familienverband Deutsch nicht erlernten, da ihnen dies nicht möglich war oder auch nicht erforderlich erschienen. Es ist im Interesse solcher Frauen,

die deutsche Sprache zu erlernen. Die derzeitige Praxis der Wiener Staatsbürgerschaftsbehörde allerdings, die u.a. dazu führt, daß einer türkischen Staatsangehörigen, die seit 18 Jahren in Österreich lebt, hier ihre drei Kinder aufgezogen hat, die z.T. studieren und bereits eingebürgert wurden, aus dem alleinigen Grund der unzureichenden Deutschkenntnisse die Einbürgerung verweigert wird, ist einem solchen Ziel nicht dienlich. Sprachliche Befähigung kann nicht auf dem Weg der erschwerten Einbürgerung, sondern nur im Rahmen sozialer Akzeptanz sowie umfassender und kostengünstiger Angebote für Deutschkurse erreicht werden.

Zu den im Bereich der Gemeinde berücksichtigten besonderen Gründen, bei deren Vorliegen nach nunmehr mindestens sechsjähriger Wohnsitzdauer die Staatsbürgerschaft verliehen werden kann, gehören (seit 1.7.1994 geltende, gekürzte Liste):

- ◆ die Anerkennung als Flüchtling nach der Genfer Konvention oder Staatenlosigkeit;
- ◆ die Geburt in Österreich;
- ◆ die österreichische Staatsbürgerschaft eines nahen Familienangehörigen;
- ◆ die österreichische Staatsbürgerschaft zumindest eines Wahlelternteils;
- ◆ ein früherer mehrjähriger Wohnsitz in Österreich;
- ◆ völlige Anpassung an die österreichischen Verhältnisse in Sprache und Lebensart;
- ◆ Ausübung eines Mangelberufs;
- ◆ mindestens 6-jährige ununterbrochene zufriedenstellende berufliche Tätigkeit;
- ◆ Absolvieren eines Studiums in einer von der Wirtschaft dringend benötigten Fachrichtung.

Gelungene Integrations- bzw. Anpassungsleistungen werden insgesamt als Bedingung für die Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft betrachtet, anstatt die durch die Einbürgerung erlangte rechtliche Gleichstellung als Beitrag zur Integration im Sinne von Rechts- und Chancengleichheit zu verstehen. Wenn auch die rechtliche Gleichstellung nicht automatisch zur faktischen Gleichbehandlung führt, so ist sie doch unerläßliche Voraussetzung für Gleichbehandlung.

Diskussion und Tendenzen

Europaweit sind relativ geringe Einbürgerungsraten zu beobachten, was zu einer wachsenden Anzahl von BürgerInnen „dritter Klasse“, wie zuvor dargelegt, führt. Größtes Hindernis bei der Einbürgerung ist der Zwang, die bisherige Staatsangehörigkeit aufgeben zu müssen. Dabei spielen neben Gefühlen, einen Verrat an Eltern, Verwandten, Freunden zu begehen, sowie Ängsten, alle Brücken zur alten Heimat abzubrechen,

auch der drohende Verlust von Rechten in der alten Heimat eine große Rolle. Die Hindernisse auf emotionaler Ebene werden häufig von einem Gefühl mangelnder Akzeptanz durch die Gesellschaft der neuen Heimat verstärkt. Es bestehen somit Ängste vor dem Verlust der emotionalen Bindungen zur alten Heimat bei gleichzeitiger Angst, auch nach einer Einbürgerung in der neuen Heimat nicht akzeptiert zu werden.

Angesichts dieser Barrieren könnten mit der generellen Zulassung der Doppelstaatsbürgerschaft eine Reihe von Problemen gelöst werden; dadurch neu geschaffene Probleme wie Fragen des Militärdienstes, des Steuerrechts, des Internationalen Privatrechts, der Ausübung diplomatischen Schutzes oder der Auslieferung im strafrechtlichen Bereich, darüber sind sich maßgebliche TeilnehmerInnen an der Diskussion auf europäischer Ebene einig, könnten bei entsprechendem politischen Willen gelöst werden. Auch gibt es, um der Angst, „Zwei- oder Mehrstaater“ könnten privilegiert werden, den Boden zu entziehen, die Idee, daß die Rechte und Pflichten aus beiden Staatsbürgerschaften nicht gleichzeitig wahrgenommen werden sollen, sondern eine davon ruhen soll; die alte Staatsangehörigkeit soll bei Rückkehr oder Bedarf reaktivierbar sein⁽⁷⁾. Loyalität muß nicht auf einen Staat beschränkt sein und kann ohnehin nicht erzwungen werden. Probleme wie die Frage des Wehrdienstes könnten durch den Abschluß bilateraler Abkommen gelöst werden. Bereits das im Rahmen des Europarats am 6. Mai 1963 vereinbarte „Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern“ anerkannte sozusagen die Existenz von Mehrstaatern, indem es vorsah, daß Wehrpflichtige das Land wählen können, wo sie ihrer Verpflichtung nachkommen wollen, und der andere Staat dies anerkennt. Dasselbe könnte für die Ableistung von zivilen Ersatzdiensten gelten.

Auf europäischer Ebene gibt es bereits seit einigen Jahren das Bestreben, das „Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern“ abzuändern. In einer Sitzung zu diesem Thema im Herbst 1994 war Österreich neben Luxemburg und Deutschland das einzige Mitglied des Abkommens, das gegen eine Abänderung stimmte. Während in etlichen europäischen Ländern inzwischen entweder eine entsprechende rechtliche Änderung vorgenommen wurde, oder die Doppelstaatsbürgerschaft zumindest in der Praxis hingenommen wird, toleriert Österreich die Doppelstaatsbürgerschaft nicht einmal in der Praxis. Daß diese Maßnahme einen sehr wichtigen Schritt zur Verwirklichung voller rechtlicher Teilhabe der ansässigen ZuwanderInnen aus Dritt-

(6) „Das Boot wird leer“, Andy Kaltenbrunner, Profil Nr. 20, 15. Mai 1995.

(7) „Staatsbürgerschaft im Exil“, Dr. Hakki Keskin,

Hamburg, in „Doppelte Staatsbürgerschaft – ein europäischer Normalfall“, Dokumentation des Internationalen Fachkongresses (FN 4)

(8) Pressemitteilungen der Ausländerbeauftragten des Senats von Berlin, 27.12.1988, in „Staatsbürgerschaft im Exil“, Dr. Hakki Keskin (FN 7).

staaten darstellen könnte, belegt eine 1986 und 1988 von der Berliner Ausländerbeauftragten unter Jugendlichen der zweiten und dritten Generation durchgeführte Befragung: Diese ergab, daß nur 21 bzw. 22 % der befragten jungen jugoslawischen bzw. türkischen Männer sich einbürgern lassen wollten, hingegen 72 % bzw. 61 %, sofern sie ihre jugoslawische bzw. türkische Staatsangehörigkeit beibehalten könnten.⁽⁸⁾

Schlußfolgerungen

Angesichts weltweit im Zunehmen begriffener Migrationsbewegungen stellen sich verantwortliche Politiker, Wissenschaftler und in diesem Bereich in vielfältiger Weise engagierte Personen die Frage nach Veränderung grundlegender, die Staatsangehörigkeit bestimmender Konzepte sowie der Parameter für deren Übergang bzw. Übertragung. Soll die Staatsangehörigkeit weiterhin bestimmend für die Ausübung wichtiger Rechte sein und daher, um die damit verbundenen wesentlichen demokratiepolitischen Defizite auszugleichen, die Einbürgerung erleichtert werden, indem etwa die Gebühren gesenkt, die Aufenthaltszeiten reduziert und die doppelte Staatsbürgerschaft generell ermöglicht werden; oder soll die Rechtsstellung auch derjenigen, die nicht Staatsangehörige sind, mit zunehmender Aufenthaltsdauer verbessert und einer annähernden Gleichstellung zugeführt werden – im Sinne einer Art „Wohnbürgerschaft“, wie der von Rainer Bauböck⁽⁹⁾ geprägte englische Begriff der „Denizenship“ (im Gegensatz zu „Citizenship“) ins Deutsche übersetzt werden könnte. Ein solcher Status würde nur wesentliche staatsbürgerliche Rechte, wie das Wahlrecht zu nationalen Vertretungskörpern, wie National- und Bundesrat, sowie den Zugang zu Stellen des öffentlich-rechtlichen Bereichs, mit deren Ausübung hoheitliche Funktionen verbunden sind, ausschließen. Er würde im wesentlichen demjenigen entsprechen, wie er Personen aus Mitgliedsstaaten der EU bereits zukommt bzw. in naher Zukunft zukommen wird.

Eine zielführende Politik muß davon ausgehen, daß die beiden Wege nicht im Widerspruch zueinander stehen, sondern parallel gegangen werden müssen; dies um einerseits nicht aufgrund großer Unsicherheit der Rechtsstellung als ZuwanderInnen die Einbürgerung von Personen zu erzwingen, die diesen Schritt nicht wünschen, und um andererseits denen, die diesen Schritt wünschen, unnötige Stolpersteine aus dem Weg zu räumen und ihnen ein Angebot zu machen, anstatt sie zu Bittstellern zu degradieren.

Dr. Karin König ist juristische Referentin beim Wiener Integrationsfonds.

(9) Politikwissenschaftler und Migrationsexperte, derzeit tätig am Inst. für Höhere Studien und Europ. Zentrum für Wohlfahrtspolitik und Sozialforschung, Wien.

UNSER FREMDENRECHT IST NICHT EU-KONFORM

Anpassungsbedarf

Sepp Brugger

Aufgrund mehrerer Assoziationsabkommen der EU mit Nicht-EU-Staaten haben u.a. türkische MigrantInnen ein Niederlassungsrecht – eigentlich auch in Österreich. Rechtswidrigerweise wird es ihnen hierzulande vorbehalten.

Gemäß Art 5 des EU-Beitrittsvertrages (BeitrV)⁽¹⁾ sind Abkommen oder Übereinkommen der Europäischen Union mit Drittstaaten, mit internationalen Organisationen oder mit Staatsangehörigen eines Drittstaates für die neuen Mitgliedstaaten nach Maßgabe der ursprünglichen Verträge bzw. Übereinkommen (d.h. im Sinne der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes – EuGH) verbindlich.

Österreich hat sich auch verpflichtet, ab 1.1.1995 die Bestimmungen der in Art 77 BeitrV genannten Abkommen anzuwenden. Dort sind unter anderem die Assoziationsabkommen der EU mit Algerien, Marokko, Tunesien und der Türkei angeführt.⁽²⁾

Mit dem EU-Beitritt Österreichs sind EU-Verordnungen für die staatlichen Organe und die Rechtsunterworfenen unmittelbar bindend. Innerstaatliche Vorschriften, die einer EU-Verordnung widersprechen, verlieren aufgrund materieller Derogation ihre rechtliche Wirksamkeit.⁽³⁾ Der Einwand, daß Österreich zur Umsetzung dieser Verordnungen etwas Zeit gelassen werden müsse, wie kürzlich von einer Vertreterin eines

Ministeriums wieder erklärt wurde, kann nicht gefolgt werden, da die zuständigen Behörden seit spätestens Mitte Juni 1994 wissen, daß diese Bestimmungen mit 1.1.1995 in Kraft treten werden. Es stand also ausreichend Vorbereitungszeit zur Verfügung. Es ist allerdings erschreckend, daß zumindest in manchen Ministerien auch noch sechs Monate nach Inkrafttreten des EU-Beitrittsvertrages kaum Kenntnis über die Bestimmungen, die nun direkt anzuwenden sind, vorhanden ist. Der österreichischen Bundesregierung kann daher der Vorwurf nicht erspart werden, ziemlich unvorbereitet den EU-Beitritt vollzogen zu haben.

Das Assoziationsabkommen mit der Türkei⁽⁴⁾

Mit diesem Abkommen soll unter anderem der freie Arbeitskräfteverkehr zwischen der EU und der Türkei schrittweise verwirklicht werden. Der aufgrund dieses Abkommens eingerichtete Assoziationsrat faßte am 19.9.1980 einen Beschluß (Nr. 1/80) mit folgenden wesentlichen Bestimmungen:

Art 6 Abs 1: Vorbehaltlich der Bestimmungen in Art 7 über den freien Zugang der Familienangehörigen zur Beschäftigung hat der türkische Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehört, in diesem Mitgliedstaat

- nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung der Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber, wenn er über einen Arbeitsplatz verfügt;
- nach drei Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung – vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs – das Recht, sich für den gleichen Beruf bei einem Arbeitgeber seiner Wahl auf ein unter normalen Bedingungen unterbreitetes und bei den Arbeitsämtern dieses Mitgliedstaats eingetragenes anderes Stellenangebot zu bewerben;
- nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung

(1) Vgl. Regierungsvorl. 11 dBeil StenProt NR 19. GP.

(2) Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12.9.1963, ABl. 1964, S. 3687 (Abk. [64/733/EWG]); Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Königreich Marokko vom 26.9.1978, ABl. Nr. L 264/1 (Verordnung [EWG] Nr. 2211/78 des Rates); Kooperationsabkommen zwischen der EWG und der Tunesischen Republik vom 26.9.1978, ABl. Nr. L 265/1 (Verordnung [EWG] Nr. 2212/78 des Rates).

(3) Vgl. Heft der Europainitiative der Bundesregierung, Bundeskanzleramt, Abt. IV/5, Ballhausplatz 3, 1014 Wien, Rechtsform, III.; GZ 671.804/24-V/8/91, Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes.

(4) Vgl. Rudolf Feik: Das Aufenthaltsrecht türkischer Arbeitnehmer, ZfV 1995/1; Harun Gümrükcü: Rechts-(un)sicherheit in Europa? Die Auseinandersetzungen um den Rechtsstaat türkischer ArbeitnehmerInnen in der Europäischen Union. Graue Reihe, Bd 70, Hans Böckler-Stiftung, Berta von Suttner-Platz 3, D-40227 Düsseldorf.

gung freien Zugang zu jeder Beschäftigung im Lohn- und Gehaltsverhältnis.

Art 6 Abs 2: Der Jahresurlaub und die Abwesenheit wegen Mutterschaft, Arbeitsunfall oder kurzer Krankheit werden den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt. Die Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit, die von den zuständigen Behörden ordnungsgemäß festgestellt worden sind, sowie die Abwesenheit wegen langer Krankheit werden zwar nicht den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt, berühren jedoch nicht die aufgrund der vorherigen Beschäftigungszeit erworbenen Ansprüche.

Art 7: Die Familienangehörigen eines dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehörenden türkischen Arbeitnehmers, die die Genehmigung erhalten haben, zu ihm zu ziehen

- *haben vorbehaltlich des dem Arbeitnehmer aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs das Recht, sich auf jedes Stellenangebot zu bewerben, wenn sie dort seit mindestens drei Jahren ihren ordnungsgemäßen Aufenthalt haben;*

- *haben freien Zugang zu jeder von ihnen gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis, wenn sie dort seit mindestens 5 Jahren ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz haben.*

Die Kinder türkischer Arbeitnehmer, die im Aufnahmeland eine Berufsausbildung abgeschlossen haben, können sich unabhängig von der Dauer ihres Aufenthaltes in den betreffenden Mitgliedstaaten dort auf jedes Stellenangebot bewerben, sofern ein Elternteil in dem betreffenden Mitgliedstaat seit mindestens drei Jahren ordnungsgemäß beschäftigt war.

Art 9: Türkische Kinder, die in einem Mitgliedstaat ordnungsgemäß bei ihren Eltern wohnen, welche dort ordnungsgemäß beschäftigt sind oder waren, werden unter Zugrundelegung derselben Qualifikationen wie die Kinder von Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung zugelassen. Sie können in diesem Mitgliedstaat Anspruch auf die Vorteile haben, die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in diesem Bereich vorgesehen sind.

Daneben enthält dieser Beschluß in Art 10 ein klares Diskriminierungsverbot.

Aufgrund mehrerer Beschwerden sind zu dem Assoziationsabkommen mit der Türkei und den dazu ergangenen Beschlüssen bereits mehrere Urteile des EuGH ergangen. In diesen Urteilen führt der EuGH aus:

a) Eine Bestimmung eines von der Gemeinschaft mit Drittländern geschlossenen Abkommens ist als unmittelbar anwendbar anzusehen, wenn sie unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlaß eines weiteren Aktes abhängen.⁽⁵⁾

b) Art 12 des Assoziationsabkommens sowie Art 36 des beschlossenen Zusatzprotokolls (Verordnung Nr. 2760/72 des Rates) iVm Art 7 des Abkommens sind *nicht unmittelbar* anwendbar, sondern haben im wesentlichen Programmcharakter.⁽⁶⁾

c) Die Auslegung der Beschlüsse Nr. 2/76 und 1/80 des Assoziationsrates fallen in den Anwendungsbereich des Art 177 EWG-V; Art 2 Abs 1 Buchstabe b des Beschlusses Nr. 2/76 und/oder Art 6 Abs 1 des Beschlusses Nr. 1/80 sowie Art 7 des Beschlusses Nr. 2/76 und/oder Art 13 des Beschlusses Nr. 1/80 sind in den EU-Mitgliedstaaten *unmittelbar* anwendbar.⁽⁷⁾

d) Die Ordnungsmäßigkeit der Beschäftigung im Sinne dieser Bestimmung ersetzt allerdings, selbst wenn sie nicht notwendigerweise vom Besitz einer ordnungsgemäßen Aufenthaltserlaubnis abhängen sollte, eine gesicherte und nicht vorläufige Position des Betroffenen auf dem Arbeitsmarkt voraus.⁽⁸⁾

e) Diese Bestimmungen regeln zwar lediglich die beschäftigungsrechtliche und nicht die aufnahmerechtliche Stellung der türkischen ArbeitnehmerInnen. Indem diese Bestimmungen den ArbeitnehmerInnen nach einem bestimmten Zeitraum ordnungsgemäßer Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat Zugang zu jeder von ihnen gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis gewähren, implizieren sie zwangsläufig, daß den türkischen ArbeitnehmerInnen *zumindest zu diesem Zeitpunkt* ein Aufenthaltsrecht zusteht. Andernfalls wäre das Recht, daß sie diesen ArbeitnehmerInnen zuerkennen, völlig wirkungslos.⁽⁹⁾

Daraus ergibt sich ein enormer Anpassungsbedarf österreichischer Gesetze, wobei hier insbesondere auf das Aufenthalts- und Fremdenrecht eingegangen werden soll. Zum Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) sei angeführt, daß es durch die Regelung betreffend die Arbeitserlaubnis die Bestimmungen des Art 6 Abs 1 erster und zweiter Gedankenstrich (s.o.) erfüllt. Es muß allerdings hinsichtlich des freien Zugangs zum Arbeitsmarkt für türkische ArbeitnehmerInnen nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung (Art 6 dritter Gedankenstrich – s.o.) sowie für Familienangehörige nach fünfjährigem Aufenthalt und türkische Kinder nach Abschluß einer Berufsausbildung (Art 7 – s.o.) novelliert werden. Dies kann durch Einführung eines unbefristeten Befreiungsscheines oder Ausnahme dieser Personen von den Bestimmungen des AuslBG geschehen. In diesem Zusammenhang wurde vom Sozialministerium angekündigt, daß es keine Sonderregelung für türkische ArbeitnehmerInnen geben soll, sondern eine einheitliche Regelung für alle nichtösterreichischen

StaatsbürgerInnen geschaffen werden soll. Dies wäre auch im Sinne des internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung (B-VG vom 3.7.1973 zur Durchführung dieses internationalen Übereinkommens, BGBl 390) geboten.

Notwendige Anpassung des Aufenthaltsgesetzes

a) Personen, die wie EU-BürgerInnen freien Zugang zum Arbeitsmarkt haben, sind in konsequenter Umsetzung der Urteile des EuGH von den Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes (AufG) auszunehmen. Allein aufgrund der Beschlüsse des Assoziationsrates (insbesondere Nr. 1/80) haben diese Personen wie EU-BürgerInnen ein Aufenthaltsrecht in Österreich, wobei die Bestätigung dieses Aufenthaltsrechtes in Form der Erteilung eines Sichtvermerkes nur mehr deklaratorische Bedeutung hat.

b) Hinsichtlich der anderen Bestimmungen des Beschlusses Nr. 1/80 wird das AufG dahingehend anzupassen sein, als ein Rechtsanspruch auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis festgeschrieben wird (§ 4) und ein Antrag auf Verlängerung der Bewilligung nur wegen des Vorliegens des Sichtvermerkversagungsgrundes des § 10 Abs 1 Z 1 (rechtskräftiges Aufenthaltsverbot) abgelehnt werden darf (§ 5). Auch wird es dahingehend abzuändern sein, als selbst ein verspäteter Antrag auf Verlängerung der Bewilligung generell im Inland gestellt werden kann und nicht als Erstantrag behandelt wird (§ 6) sowie die Aufenthaltserlaubnis nur mehr mit der rechtskräftigen Erlassung eines Aufenthaltsverbotes entzogen werden darf (§ 8).

Notwendige Anpassungen des Fremdenrechtsgesetzes

a) § 28 f Fremdenrechtsgesetz (FrG) sind dahingehend abzuändern bzw. zu ergänzen, als Personen, die wie EU-BürgerInnen freien Zugang zum Arbeitsmarkt haben, auch wie diesen eine Aufenthaltsberechtigung auszustellen ist, wobei diese Berechtigung nur deklaratorische Bedeutung hat.

b) Der Beschluß des Assoziationsrates Nr. 1/80 wurde zum Zwecke der Verwirklichung der Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen zwischen den Mitgliedstaaten der EU und der Türkei erlassen. Nach einem gewissen Zeitraum haben demnach türkische Staatsangehörige freien Zugang zum Arbeitsmarkt wie andere EU-BürgerInnen. Dies bedeutet, daß die Freizügigkeit der Ar-

(5) Rs 12/86-Demirel, Slg 1987 (3719) Rn 14.

(6) Rs 12/86-Demirel, Slg 1987 (3755).

(7) Urteil vom 20.9.1990, Rs C-192/89-Sevince, Slg 1990 (I-3506).

(8) Rs C-192/89-Sevince, Slg 1990 (I-3461) Rn 30.

(9) Rs C-192/89-Sevince, Slg 1990 (I-3461) Rn 29;

EuGH vom 5.10.1994, Rs C-355/93-Eroglu.

(10) Vgl Rs 41/74-Van Duyn, Slg 1974, 1350; Rs 36/75-Rutili, Slg 1975, 1231; Rs 30/77-Bouchereau, Slg 1977, 2013; Rudolf Feik in: Die aufenthaltsrechtliche Stellung der EWR-Bürger und das Fremdenrecht, ZfV 1994, Heft 1.

(11) Vgl Rs 67/74-Bonignore, Slg 1975, 297; Rs 48/75-Royer, Slg 1976, 497.

(12) EuGH vom 20.4.1994, Rs C-58/93-Zoubir Youssi.

(13) Weisung vom 6.3.1995 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales Zl 38.800/9-9/95.

beitnehmerInnen nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, wie in Art 48 Abs 3 EG-V festgeschrieben, beschränkt werden darf. Dazu führt der EuGH aus, daß die Begriffe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eng auszulegen sind und eine Beschränkung der Freizügigkeit nur dann gerechtfertigt ist, wenn eine tatsächlich und hinreichend schwere Gefährdung des Grundinteresses der Gesellschaft vorliegt.⁽¹⁰⁾ Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen ausgeführt, daß AusländerInnen allein aus Gründen der Generalprävention nicht ausgewiesen bzw. über sie ein Aufenthaltsverbot verhängt werden darf. Auch die Verletzung bloßer Formvorschriften bei der Einreise und dem Aufenthalt rechtfertigen eine Ausweisung bzw. ein Aufenthaltsverbot nicht.⁽¹¹⁾

Dies bedeutet, daß wesentliche Bestimmungen des FrG, wie die Sichtvermerksversagungsgründe (§10), insbesondere aber die Bestimmungen betreffend die Ausweisung (§ 17 Abs 1) sowie des Aufenthaltsverbotes (§ 18) und der Zurückweisung (§ 32) grundlegend zu novellieren sind. Die Novellierung betreffend die Regelungen über die Ausweisung und die Verhängung eines Aufenthaltsverbotes hätten sogar schon zur Umsetzung der Freizügigkeitsbestimmungen (Art 48 f EG-V), die seit Inkrafttreten des EWR-Abkommens in Österreich (1.3.1994) anzuwenden sind, angepaßt werden müßten.

Im Sinne des B-VG vom 3.7.1973, BGBl 390, zur Durchführung des internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung und der Empfehlungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales wird es zweckmäßig sein, nicht einzelne Ausnahmebestimmungen für türkische Staatsangehörige zu schaffen, sondern eine generelle Novellierung, die eine Gleichbehandlung aller Nicht-EU-BürgerInnen in diesem Sinne vorsieht, durchzuführen.

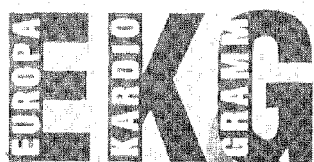
Die Assoziationsabkommen mit den Maghreb-Staaten

Hinsichtlich dieser Abkommen hat der EuGH ausgeführt, daß Art 41 Abs. 1 sowohl seinem Wortlaut, als auch dem Sinn und Zweck des Assoziationsabkommens EWG-Marokko nach, geeignet ist, unmittelbar angewandt zu werden. Art 41 Abs 1 dieses Assoziationsabkommens ist so auszulegen, daß es danach einem Mitgliedstaat untersagt ist, einem seit mehr als fünf Jahren in diesem Staat wohnenden marokkanischen Staatsangehörigen, der infolge eines in diesem Staat eingetretenen Arbeitsunfalles arbeitsunfähig geworden ist, eine Behilfe für Behinderte, die sein Recht zugunsten von seit mindestens fünf Jahren in diesem Staat wohnenden InländerInnen vorsieht, mit der Begründung zu versagen, daß der Betroffene die

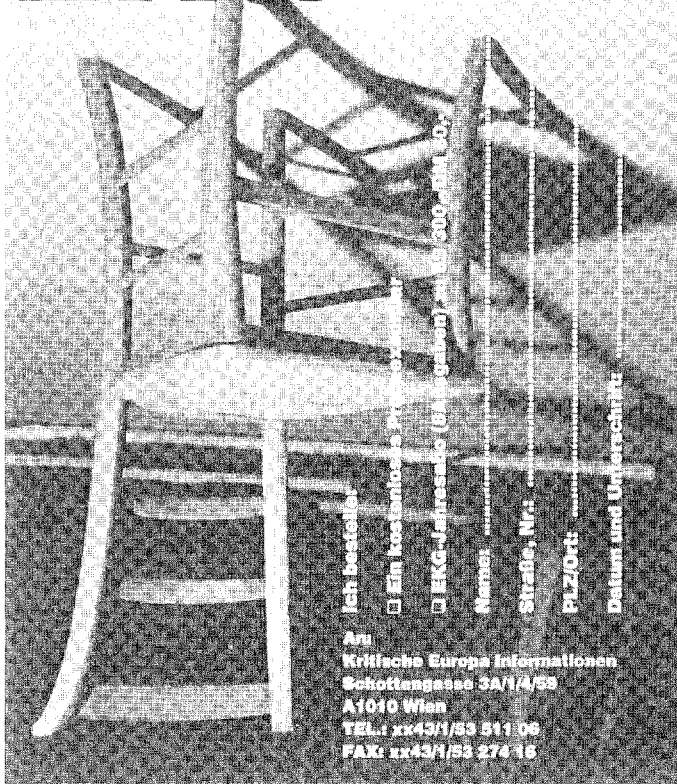
marokkanische Staatsbürgerschaft besitzt.⁽¹²⁾ Aufgrund dieses Urteiles hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 6.3.1995 an die Bundesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservices Österreich eine Weisung⁽¹³⁾ erlassen, wonach Staatsangehörigen von Algerien, Marokko und Tunesien aufgrund der oben genannten Assoziationsabkommen hinsichtlich der Leistungen der Arbeitslosenversicherung den ÖsterreicherInnen gleichzustellen sind und ihnen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen unbeschränkt Notstandshilfe zu gewähren ist. Darin wird weiters ausgeführt, daß aufgrund dieses Abkommens diese Staaten den EU-Staaten und somit auch der Personenkreis dem der Staatsangehörigen von EU-Staaten gleichzustellen sind.

Ausgehend von den oben genannten Urteilen des EuGH bedeutet dies, daß diese Personen logischerweise auch freien Zugang zum Arbeitsmarkt haben müssen, da ansonsten diese Weisung ja widersinnig wäre. In der Folge ist diesen Personen auch ein Aufenthaltsrecht wie türkischen Staatsangehörigen einzuräumen. Außerdem kann das Aufenthaltsrecht dieser Personen nur unter den Voraussetzungen des Art 48 Abs 3 (EG-Vertrag) und der dazu ergangenen Judikatur des EuGH beschränkt werden.

RA Dr. Sepp Brugger ist Rechtsberater des Grünen Klubs im Parlament.



8x jährlich Berichte,
Analysen und Kommentare
zu europäischer Politik,
Wirtschaft und Kultur



Ich bestelle
 Ein kostenloses Probeheft
 EKG-Jahresheft (inkl. Gesuch)
 Name:
 Straße, Nr.:
 PLZ/Ort:
 Datum und Unterschrift:

An
Kritische Europa Informationen
 Schoftengasse 3A/1/4/53
 A1010 Wien
 TEL: xx43/1/53 311 06
 FAX: xx43/1/53 274 16

Aufregende Lokale
gibt's genug
Geh in's
Lange!



STUDENTENBEISL LANGE
Wien 8, Lange Gasse 29

geöffnet täglich 18⁰⁰ bis 2⁰⁰ Uhr

Bier vom Faß:
Puntigamer Panther
aus der Steiermark,
Mohren
aus Vorarlberg,
Guinness
aus Irland

Große Auswahl an Malt-Whiskies
Auch in den Sommermonaten durchgehend geöffnet!

Im dritten und letzten Teil dieser Serie versucht **Nikolaus Forgó**, Recht als eine Disziplin erzeugende Disziplin zu begreifen, deren politische Funktion auch darin liegt, Paradoxa zu bewältigen, die sie erst erzeugt.

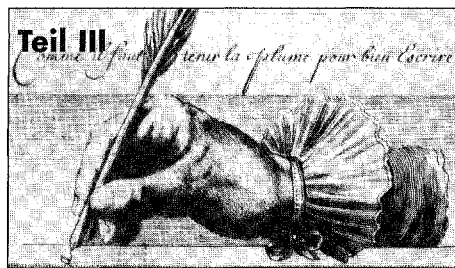
DIE ANGST DER TEXTE(R) VOR DEM SPIEGEL

Princeps legibus solutus?

„Il servo padrone. – Zu den stumpfsinnigen Leistungen, welche die herrschaftliche Kultur von den Unterklassen verlangt, werden diese fähig allein durch permanente Regression. Gerade das Ungeformte an ihnen ist das Produkt der gesellschaftlichen Form. Die Erzeugung von Barbaren durch die Kultur ist aber stets von dieser dazu ausgenutzt worden, ihr eigenes barbarisches Wesen am Leben zu erhalten. Herrschaft delegiert die physische Gewalt, auf der sie beruht, an Beherrschte. Während diesen die Genugtuung zuteil wird, ihre verborgenen Instinkte als das kollektiv Rechte und Billige auszutoben, lernen sie zu verüben, wessen die Edlen bedürfen, damit sie edel bleiben. Die Selbsterziehung der herrschenden Clique mit allem, was sie an Disziplin, Abdrosselung jeder unmittelbaren Regung, zynischer Skepsis und blinder Kommandolust erheischt, käme nicht zustande, wenn nicht die Unterdrücker durch gedungene Unterdrückte sich selbst ein Stück der Unterdrückung bereiteten, die sie den anderen bereiten. Daher wohl sind die psychologischen Differenzen zwischen den Klassen so viel geringer als die objektiv-ökonomischen.“⁽¹⁾

Eine Frau nahm an einer „Hausbesetzung“ teil. Sie wurde daraufhin vom erstinstanzlich zuständigen Amtsgericht wegen Hausfriedensbruchs zu einer Geldstrafe von 60 Tagsätzen verurteilt. Vom Vorwurf des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte, den sie bestritt, wurde sie freigesprochen. Gegen dieses Urteil erhob nur die Staatsanwaltschaft Berufung mit dem Ziel einer höheren Strafe und der Aufhebung des Freispruchs wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte.

Das mit der Berufung befaßte LG Wiesbaden stellte im Rahmen seiner Sachverhaltsdarstellung u. a. fest, „daß die Angekl. die von dem Zeugen Z [einem an der Räumung des Gebäudes beteiligten Polizisten,



N. F.] dargestellten Widerstandshandlungen begangen hat“⁽²⁾, indem sie gegen Bein, Handgelenk und Oberschenkel getreten habe, woraufhin dieser sie geschlagen habe. Im Rahmen dieser Auseinandersetzung entstanden verschiedene Verletzungen der Angeklagten, die weiter leugnete, die Widerstandshandlungen begangen zu haben. Dazu führte das Gericht aus: „Die Kammer ist jedoch der Überzeugung, daß die Angeklagte insoweit nicht die Wahrheit sagt. [...] Zwar hat das AG zutreffend hinsichtlich der vorhergehenden Ereignisse zwischen der Angekl. und dem Zeugen Z festgestellt, daß insoweit Aussage gegen Aussage stehe. Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig einen Freispruch der Angekl. Die Kammer ist vielmehr davon überzeugt, daß die Angekl. sich, wie von dem Zeugen Z geschildert, ihm gegenüber verhalten und Widerstand geleistet hat. Einmal ist zu sehen, daß der Zeuge Z [...] unter der Wahrheitspflicht als Zeuge steht. Zum anderen ist zu sehen, daß die Angekl. durch ihr Vorleben gezeigt hat, daß sie nicht nur eine feindliche Haltung gegenüber Polizeibeamten, sondern auch gegenüber der Rechtsordnung einnimmt und offenbar meint, die Rechtsordnung habe für progressive Vertreter einer alternativen Denkkrichtung keine Geltung zu beanspruchen. Die

Angekl. ist mehrfach einschlägig vorbestraft. Aus der Gesamtheit dieser Verurteilungen und der mangelnden Einsicht der Angeklagten in das von ihr begangene Unrecht wird die im Grundsatz rechtsfeindliche Einstellung der Angekl. deutlich. Diese auch als regressiv zu bezeichnende rechtsverneinende Haltung der Angekl. zeigt sich insbesondere auch gegenüber Polizeibeamten als Vollstreckungsbehörde, wie ihre Verurteilungen vom 22. 8. 1990 und vom 24. 10. 1991⁽³⁾ ausweisen. Demgegenüber hat der Zeuge Z lediglich in Ausübung seines Amtes [...] gehandelt. Bei seiner Vernehmung ist sein ruhiger und überlegter Charakter deutlich geworden. Eine überschießende Belastungstendenz hat die Kammer bei dem Zeugen nicht festgestellt.“⁽⁴⁾

Dieses Urteil könnte – liest man die Darstellung des Sachverhalts – Anlaß zu Überlegungen darüber sein, wie Richter im Rahmen der Beweiswürdigung agieren, um Realität herzustellen⁽⁵⁾. Es könnte auch als Exempel zur Illustration versteckter Ideologien in juristischer Arbeit mit „Sachverhalten“ fungieren⁽⁶⁾, und schließlich wären auch Erwägungen zur Problematik des Grundsatzes „In dubio pro reo“ mit einigem Gewinn anzustellen.

Was aber dieses Urteil in unserem Kontext eigentlich erst interessant macht, ist der Umstand, daß die Angeklagte nach Überzeugung des Gerichts den Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte begangen hat und dennoch die Berufung der Staatsanwaltschaft zum erstinstanzlichen Freispruch in diesem Punkt verworfen wurde. Die Verurteilung der Angeklagten wegen dieses Vorwurfs scheiterte nach Ansicht des Gerichts nämlich an prozessualen Gründen.

Dazu führt das Gericht aus: „In der Hauptverhandlung ist deutlich geworden, daß sich die Verteidigung der Angekl. von vornherein in der Richtung der sich in bestimmten Kreisen ausgebildeten ‚Konfliktverteidigung‘ bewegt hat. Diese Verteidigung ist darauf ausgerichtet, eine ruhige, die Wahrheitsfindung fördernde Gerichtsatmosphäre durch ständigen Widerspruch und Kritik am Gericht, durch Befangenheitsanträge, durch das Fordern von Pausen und schließlich durch eine Unzahl von Beweisanträgen, wobei Beweisthemen oder Beweismittel teilweise erfunden werden, zu verhindern, ebenso wie den Abschluß des Verfahrens in angemessener Zeit. Es handelt sich hierbei, von der Öffentlichkeit teilweise noch nicht erkannt, um den Kampf gegen die Rechtsordnung mit den Mitteln des Strafprozessrechts. Einer solchen Verteidigungsstrategie ist das Gericht machtlos ausgeliefert. [...] Soweit Verteidiger die letztgenannte Vertei-

(1) Theodor W. Adorno, *Minima Moralia* (Frankfurt/Main 1951), S. 241.

(2) LG Wiesbaden, NJW 1995, S. 409 f., hier: S. 409. Die weitere Darstellung des Sachverhalts folgt jener des Gerichts.

(3) Beim erstgenannten Urteil handelt es sich um eine erst-

instanzlich verhängte Geldstrafe wegen fortgesetzten gemeinschaftlichen Hausfriedensbruchs und Ruhestörung, während letzteres offenbar das auf Grundlage des selben Sachverhalts (!) ergangene rechtskräftige Urteil darstellt.

(4) LG Wiesbaden, NJW 1995, S. 409 f., hier: S. 409.

(5) Vgl. dazu etwa Walter Grasnack, *Über Schuld, Stra-*

fe und Sprache (Tübingen 1987), S. 174 et passim.

(6) Vgl. dazu etwa nur Pierre Schlag, *Cannibal Moves: An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction*, in: *Stanford Law Review* 40 (1988/89), S. 929-972.

(7) Vgl. dazu Pierre Schlag, *Cannibal Moves*, aaO

digungslinie [„Konfliktverteidigung“, N.F.] verfolgen, sind Strafprozesse nicht mehr in angemessener Zeit durchführbar. Das Strafverfahren wird nicht mehr, wie es ursprünglich die Strafprozeßordnung vorgesehen hat, vom Vorsitzenden des Gerichts geleitet, sondern steht zur Disposition des Verteidigers. Damit ist der Kollaps der Justiz herbeigeführt. [...] Die Verteidigung hat [...] noch eine Anzahl von Beweisanträgen gestellt, welche verhindern sollten und konnten, daß das Verfahren nach drei Verhandlungstagen in der Berufungsinstanz abgeschlossen werden konnte [...], um den Kampf gegen die als repressiv diffamierte Staatsgewalt von der Straße in den Gerichtssaal zu verlagern. Die Machtlosigkeit hiergegen beeinträchtigt in elementarer Weise auch die Würde des Gerichts und die Effektivität der Rechtssprechung. [...] Aus diesem Grund hält es die Kammer bei der derzeit geltenden Rechtslage für geboten, die Nichtverurteilung der Angekl. hinzunehmen, um das Gericht in die Lage zu versetzen, andere Strafverfahren durchführen zu können.“

Dieses Urteil offenbart sich uns als ein seltener Glücksfall, weil ein in das Recht eingeschlossenes Paradoxon offen zutage tritt: es ist der Catch-22.⁽⁷⁾⁽⁸⁾ Die Angeklagte wird durch einen Freispruch dafür belohnt, sich falsch verhalten zu haben. Hätte sie sich richtig verhalten, also eine „gemäßigtere“ Verteidigungslinie verfolgt, wäre sie verurteilt worden. Derartigen Paradoxa wollen wir uns nun widmen.

V. Eine paradoxe Welt

„Allzu lauter Ton bei Beschwerden. – *Da durch, dass ein Nothstand [...] stark übertrieben dargestellt wird, verliert zwar die Darstellung bei den Einsichtigen ihre Wirkung, aber wirkt umso stärker auf die Nichteinsichtigen (welche bei einer sorgsam maassvollen Darstellung gleichgültig geblieben wären). Da diese aber bedeutend in der*

Mehrzahl sind und stärkere Willenskräfte, ungestümere Lust zum Handeln in sich beherbergen, so wird jene Uebertreibung zum Anlass von Untersuchungen, Bestrafungen, Versprechen, Reorganisationen. – Insofern ist es nützlich, Nothstände übertrieben darzustellen.“⁽⁹⁾

Nach § 245/2 öStPO⁽¹⁰⁾ kann ein Angeklagter zur Beantwortung der an ihn gerichteten Fragen nicht gezwungen werden. Nach § 34 Zif 17 öStGB stellt es allerdings einen besonderen Milderungsgrund dar, wenn der Täter „ein reumütiges Geständnis abgelegt oder durch seine Aussage wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat“, der BGH sieht bisweilen im hartnäckigen Leugnen des Angeklagten gar einen Strafschärfungsgrund.⁽¹¹⁾

Wiewohl also das Recht des Angeklagten zu schweigen – oder allgemeiner: nicht mit dem Gericht zu kooperieren – im Gesetz scheinbar eindeutig festgeschrieben ist, weil die Lokution der entsprechenden gesetzlichen Bestimmung „klar“ ist, offenbart sich dahinter ein ganz anderes normativ agierendes illokutionäres Potential, das vom Angeklagten eben gerade verlangt zu kooperieren, da er andernfalls mit höherer Strafe zu rechnen hat. Er steht vor einer paradoxen Situation, weil er mit einer Diskrepanz zwischen dem, was das Recht „sagt“ und dem, was es „tut“, konfrontiert ist. Die meisten Gerichtsverfahren sind dadurch gekennzeichnet, daß die Parteien einen Konflikt darüber, was das Gesetz „sagt“ austragen, während die Frage, was das Gesetz „tut“ nicht gestellt wird.

Steht zur Diskussion, was das Recht „tut“, wird die Situation abnorm. Angeklagte treten in Hungerstreik, werden wegen selbstverschuldeter Verhandlungsfähigkeit vom Verfahren ausgeschlossen und es wird ohne sie weiterverhandelt. Eine zivilrechtliche Klage auf Schadenersatz, deren materielle Richtigkeit das Gericht bejaht,

wird als unzulässig abgewiesen, weil es an einem Rechtsschutzbedürfnis für den Kläger fehle. Der Streitwert beträgt nämlich nur 0,41 DM.⁽¹²⁾ Oder Angeklagte werden – legt man ein einigermaßen unbefangenes Verständnis zugrunde: rechtswidrigerweise⁽¹³⁾ – freigesprochen, weil die Würde des Gerichts durch einen nicht kooperierenden Verteidiger zur Disposition steht.

In derartigen Prozessen wird das illokutionäre Element des Rechts, also v. a. die Formalisierung, Zentrierung und Simplifizierung von Konflikten, durch Verfahrensbeiträge zur Diskussion und Disposition gestellt. Illokutionär ist dieses Element, weil es sich aus konventionell zu interpretierenden Umständen – dem Wissensrahmen „Gerichtsverfahren“ der an der Sprachhandlung Beteiligten⁽¹⁴⁾ – rund um die Vorbereitung des Urteils und nicht aus der Lokution selbst ergibt. Die Legitimität des staatlichen Gewaltmonopols oder die „Gerechtigkeit“ von § 1295 ABGB sind selten Gegenstand eines Verfahrens oder eines Urteils.

Hier ist es auch nicht mehr möglich, die qua juristische Sozialisation hergestellte Bedeutungserzeugung durch Abrichtung infolge paradigmatischen gerichtlichen Sprachgebrauchs, wie er im 2. Teil dieser Arbeit dargestellt wurde, sicherzustellen. Die Disziplin schweigt.

Ein Angeklagter, der sich nach seiner Verurteilung erhebt und sagt: „Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit. Jetzt gehe ich nach Hause.“, verstößt gegen eine Konvention, einen konstruierten Kontext⁽¹⁵⁾, was auch umgehend sanktioniert werden wird, weil dieser Mensch vorgibt, das wiederum normativ geregelte⁽¹⁶⁾ „Setting“ Gerichtsverfahren nicht verstanden zu haben, während alle anderen Beobachter aufgrund einer interpretativen Praxis wissen, daß sie sich in dessen Kontext befinden. Die Beobachter wissen also (wenigstens ungefähr), daß und welche Regeln auf die Situation anwendbar

(Anm. 6), S. 945-952. Schlag geht von einer Norm aus, die geisteskranken Kampfpiloten verbietet, Kriegseinsätze zu fliegen. Zu beantragen, nicht mehr fliegen zu müssen, weil man geisteskrank sei, heißt, gesund zu sein, heißt, weiter fliegen zu müssen. Weiter zu fliegen, heißt, geisteskrank zu sein, heißt, nicht mehr fliegen zu müssen. Vgl. zum Catch-22 und seiner Relevanz im Verhältnis Leser-Autor auch Alexander Sonek, *Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Epitaph eines juristischen Phänomens* (Baden Baden 1995; im Druck), S. 45-47.

(8) Der Catch-22 ähnelt in nicht zu leugnender Weise dem bereits von den Stoikern überlieferten Krokodil-schluß: Ein Krokodil wird von einer Mutter um Freilassung ihres Kindes gebeten. Das Krokodil antwortet, es würde dieser Bitte entsprechen, wenn die Mutter eine zutreffende Aussage über seine Absicht mache. Die Mutter antwortet: „Du willst das Kind nicht herausgeben“ und fordert anschließend die Herausgabe des Kindes. Entweder, weil das Krokodil das Kind ohnehin habe herausgeben wollen, oder, weil sie dessen negative Intention bedingungsgemäß zutreffend erraten habe. Vgl. dazu Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 4 (I-K)*, Darmstadt

1976, S. 1300.

(9) Friedrich Nietzsche, *Menschliches Allzumenschliches I und II* (Kritische Studienausgabe in 15 Bänden, Band 2, München 1988), S. 291.

(10) In der BRD leistet entsprechendes § 243 IV dStPO.

(11) BGH, NSfZ 1983, S. 118: „Hartnäckiges Leugnen des Angeklagten ist nur dann ein Strafschärfungsgrund, wenn es zur Überzeugung des Gerichts ein Zeichen für Uneinsichtigkeit ist, so daß der Sühnezweck und Abschreckungszweck der Strafe auch nicht teilweise schon als erfüllt angesehen werden kann.“

(12) AG Stuttgart, NJW 1990, S. 1054. In der Urteilsbegründung heißt es u. a.: „Das mit der Prozeßhandlung verfolgte Ziel muß schutzwürdig sein, wobei Maßstab für die Schutzwürdigkeit ist, die Bewahrung des Rechts und die Wahrung des Rechtsfriedens zu sichern. Nicht schutzwürdig ist ein Interesse, das nach allgemeiner Anschauung als so gering anzusehen ist, daß es nicht die Inanspruchnahme der staatlichen Rechtsschutzeinrichtungen, nämlich der Gerichte, rechtfertigt.“ Dieses Urteil läßt sich als eine Transformation der Regel „De minimis non curat lex“ zu „De minimis non curat praetor“ be-greifen. Vgl. zu diesem Urteil auch Hans-Martin Pawlo-

wski, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes* (2. Aufl. Heidelberg 1991), S. 72.

(13) Vgl. nur etwa Theodor Kleinknecht/Karlheinz Mayer, *Kurz-Kommentar zur Strafprozeßordnung* (40. Aufl. München 1991), § 260, RN 17: „Ein freisprechendes Urteil ergeht nur, wenn die Unschuld des Angeklagten erwiesen ist oder seine Schuld unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt [...] festgestellt werden kann.“ (Hervorhebung getilgt).

(14) Vgl. dazu Dietrich Busse, *Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution* (Tübingen 1992), S. 36 f.

(15) Stanley Fish, *With the Compliments of the Author: Reflections on Austin and Derrida*, in: idem, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (Oxford 1989), S. 37-67, hier: S. 53.

(16) Vgl. zB § 57/3 GeO (BGBI 264/1951): „Wer in der Verhandlung spricht, hat stehend zu sprechen [...]“; § 57/4 GeO: „Zur Urteilsverkündung und Fidesabnahme erheben sich die Mitglieder des Gerichts und allen anwesenden Personen. Die Träger des Amtskleides bedecken das Haupt.“; § 58/1 GeO: „Die Parteien haben zu Fin-

sind.⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾ Insofern unterscheidet sich ein Gerichtsverfahren – wenn man vom schwierigen Problem absieht, wodurch sich normative von sonstigen (konventionalen) Regeln unterscheiden – nicht von einem Philosophieseminar oder von einer Familienfeier.⁽¹⁹⁾

Konventionale Regeln bedürfen zu ihrer Aufrechterhaltung ihres kontrafaktischen Durchhaltens. Daher die verschärfte Reaktion auf konventionale Verstöße, weil diese die Disziplin im System „Recht“ (oder „Wissenschaft“, um beim Philosophieseminar zu bleiben) und die Disziplin des Rechts (oder der Wissenschaft) als solchen (solcher) in Frage stellen.⁽²⁰⁾ Die Antwort ist zunächst Staunen⁽²¹⁾, auf das eine Reetablierung der konventionalen Regeln erfolgt. Ist diese innerhalb des vorhandenen Normengefüges nicht mehr möglich, „ist der Kollaps der Justiz herbeigeführt“ und der Gesetzgeber tritt auf den Plan. Daher die im 1. Teil dieser Arbeit dargestellten Veränderungen der StPO.

Wie ein Gesetz, so besteht auch das – idealththeoretisch – auf dessen Grundlage ergangene Urteil aus einer bloßen Lokution und davon zu unterscheidenden illokutionären und perlokutionären⁽²²⁾ Elementen. Lokution ist sein reiner Text (X wird wegen Y zu Z verurteilt.) Daneben steht noch ein staatliches Unwerturteil, das in Zahlen, nämlich eine konkrete Strafe „übersetzt“, also in eine rätselhafte ideale Proportion⁽²³⁾ gebracht wird⁽²⁴⁾, einerseits, und der Anordnung des Vollzugs andererseits. Daß bei Einhaltung der Verfahrensregeln mit einem Strafurteil ein staatliches Unwerturteil ausgesprochen wird, ist das illokutionäre Element des richterlichen Sprechakts.

Das vordergründige perlokutionäre Element im Sprechakt Strafurteil liegt hingegen darin, daß in allen Beteiligten die Erwartung evoziert wird, daß eine Strafe am Verurteilten vollzogen wird, die den Verurteilten *bessern* soll.⁽²⁵⁾

Was nun das Strafurteil vom Zivilurteil hier immer, obwohl beide perlokutionäre Elemente in sich tragen, wesentlich unterscheidet, ist, daß nur bei ersterem der perlokutionäre Akt scheitern kann. Entspricht die in einem Zivilverfahren unterlegene Partei nicht den richterlichen Verhaltensanweisungen, so stellt die Rechtsordnung Mittel zur Verfügung, die der obsiegenden Partei ein kontrafaktisches Durchhalten ihrer Verhaltenserwartungen ermöglichen.⁽²⁶⁾ Ein obligatorisches Exekutionsverfahren garantiert den perlokutionären Erfolg des zivilrechtlichen Urteils, selbst dann, wenn die obsiegende Partei nur die Konkursquote erhält, mittels Zwangs, der an die Stelle der Macht tritt und diese aufhebt, weil Wahlmöglichkeiten des Gezwungenen beseitigt werden.⁽²⁷⁾

Beim Strafurteil hingegen ist der perlokutionäre Erfolg nicht garantierbar, weil er sich im „Inneren“ des Verurteilten – in Form einer Charakterveränderung, die ihm eine Reintegration in die Gesellschaft ermöglichen soll – abspielt, oder eben nicht. Ein Mensch, der seine Strafe verbüßt hat, ist freizulassen, egal, ob er sich geändert hat oder nicht. Hier ist also das kontrafaktische Durchhalten einer Verhaltenserwartung – sieht man von Sonderfällen wie der bedingten Entlassung aus einer lebenslangen Freiheitsstrafe und v. a. den vorbeugenden Maßnahmen, die nach § 25/1 StGB „so lange zu

vollziehen [sind], wie es ihr Zweck erfordert⁽²⁸⁾ ab -, nicht möglich.⁽²⁹⁾ Diese Situation erzeugt Unsicherheit. Deshalb „belohnt“ die Justiz den Angeklagten bzw. Strafvollzugsgefangenen, wenn er sie – wenigstens nach außen – an den Erfolg ihres perlokutionären Sprechakts glauben läßt, indem er ein „reumütiges Geständnis ablegt“ oder sich „gut führt“.

Die Betonung dieses perlokutionären Elements ist Frucht des spätneuzeitlichen Strafvollzugsverständnisses, das psychische Veränderungen im Verbrecher erst zum Gegenstand des Interesses und in weiterer Folge zum Maßstab für die Länge der Strafe macht.⁽³⁰⁾ Der Versuch, die Erzielung perlokutionärer Erfolge durch gerichtliche Strafurteile zu erzielen, ist allerdings in doppelter Hinsicht bedroht zu scheitern.

VI. What You Get Is What You See

„Alles inhaltlich Richtige, auch wenn es als absolut daherkommt, wendet ‚sich‘ an die Menschen, wird also von seinen Urhebern, Vertretern, Durchsetzern an die anderen gerichtet. Sie sollen denselben Inhalt bevorzugen, von der Richtigkeit dieses Richtigen überzeugt werden. Zu brechen sind ihr Dissens, ihr Konsens mit anderen Inhalten. Sie sind als Mit-Durchsetzer einzuspannen, zumindest als passiver Erdulder einzuschüchtern. Ohne das Werben um den Konsens anderer ist es kein Richtiges, sondern Literatur.“⁽³¹⁾

Zum einen ist es niemandem möglich, einfach zu „wissen“, was ein anderer meint, wenn er sagt, er lege jetzt ein reumütiges

gaben Papier im Ausmaß von 210 mm zu 297 mm zu benutzen [...]“; § 58/2 GeO: „Die Eingaben sind mit Schreibmaschine herzustellen oder mit Tinte zu schreiben.“; § 52/2: „Der Verkehr ist streng sachlich zu führen, zwecklose Auseinandersetzungen sind unter Hinweis auf die dem Gerichte obliegenden Aufgaben zu beenden [...]“; § 52/5 GeO: „... Rechtsanwälte [sind] in Ausübung ihres Berufes nicht mit besonderen Titeln (Professor usw.) anzusprechen.“

(17) Vgl. dazu Stanley Fish, *Fish v. Fiss*, in: *idem*, aaO (Anm. 15), S. 120-140, hier: S. 122 f.

(18) Dieses Wissen wird ihnen nach Vorstellung mancher nicht zuletzt auch architektonisch vermittelt. Vgl. etwa Sigrun von Hasseln, *Plädoyer für ein offenes Gericht – in einem postmodernen Rechtscenter für alle*, in: DRiZ 1994, S. 121-136, hier: S. 129: „Da Gebäude in der Regel auch die hinter ihnen stehende Idee vergegenständlichen, haben die alten, muffigen Gerichtsgebäude ausgedient, geben sie doch ein zu ärmliches Bild von der Schönheit, die Recht innewohnen kann. Das Rechtsgebäude muß vielmehr die geistigen Prinzipien der offenen Rechtsgesellschaft veräumlichen. Um Gleichberechtigung zu symbolisieren, bietet sich ein runder Bau an, der aus Platzgründen mehrgeschossig [sic] sein muß. Futuristisch geprägt werden ökologische Gesichtspunkte dennoch sichtbar berücksichtigt. Diese Bauweise dient als Symbol für staatliche und gesellschaftliche Akzeptanz und gar Förderung des – umweltbewußten – nicht mehr aufzuhaltenden technischen Fortschritts und seiner Begleiterecheinungen. Dem Bürger wird signalisiert, daß seine ei-

gene Begeisterung für den technischen Fortschritt nicht mißbilligt, sondern von allen mitgetragen und die Zukunftsorientiertheit zum gemeinsamen gesellschaftlichen Ziel erklärt wird, an dem er gleichberechtigt teilhaben darf [...] Das gesamte Gebäude verfügt über großzügige Aufenthaltsmöglichkeiten mit Tischen und Sitzmöglichkeiten im postmodernen und dennoch ökologiebewußten Zweck-Design.“ Vgl. auch § 57/1 GeO: „Zur mündlichen Verhandlung sind die zur Verfügung stehenden Verhandlungssäle zu benutzen. Diese Räume sind der Würde des Gerichts entsprechend einzurichten [...]“

(19) Fish, *With the Compliments*, aaO (Anm. 15), S. 53 f.

(20) Vgl. Pierre Schlag, *Normative and Nowhere to Go*, in: *Stanford Law Review* 43 (1990/91), S. 167-191, hier: S. 181.

(21) Vgl. etwa die durch die Ereignisse der 70-er Jahre angeregten Betrachtungen von Artur Wolffers, *Philosophische Überlegungen zum Terrorismus*, in: ARSP 1980, S. 453-468.

(22) Perlokutionäre Sprechakte sind Sprechakte, aufgrund derer ein vom Sprechakt verschiedenes Ereignis bewirkt wird. Vgl. John L. Austin, *Zur Theorie der Sprechakte* (dt. 2. Aufl. Stuttgart 1979), S. 118-120 et passim.

(23) Jean-Claude Wolf, *Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Straftheorien* (Freiburg/München 1990; Alber – Reihe Praktische Philosophie Band 43), S. 13.

(24) Vgl. zu dieser Übersetzungsleistung Grasnack, aaO

(Anm. 5), S. 250-264, der dieses Verfahren mithilfe der Einführung von sieben – ihrerseits wieder dreigeteilten – Unterteilungen der Schuld (außerordentlich schwer, sehr schwer, mittelschwer, weniger schwer, leicht, außerordentlich leicht) auf einer Wertskala rational(er) gestalten will. Ob dies so gelingen kann, scheint mir fraglich.

(25) Vgl. nur § 20/1 Satz 1 StVG: „Der Vollzug der Freiheitsstrafen soll den Verurteilten zu einer rechtschaffenen und den Erfordernissen des Gemeinschaftslebens angepaßten Lebenseinstellung verhelfen und sie abhalten, schädlichen Neigungen nachzugehen.“

(26) Wiewohl natürlich keine Garantien gegen die mangelnde Bonität des Schuldners errichtet werden können.

(27) Vgl. Niklas Luhmann, *Macht* (Stuttgart 1988), S. 9

(28) Auch hier ist jedoch das perlokutionäre Gelingen bei entwöhnungsbedürftigen Rechtsbrechern und gefährliche Rückfalltäter nicht garantiert, da ihre Unterbringung zeitlichen Begrenzungen nach § 25/1 StGB ausgesetzt ist.

(29) Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt/Main 1993), S. 153 bezeichnet allerdings sowohl (öffentlichrechtliche) Strafe als auch (zivilrechtliche) Ansprüche auf Schadenersatz als „Substitute der Anspruchserfüllung“ und differenziert insofern nicht.

(30) Wie historisch jung und in der frühen Neuzeit noch nicht nachweisbar diese Verlagerung des Interesses von der Tat auf die Täter ist, zeigen zB Richard von Dülmen, *Theater des Schreckens – Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit* (München 1985), S. 43. Otto Ulbricht, *Kindsmörderinnen vor Gericht. Verteidigungsstrategien von Frauen in Norddeutsch-*

Geständnis ab⁽³²⁾. Der andere kann auch lügen. Ob das, was der Angeklagte tut, wenn er sagt, daß er Reue empfinde, für den Hörer Reue ausdrückt und also Reue ist, hängt daher nicht davon ab, was der Sprecher „empfindet“, sondern vielmehr von der „Einbettung des Ausdruckverhaltens in die Reaktionen der sozialen Umgebung“.⁽³³⁾ Die Bedeutung dessen, was der Angeklagte tut, indem er versucht, Reue auszudrücken, entsteht, weil er an die Stelle des „natürlichen Reuebenehmens“ (denkbar wäre Weinen etc.) sprachliche Äußerungen setzt, die er gelernt hat und deren Gebrauch, da er sie gelernt hat, im Kontext öffentlich anerkannt sein muß, um verstanden zu werden.⁽³⁴⁾ Er kann heucheln, weil er für das, was er tut, von den anderen sozial verantwortlich gemacht wird.⁽³⁵⁾ Die Bedeutung des Satzes „Ich empfinde Reue“ entsteht für den Richter nicht, weil er ein von Sprachwerkzeugen erzeugtes Geräusch hört, das er zusätzlich interpretiert⁽³⁶⁾, sondern, weil er konventionell Bestimmtes erfährt. Man kann Bedeutungen nicht erleben⁽³⁷⁾, sondern nur konventionell bestimmt zuschreiben.⁽³⁸⁾ Schuld, Reue, Besserung, Verwerflichkeit etc. werden dem Angeklagten *innerhalb der juristischen Disziplin zugeschrieben*.⁽³⁹⁾ Dieses Zu- und Einschreiben bedarf der „Mitarbeit“ des Angeklagten.

Daß diese durch das, was das Recht „tut“, erzwungen wird, ist eine auch politisch zu denkende Implikation „politischer“ Strafverfahren.⁽⁴⁰⁾

Zum anderen wird das Scheitern des perlokutionären Gehalts von Strafurteilen innerhalb der juristischen Disziplin erlebt, wenn und weil der Resozialisierungseffekt nicht eintritt. In der ÖJZ 1985 ist zu lesen, daß nach einem zehnjährigen Beobachtungszeitraum im OLG-Sprengel Innsbruck 43 % der zu einer langen Freiheitsstrafe Erstverurteilten und 84 % der zu einer langen Freiheitsstrafe verurteilten Vorbestraften rückfällig werden.⁽⁴¹⁾ Nach Michel Foucault⁽⁴²⁾ werden derartige Ergebnisse seit der Einführung des Gefängnisses als universelle Bestrafungsform, die er mit Beginn des 18. Jhdts. ansetzt, beständig wiederentdeckt und führen zu im Sand verlaufenden Reformdiskussionen. Dies, weil nach Foucault die Funktion des neuzeitlichen Gefängnisses nicht mit Begriffen wie Resozialisierung begriffen werden könne, sondern als Mittel der Disziplinierung von Devianz und der Erzeugung von Delinquenz. „Das Gefängnis bezeichnet, isoliert und und unterstreicht eine Form der Gesetzwidrigkeit, die symbolisch alle anderen zu umfassen scheint, die es ihm aber gerade gestattet, die anderen Formen zu

übersehen oder zu tolerieren.“⁽⁴³⁾ Oder: „Das Unter-Beobachtung-Stellen ist die natürliche Verlängerung einer von den Disziplinarmethoden und Überprüfungsverfahren erfaßten Justiz. Daß das Zellengefängnis mit seinem Zeitrhythmus, seiner Zwangsarbeit, seinen Überwachungs- und Registrierungsinstanzen, seinen Normalitätslehrern, welche die Funktion des Richters fortsetzen und vervielfältigen, zur modernen Strafanlage geworden ist – was ist daran verwunderlich? Was ist daran verwunderlich, wenn das Gefängnis den Fabriken, den Schulen, den Kasernen, den Spitälern gleicht, die allesamt den Gefängnissen gleichen?“⁽⁴⁴⁾

Die beständig und doppelt scheiternde Beobachtung des Delinquenten durch das Recht, die desto intensiver wird, je radikaler ein dahinterstehender Konflikt ausgetragen wird, trägt auch in die nicht radikalisierte Umwelt, was intern angelegt ist, um bedeutungsvolles juristisches Sprechen überhaupt erst zu ermöglichen: Disziplin.

Aber: „La discipline, c'est l'envers de la démocratie.“⁽⁴⁵⁾

Mag. Nikolaus Forgó ist Universitätsassistent am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte an der Universität Wien.

land, in: *Andreas Blauert/Gerd Schwerhoff, Mit den Waffen der Justiz. Zur Kriminalitätsgeschichte des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit* (Frankfurt/Main 1993), S. 54-85, hier: S. 79, datiert diesen Wechsel des Blickpunkts in dem von ihm untersuchten Bereich auf die zweite Hälfte des 18. Jhdts, v. a. nach 1770. Vgl. „natürlich“ auch Michel Foucault, *Überwachen und Strafen* (dt. Frankfurt/Main 1989 [1976]) und zahlreiche rund um dieses Werk entstandene kleinere Arbeiten dieses Autors in den 70-er Jahren.

(31) Friedrich Müller, *Über Richtigkeit und Konsens*, in: *idem, Essays zur Theorie von Recht und Verfassung* (Berlin 1990), S. 31-37, hier: S. 32 (Absatz getilgt).

(32) Diese Argumentation findet sich in vollkommener Kürze und Schönheit in Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (Werkausgabe Band 1; Frankfurt/Main 1984) § 293: „Nun, ein Jeder sagt es mir von sich, er wisse nur von sich selbst, was Schmerzen seien! – Angenommen, es hätte Jeder eine Schachtel, darin wäre etwas, was wir ‚Käfer‘ nennen. Niemand kann je in die Schachtel des Andern schauen; und Jeder sagt, er wisse nur vom Anblick seines Käfers, was ein Käfer ist. – Da könnte es ja sein, daß Jeder ein anderes Ding in seiner Schachtel hätte. Ja, man könnte sich vorstellen, daß sich ein solches Ding fortwährend veränderte. – Aber wenn nun das Wort ‚Käfer‘ dieser Leute doch einen Gebrauch hätte? – So wäre er nicht die Bezeichnung eines Dings. Das Ding in der Schachtel gehört überhaupt nicht zum Sprachspiel; auch nicht einmal als ein Etwas: denn die Schachtel könnte auch leer sein. – Nein, durch dieses Ding in der Schachtel kann ‚gekürzt werden‘; es hebt sich weg, was immer es ist. Das heißt: Wenn man die Grammatik des Ausdrucks der Empfindung nach dem Muster von ‚Gegenstand und Bezeichnung‘ konstruiert, dann fällt der Gegenstand als irrelevant aus der Betrachtung heraus.“ (Hervorhebung im Original, Absatz getilgt).

(33) Eike von Savigny, *Keine Hoffnung für Hunde*, in:

Eike von Savigny/Oliver R. Scholz, Wittgenstein über die Seele (Frankfurt/Main 1995), S. 41-56, hier: S. 50.

(34) Vgl. Eike von Savigny, Wittgensteins „Philosophische Untersuchungen“. Ein Kommentar für Leser, Band 1 (2. Aufl. Frankfurt/Main 1994), S. 292.

(35) Von Savigny, *Keine Hoffnung*, aaO (Anm. 33), S. 49.

(36) Vgl. dazu Hilary Putnam, *Pragmatismus. Eine offene Frage* (Frankfurt/Main-New York 1995), S. 74 f.

(37) Thomas Weiss, *Meinen, ein Erlebnis der besonderen Art*, in: von Savigny/Scholz, aaO (Anm. 33), S. 57-71.

(38) In metaphorischer Fassung findet sich diese Erkenntnis in dem Film „The Shawshank Redemption“ von Frank Darabont: Einer der zu lebenslänglicher Haft Verurteilten wird in Abständen von jeweils einem Jahrzehnt von einer Kommission dazu vernommen, ob er resozialisiert sei und seinem Gesuch auf bedingte Entlassung daher entsprochen werden könne. Jedesmal antwortet er mit den selben eingelernten Sätzen und sein Gesuch wird jedesmal abgelehnt, bis er schließlich die Frage als solche in Frage stellt und daraufhin – als alter Mann – entlassen wird.

(39) Diese eigentlich banale Einsicht zeigt sich auch besonders deutlich, wenn man Versuche juristischer Autoren betrachtet, Begriffe wie geringe Schuld in § 42 StGB zu erfassen. Vgl. etwa Helmut Fuchs, *Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat* (§ 42 StGB), in: JAP 1990, S. 134-141, hier: S. 138 f., der einer OGH-Entscheidung vorwirft, den Begriff der Schuld nicht adäquat erfaßt zu haben. Eine der am Ende des Beitrags gestellten „Verständnisfragen“ lautet dann auch: „§ 32 StGB: ‚Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters.‘ Welche Voraussetzungen zählen dazu?“ (Hervorhebung von mir).

(40) Vgl. Henner Hess, *Angriff auf das Herz des Staates*, Band I, (Frankfurt/Main 1988), S. 11: „Wenn sich die Diskurse vom ‚Terrorismus‘ auf die ‚Terroristen‘

wenden, und die so als Problem lokalisierter Personen als mit psychischen Problemen belastet interpretieren lassen, ist auch schon klargestellt, daß die Lösung des Problems darin besteht, daß man dieser Personen habhaft wird und allenfalls sie und ihre psychischen Probleme behandelt. Man muß dann das, was sie treibt, nicht politisch ernst nehmen.“

(41) Mario Laich, *10 Jahre Strafgesetzbuch – Präventivwirkung der Strafen*, in: ÖJZ 1985, S. 551-553, hier: S. 553. Diese Zahlen werden noch eindrucksvoller, wenn man bedenkt, daß üblicherweise zu langen Freiheitsstrafen führende Tötungsdelikte überdurchschnittlich selten wiederholt werden. Vgl. dazu Werner Laubichler, *Über die Tötungsdelinquenz aus psychiatrischer Sicht*, in: RZ 66 (1988), S. 270-274, hier: S. 273; vgl. auch Arno Pilgram, *Die erste österreichische Rückfallsstatistik – ein Mittel zur Evaluation regionaler Strafenpolitik*, in: ÖJZ 1991, S. 581. Vergleichbare Werte für die Schweiz referiert Heinrich Koller, *Die Sicherstellung eines menschenwürdigen Strafvollzugs – Möglichkeiten und Grenzen des Bundes*, in: Jean Gauthier/Dick F. Marty/Niklaus Schmid (Hrsg.), *Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung – Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft* (Bern 1992), S. 393-414, hier S. 393 mwN.; für Deutschland: Dieter Dölling, *Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug im deutschen Strafrecht*, in: ZStW 1992, S. 259-289, hier insbesondere: S. 262-266; Holle Eva Löhr, *Vom Umgang der Staatsanwaltschaft mit Strafverfolgung und Strafe*, in: DRiZ 1991, S. 8-12, hier: S. 9 mwN.

(42) Michel Foucault, *Überwachen und Strafen* (dt. Frankfurt/Main 1989 [1976]), S. 340-349.

(43) Foucault, aaO (Anm. 42), S. 356.

(44) Foucault, aaO (Anm. 42), S. 292.

(45) Michel Foucault/Jean-Louis Esine, *Sur la sellette*. Michel Foucault, in: *Les Nouvelles Litteraires* 2477 (17.-23. März 1975), S. 56 f., hier: S. 56.

Vaterrecht und Kindeswohl

Martina Thomasberger

Hinter der Forderung nach der Einführung fakultativer oder verpflichtender gemeinsamer Obsorge nach der Trennung oder Scheidung der Eltern steht nicht nur die Sorge um das Wohl der Kinder: Das von konservativer Seite so nachhaltig vertretene Modell der abendländischen Kleinfamilie soll mit diesen Mitteln über das Ende des Ehezeitalters hinweg gerettet werden.

Der Oberste Gerichtshof hat es abgelehnt, dem Verfassungsgerichtshof die Frage nach der möglichen Gleichheitswidrigkeit der Bestimmungen über die Zuteilung der Obsorge für minderjährige Kinder nach Trennung und Scheidung der Eltern vorzulegen. Damit haben die Richter des Obersten Gerichtshofs bekräftigt, daß sie keine schwerwiegenden juristischen Gründe dafür sehen, die bestehende Regelung zu revidieren. Seither mehren sich Stimmen, die die Gesetzgebung dazu anregen wollen, das Modell der gemeinsamen Obsorge nach Trennung und Scheidung der Eltern als Regelfall auf politischem Weg in das Familienrecht einzuführen. Dabei werden verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Argumente ebenso bemüht wie Alltagserfahrungen, persönliche Überzeugungen oder psychologische Theorien. Als Leitbild und Oberbegriff all dieser Argumentationen dient immer wieder der Begriff des Kindeswohls, dem am besten gedient sei, wenn sich Kinder auch bei Änderung der äußeren familiären Umstände weiterhin einer Familie im klassischen Sinne zugehörig fühlen könnten, damit sie die für

ein normales, gesundes Heranwachsen notwendige Geborgenheit vermittelt bekommen können.

Väter und Juristen, die die gemeinsame Obsorge propagieren, argumentieren zunächst sehr emotional, wenn sie Bilder von zerrissenen Familien, von unglücklichen, ohne männliches Leitbild heranwachsenden Kindern und von alleingelassenen, entwurzelten Vätern beschwören. Mit dem Zunehmen der Scheidungsziffern wird offensichtlich, daß die Ehe bzw. das Eingehen einer „Beziehung“ als stabilisierende, emotional befriedigende Institutionen Auslaufmodelle sind – Sicherheit und Kontinuität der Gefühle sind in den Beziehungen Erwachsener untereinander nicht mehr garantiert. Umso höherem Erfolgsdruck ist das Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern ausgesetzt: Das ist die eine Beziehung, die nie scheitern darf. Eltern und Kinder haben einander zu lieben, sie dürfen nicht einfach auseinandergehen, weil sie sich nicht mehr verstehen. Nur wenn die Gründe für das Scheitern der Eltern-Kind-Beziehung so schwerwiegend sind, daß niemand sie mehr ignorieren kann, wird ihnen gestattet, sich räumlich zu trennen, aber das Weiterbestehen der emotionalen Bande zwischen Kindern und ihren Eltern wird von der Ideologie der herrschenden Familienrechts vorausgesetzt: Auch bei evidentem Scheitern der Eltern-Kind-Beziehung können die juristischen Bänder zwischen Eltern und Kindern nur unter besonders schwierigen Bedingungen aufgelöst werden. Die einzige Ausnahme davon besteht im Fall des endgültigen Auseinandergehens von Eltern mit gemeinsamen Kindern: Da wird einer eindeutigen Zuteilung der juristischen Zuständigkeiten für die Kinder der Vorzug gegeben, und ein Elternteil wird, meist ohne weiteres Zutun, seiner „elterlichen Rechte“ beraubt – so sehen es zumindest die Befürworter der gemeinsamen Obsorge.

Der Begriff der Obsorge, der mit der Reform des Jugendwohlfahrtsgesetzes (JWG) im Jahr 1989 ins ABGB aufgenommen wurde, dient dabei durch seine Unschärfe der Argumentation zugunsten der gemeinsamen Obsorge: Er umfaßt einerseits das altgestammte Recht der Eltern, ihre Kinder vormundschaftlich zu vertreten und damit für sie Entscheidungen in rechtlicher und

tatsächlicher Hinsicht zu treffen, andererseits aber bedeutet die Ausübung der Obsorge auch und vor allem vielfältige alltägliche Arbeiten, sowie Versorgung, Betreuung, Erziehung und Pflege – von Windelwechseln bis Aufgabenbetreuung, von Besuchen beim Elternsprechtag bis zur Unterstützung in Lebenskrisen gehört alles dazu.

Wenn nun die Befürworter der gemeinsamen Obsorge nach Trennung und Scheidung fordern, daß auch den Vätern ihre „Rechte“ an den gemeinsamen Kindern nach einer Scheidung erhalten bleiben müssen, dann dürften sie sich auf die rechtliche Verbindung, und nicht primär auf die emotionale Zugehörigkeit zu ihnen berufen. Die existierenden Studien und Statistiken weisen aus, daß die Anteilnahme der Väter an ihren Kindern zwar ansteigt, daß dies aber nur bei einer vergleichsweise kleinen Gruppe von Vätern dazu führt, daß sie einen vergleichsweise kleinen Anteil an der tatsächlichen Sorge übernehmen.

Das vielbeschworene Bild vom „neuen Mann“, der hingebungsvoll Fläschchen kocht und alle Freuden und Lasten der Kinderbetreuung kameradschaftlich mit der Mutter seiner Kinder (sic!) teilt, wird evociert, wenn die – meist männlichen – Apologeten des gemeinsamen Sorgerechts ihre Standpunkte darlegen. Und die Assoziation ist durchaus erwünscht – häufig vertreten gerade Frauen den Standpunkt, daß die gemeinsame Zuständigkeit für Kinder nach einer Scheidung ja vor allem für die Frauen entlastend wirken könnte, außerdem sei es für die emotionale Stabilität der Kinder wünschenswert, ihnen den Vater zu erhalten.

An diesem Beispiel wird allerdings deutlich, daß zwei, die über das gleiche reden, noch lange nicht dasselbe meinen. Ohne Vätern generell tiefe und befriedigende Beziehungen zu ihren Kindern absprechen zu wollen und ohne Betroffenheit im Falle der Trennung von ihnen zu leugnen, muß doch deutlich getrennt werden, wovon jeweils die Rede ist:

Wenn in der österreichischen juristischen Literatur (oft sehr nachhaltig) die Notwendigkeit einer Reform des Familienrechts im Sinne der gemeinsamen Obsorge gefordert wird, dann bedeutet dies tatsächlich das Verlangen nach Aufrechterhaltung der juristischen Verbindung zwischen Vater und Kindern (die vorläufig noch wenigen Fälle, in denen es umgekehrt ist, lasse ich einstweilen außer Acht). VertreterInnen des „weiblichen“ Standpunkts haben dagegen sowohl die juristische als auch die tatsächliche Seite im Auge und hoffen, mit der Einführung der gemeinsamen Obsorge werde sich auch das Verhältnis der geschiedenen Väter zu ihren Kindern (die keinesfalls, das soll hier betont sein, Scheidungswaisen sind, denn sie haben ja nach wie vor beide Elternteile, wenn auch nicht im gemeinsamen Haushalt) im Sinne der Kontinuität und Stabilität entwickeln.

Sowohl der Wunsch nach mehr Beteili-

gung geschiedener Väter an der Pflege und Erziehung ihrer Kinder als auch die Vorstellung sie ihren Kindern, wenn schon nicht als Mittäter, so doch wenigstens als Mitdenkende zu erhalten, führen letztlich ins Leere: Väter, die sich bei aufrechter Ehe nicht in diesem Sinne betätigt haben, werden auch nach der Scheidung und trotz aufrechter Sorgerechtsbeziehungen nicht damit anfangen, tatsächlich zu sorgen. Im Gegenteil: Geschiedene Väter, die ihren Unterhaltspflichten nachkommen und sich fall- und besuchsweise um ihre Kinder kümmern, gelten im Vergleich zu Vätern, die das gleiche während einer aufrechten Ehe tun, als „gute Väter“, auch wenn das nicht mehr als ihre Verpflichtung ist; sie haben also wenig äußere Veranlassung, ihr Verhalten zu verändern. Andererseits stehen die Chancen gut, daß Väter, die sich schon immer aktiv an der Kindererziehung beteiligt haben, dies nicht deshalb aufgeben werden, weil sie nicht mehr im juristischen Sinne für die Kinder zuständig sind. Das Scheitern der Beziehungen geschiedener Väter zu ihren Kindern ist nicht selten Resultat eines Scheiterns bei der Herstellung eines veränderten, gleichwohl entspannten, Verhältnisses zu deren Mutter – ihrer ehemaligen Frau.

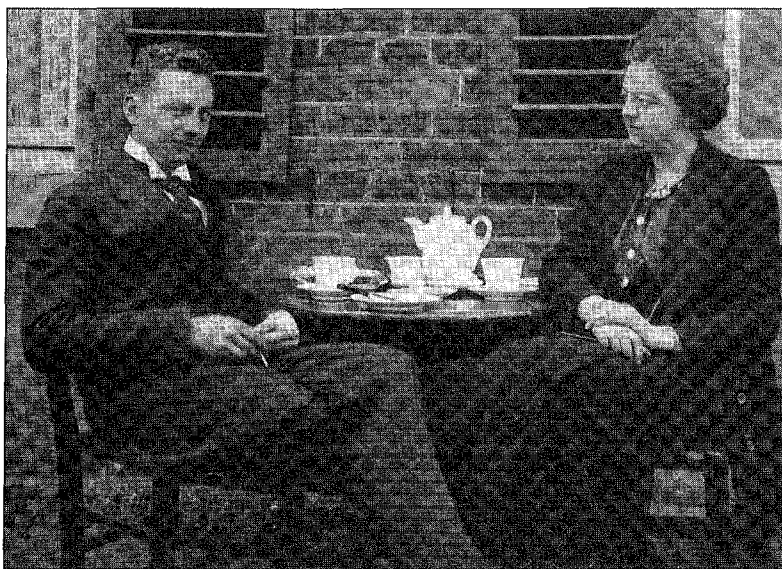
Dennoch werden häufig nur die geschiedenen Mütter dafür verantwortlich gemacht, wenn die Beziehung zwischen den Besuchsvätern und ihren Kindern auf lange Sicht auseinandergehen. Das Schlagwort von der „Vereitelung des Besuchsrechts“ steht dann meist drohend im Raum. Die Vorstellung von der „bösen Geschiedenen“, die ihren Frust darauf verwendet, einen Keil zwischen die Kinder und ihren Vater zu treiben, mag nicht völlig aus der Luft gegriffen sein, entspricht allerdings wohl eher Befürchtungen der Vaterrechtler; vielleicht ist sie aber auch nur eine rhetorische Figur, die zwecks Entlastung des Diskurses konstruiert wurde.

Die Realität sieht eher so aus, daß auch engagierte geschiedene Väter ihren Kindern allmählich abhandeln kommen. Die Gründe dafür können vielfältig sein: Die Väter engagieren sich beruflich neu, ziehen in andere Städte, ihnen gehen die Ideen für die Besuchstage aus, aber am häufigsten wird die Gründung einer neuen Familien, in denen sich ihre „ersten“ Kinder nicht wohlfühlen oder mit der sie sich nicht vertragen, der Grund für eine allmähliche Entfremdung zwischen Vater und Kindern sein.

An solchen Entwicklungen im Tatsächlichen kann auch gemeinsame Obsorge nichts ändern, es sei denn, sie wäre die eine und

einzig rechtliche Verbindung, die zugleich auch psychisch und emotional stabilisierend wirkt. Die Absurdität dieser Vorstellung zeigt zugleich, daß die Begründungen für ihre Notwendigkeit zum einen von unrealistischen Erwartungen ausgehen und zum anderen Vorwand für andere Interessen sind.

Die Vertreter der Notwendigkeit der gemeinsamen Obsorge berufen sich zur Unterstützung ihrer Auffassungen zumeist auf Ergebnisse der kognitiven Psychologie: Das sogenannte Reorganisationsmodell der Familie postuliert, daß die Verbindungen zwischen allen Familienmitgliedern sich bei der Beendigung der Familie nicht auflösen, sie ändern sich nur insoweit, als sie sich im alten Familiensystem neu organisieren. Dieses Modell hätte für sich, so seine Vertreter, daß



alle Familienmitglieder im Familiensystem und damit – vor allem für die Kinder – verfügbar bleiben. Dies wird ergänzt durch die Ergebnisse der Vaterforschung, die zu belegen scheinen, daß das Vorhandensein eines Vaters für die Wahrung des Kindeswohls unerlässlich ist.

Prominenter Vertreter dieses Wissenszweiges ist Professor Fthenakis, der als „international anerkannter Experte“ für Kindeswohl und gemeinsame Obsorge häufig auf Tagungen spricht. Seine Thesen sind allerdings nicht unumstritten: Ihr wissenschaftlicher Gehalt wird stark angezweifelt, und ihre Ideologiegebundenheit wird kritisiert. Die Leitbilder seiner Thesen lassen sich unschwer ausmachen: Die abendländische Kleinfamilie und die katholisch-unauflösbare Ehe sollen nun mit den Mitteln der psychologischen Wissenschaft gerettet werden. Daß dies der gesellschaftlichen Realität der Industrienationen widerspricht, braucht eigentlich nicht mehr betont zu werden. Die Modelle des Zusammenlebens zwischen Erwachsenen und Kindern haben sich in den letzten Jahren geändert, weiterentwickelt und gegenüber der Wunschvorstellung konservativer Familienpolitik differenziert. Alleinerzieherinnen, Nachfolgefamilien, tem-

poräres Zusammenleben mit wechselnden erwachsenen Personen, Stieffamilien, Zusammenleben ohne Ehe mit gemeinsamen Kindern – all diese das Reorganisationsmodell sprengenden Formen des Zusammenlebens von Menschen zweier Generationen kommen vor und werden gelebt. Daß sie nicht unweigerlich zur psychischen Deformation der in ihr lebenden Kinder führt, lehrt schon die Alltagserfahrung, und dieser Befund wird auch von Ergebnissen nicht einseitig ideologisch befrachteter psychosozialer Forschungen belegt.

Die Vertreter der Notwendigkeit gemeinsamer Obsorge blenden diese kritischen wissenschaftlichen Belege nur zu gern aus ihren Argumentationen aus. Dabei geben sie vor, ausschließlich dem Kindeswohl dienen zu wollen – ein weiterer unscharfer Begriff, in dem sich juristische und psychologische Inhalte mit privaten Überzeugungen und mit politischen Zielsetzungen vermengen. Jede/r, die oder der etwas mit Kindern zu tun hat – und sei es nur als Expert/in für Familienrecht – ist der festen Überzeugung, zu wissen, mit welchen Mitteln das Kindeswohl am besten verwirklicht werden kann. Dabei werden psychologische und juristische Ergebnisse wissenschaftlicher Auseinandersetzung mit dem Begriff und den Voraussetzungen des Kindeswohls übergangen, soweit sie nicht der herrschenden Familienideologie entsprechen. Die

Ideologie verlegt auch den Blick darauf, daß die Durchsetzung privater oder politischer Interessen letztlich gegenüber der Erhaltung des Wohlergehens für Kinder zweitrangig ist.

Jede starre Lösung wird Gefahr laufen, die vielfältigen und differenzierten Formen des Zusammenlebens von Kindern und Erwachsenen und die nicht in Schemata einzu-passenden Beziehungen von Kindern zu ihren Eltern (ob soziale oder biologische ist letztlich gleichgültig) unzulässig zu verkürzen und damit zu gefährden.

Dieser Beitrag verdankt wichtige Anregung und Informationen den folgenden Büchern und Artikeln: Rainer Ballof: Kinder vor Gericht. München 1992; Joseph Goldstein, Anna Freud, Albert J. Solnit: Jenseits des Kindeswohls. Frankfurt am Main, 1974 (1991); Dies.: Diesseits des Kindeswohls. Frankfurt am Main, 1982.; Spiros Simitis u.a.: Kindeswohl. Frankfurt am Main, 1979; Frank F. Furstenberg, Andrew J. Cherlin: Geteilte Familien. Stuttgart, 1993; Marianne Breithaupt: Das gemeinsame Sorgerecht. in: Kritische Justiz 4/1993; und in kreativer Auseinandersetzung auch: Kurt Ebert, „First Call for Children“, JBl 1995/69 ff. Aus Gründen der Lesbarkeit habe ich darauf verzichtet, die Zitate im einzelnen anzuführen oder mit Fußnoten zu belegen. Bei Interesse und auf Anfrage bin ich gerne bereit, die Belegstellen nachzuliefern.

Die Kodierung des Körpers

Im zweiten Teil dieser JURIDIKUM-Serie von **Elisabeth Holzleithner** wird versucht, das „pornographische Element“ (Valverde) in unserer Kultur zu erfassen. Vor dem Hintergrund einer Kritik am österreichischen Pornographiegesezt wird vorgeschlagen, das Regelungsinstrumentarium zu überdenken und einen anderen Blickwinkel einzuführen.



Die zu Ende des ersten Teils artikulierte Skepsis gegenüber einer rigiden strafrechtlichen Antipornographiegeseztgebung in Händen des patriarchalischen Machtapparats soll mit einem Beispiel aus Kanada illustriert werden. In Toronto hat die Polizei ausgerechnet ein feministisches Kunstwerk konfisziert, das im Schaufenster eines Buchladens ausgestellt war. Die Künstlerin wurde wegen Obszönität angezeigt. Dies, obwohl das angesprochene Plakat „keinerlei explizite Darstellungen von Sexualität enthielt, nicht einmal von menschlichen Körpern“.⁽¹⁾ Es ist in der Tat fraglich, ob von denselben Polizisten erwartet werden kann, daß „sie begreifen, was Frauen wirklich abwertet“.⁽²⁾ So könnte jeder Versuch, eine Definition von Pornographie zu erarbeiten, die „selbst von sexistischen Polizeibeamten nicht mißverstanden werden kann“⁽³⁾ zum Scheitern verurteilt sein. Das bedeutet nach Ansicht von Valverde aber nicht, daß Feministinnen die Hände in den Schoß legen sollten. Sie meint, es wäre notwendig, die Macht der Frauen zu stärken und gibt einige Anregungen für politischen Aktionismus.⁽⁴⁾

Diese Schlußfolgerung steht vor dem Hintergrund der Feststellung, daß eine isolierte Betrachtung von Pornographie nicht zielführend ist. Denn weit davon entfernt,

eine „Verirrung einer ansonsten zivilisierten und auf Gleichheit gründenden Kultur“ zu sein, ist (harte⁽⁵⁾) Pornographie nur „das ungehobelteste, expliziteste Symbol“ für die in unserer Gesellschaft offenbar weit verbreitete Vorstellung, daß die Aufgabe von Frauen vorwiegend darin besteht, Männern sexuell dienstbar zu sein.⁽⁶⁾ Pornographie ist demnach nur der Gipfel des Eisbergs des *Pornographischen*, eines *Elements*, das unsere gesamte Kultur durchzieht.⁽⁷⁾ Pornographie ist „Teil einer Kulturindustrie, die uns auch sexistische Anzeigen, rassistische Kriegsfilm und klassenherrschaftliche Familienserien beschert hat“.⁽⁸⁾ Diese Kulturindustrie sexualisiert gesellschaftliche Herrschaft, insbesondere „die Herrschaft von Männern über Frauen“.⁽⁹⁾

Valverde gewinnt ihre aus analytischen Gründen erstellte Pornographiedefinition aus der Durchsicht weitverbreiteter Softpornomagazine. Sie stellt drei Hauptelemente fest: Zum einen wird die soziale und physische Macht von Männern als sexuell erregend dargestellt. Zweitens erscheint sexuelle wie nicht-sexuelle Aggression als unvermeidliches Ergebnis des Machtgefälles zwischen Männern und Frauen. Drittens wird dem Sex eine unerbittliche Macht darin zugeschrieben, gesellschaftliche Barrieren und

Konventionen zu unterminieren.⁽¹⁰⁾ Daran anschließend stellt Valverde in einer äußerst aufschlußreichen Analyse der Geschlechterverhältnisse in Trivialromanen dar, daß in diesen dieselben Mechanismen wie in den angesprochenen Magazinen walten.

Die im Trivialroman für Frauen bestimmte Erotik legt sie demnach ausschließlich auf *Passivität* fest. Frauen sehnen sich danach, sich beherrschen zu lassen, „sich anzupassen und von der Mühsal ‚befreit‘ zu werden, eine unabhängige und finanziell abgesicherte Frau zu sein“.⁽¹¹⁾ Als „unvermeidliche Lösung aller Widersprüche und Spannungen in der Handlung“⁽¹²⁾ wird die Ehe dargestellt: „Die traditionelle Ehe ist ja auch das einzige gesellschaftliche Mittel, das männliche Vorherrschaft mit dem Schutz der Frauen verbindet. [...] Die Institution der Ehe zählt den männlichen ‚Impuls‘, Frauen zu unterwerfen bzw. kanalisiert ihn in eine monogame und öffentlich anerkannte Beziehung. Diese bietet den Frauen Sicherheit, während sie dem Mann den ungehinderten Zugang zu ‚seiner‘ Frau ermöglicht.“⁽¹³⁾

Pornographie wird, wie schon ausgeführt, scharf dafür kritisiert, daß Frauen als willige sexuelle Sklavinnen von Männern dargestellt werden. Wenn dies die Problematik auf einen von mehreren Punkten bringt, wenn also die Erotisierung institutionalisierter Formen von Beherrschung generell Pornographie ist, dann ist wohl kaum etwas Pornographischeres vorstellbar als „das Leben im Trivialroman“.⁽¹⁴⁾ Da Valverde nicht überlegt, wie Pornographie auf Männer wirkt und sich in ihrer Analyse darauf konzentriert, welche Auswirkungen Pornographie auf Frauen hat, warnt sie insbesondere davor, den Einfluß, die das im Trivialroman vorgestellte Frauenbild auf das Selbstbild von Frauen hat, zu unterschätzen. Demgegenüber betrachte keine Frau „die anonymen Frauengestalten, die als Opfer männlicher Gewalt dargestellt werden, als unmittelbare Rollenvorbilder“⁽¹⁵⁾:

„Ich bin nicht davon überzeugt, daß Pornos die Gewalt gegen Frauen verstärken; doch was ist mit der Gewalt, die Frauen gegen sich selbst richten aufgrund der männerorientierten Bilder von Schönheit und Attraktivität? Frauen zerstören ihre Fußsehnen, indem sie Stöckelschuhe tragen, ruinieren ihren Stoffwechsel durch EBanfalle und Diäten und ihre emotionale Gesundheit, indem sie sich dauernd über ihr Aussehen Gedanken machen.“⁽¹⁶⁾ Angesichts dessen scheint die Feststellung kaum überzogen,

(1) Mariana Valverde, *Sex, Macht und Lust*, Frankfurt am Main 1994, 180.

(2) Valverde 1994, 180.

(3) Valverde 1994, 179.

(4) Valverde 1994, 181.

(5) Harte Pornographie ist hier nicht im noch zu schildernden „österreichischen Sinn“ zu verstehen.

(6) Vgl. auch Ronald Dworkin, *Women and Pornography*, *The New York Review*, October 21, 1993, 36.

(7) Valverde 1994, 155.

(8) Valverde 1994, 166.

(9) Valverde 1994, 167.

(10) Udo Jürgens brachte dieses Klischee in seinem bösen kleinen Lied „Das ehrenwerte Haus“ auf den Punkt: „Und die Frau von nebenan, wenn der Gasmann kommt, zieht sie ihren Schlafrock aus ...“.

(11) Valverde 1994, 175.

(12) Valverde 1994, 175.

(13) Valverde 1994, 175-176. F. Pallin, *Komm. zu den §§ 201-221 StGB*, *Wr. Komm. zum StGB*, 4a. Lie-

ferung, Wien 1991, 2; *Kursivsetzungen durch die Verf.* Vgl. dazu folgenden Kommentar von Pallin zur Kriminalisierung der Vergewaltigung in der Ehe: „Grundsätzlich verfehlt war es auch, die Vergewaltigung der eigenen Ehefrau der Vergewaltigung einer extranea gleichzustellen, ungeachtet der Unterschiede in der Sozialschädlichkeit dieser Handlungen.“

(14) Valverde 1994, 176-177.

(15) Valverde 1994, 167.

(16) Valverde 1994, 167.

daß „ein Kampf mit dem Körper beinahe das definierende Element darin ist, was es bedeutet, eine Frau im Westen zu ‚sein‘“.⁽¹⁷⁾

Frauen, die die Diktate des Sexismus verinnerlicht haben, tendieren dazu, sich selbst abzuwerten, versuchen zu gefallen und erlegen sich alle möglichen Zwänge auf, um den herrschenden Normen von Weiblichkeit und sexueller Attraktivität zu entsprechen. Umso seltsamer scheint die Haltung mancher Feministinnen, die Frauen auf die eine oder andere Weise zumindest implizit nahelegen, sich auf traditionell weibliche Rollenmuster zurückzuziehen. Dies geschieht etwa, wenn Anti-Porno-Kämpferinnen sich in Fernsehdokumentationen im trauten Kreis ihrer Familie präsentieren. Die Familie wird so als Allheilmittel gegen die grausame Welt der Pornographie dargestellt.⁽¹⁸⁾

Die Art, wie MacKinnon und ihre Mitstreiterinnen Pornodarstellerinnen, Stripperinnen und Prostituierte aus der Sicht der puritanischen, tugendhaften Frau analysieren, ohne deren Sichtweise zu berücksichtigen bzw. diese Sichtweise, wenn sie nicht ihrem Bild dieser Frauen als Opfer entspricht, als Ausfluß „falschen Bewußtseins“ diffamieren, bedeutet, „in das patriarchalische Muster der Isolierung von Frauen untereinander zu verfallen.“ Frauen werden gegeneinander ausgespielt, ohne daß zur Kenntnis genommen wird, daß patriarchale Wertvorstellungen historisch Ehefrau und Hure, Mutter und Stripperin gleichermaßen unterdrückt haben.⁽¹⁹⁾ So geraten auch feministische Antipornographiekampagnen, gerade weil sie von Konservativen aller Schattierungen so begeistert aufgenommen werden, unweigerlich in die Dichotomie Falle mütterliche Frau/Frau als Sexualobjekt. Diese schon im ersten Teil dieser Serie vorgestellten Bilder von Frauen im Rechtsdiskurs sind sowohl miteinander komplementär als auch einander ausschließend. Eine Mutter kann nicht gleichzeitig eine Hure sein, doch die Hure ist die notwendige Kehrseite der auf der einen Seite mit „Mutter“ kodierten Medaille. Nicht zuletzt existieren Prostitution und „respektable Ehe“ seit Jahrhunderten nebeneinander.

So schlußfolgert Valverde: „Die Forderung nach gleichem Lohn für gleiche Arbeit zu verwirklichen, würde eine Menge Geld

kosten, aber ein Pornographie-Gesetz gibt es umsonst, und außerdem wäre es den Moralisten der politischen Rechten willkommen.“⁽²⁰⁾ Dennoch bleibt bei der Vorstellung, rechtlich überhaupt keine Möglichkeiten gegen Pornographie vorzusehen, ein etwas seltsamer Beigeschmack zurück. Denn mitunter geraten in der hier vorgestellten Analyse, so überzeugend sie sich über weite Strecken darstellt, die oft gewalttätigen *Entstehungsbedingungen* von Pornographie unter ausbeuterischen Verhältnissen, die Problematik der Gewaltpornographie sowie die Frage, welche Auswirkungen die ständige ungewollte Konfrontation mit Pornographie auf Frauen hat, völlig aus dem Blickfeld. Diese Probleme werden allerdings auch in der gegenwärtigen Fassung und Auslegung des österreichischen Pornographiegesetzes ignoriert. Pornographie wird in Österreich – allen Novellierungsversuchen und einer gescheiterten Regierungsvorlage⁽²¹⁾ zum Trotz – als Obszönitätsproblem und des weiteren als ein Problem der sexuellen Entwicklung von Jugendlichen behandelt.⁽²²⁾ Im Zuge der Debatte um Kinderpornographie gab es das Bestreben, das Pornographierecht insgesamt zu novellieren und vor allem die Gleichsetzung von gleichgeschlechtlicher Pornographie mit harter Pornographie zu eliminieren. Angesichts der Haltung des Vorsitzenden des Justizausschusses, Michael Graff, ausführlich dokumentiert in einem Interview, das mit einem Originalzitat, „Schweineereien gehören verboten“⁽²³⁾ betitelt ist, nimmt das Scheitern dieser Novelle nicht wunder.

Die herrschende Definition geht offenbar davon aus, daß „Sexualität, wie Männer sie sehen sollen, deren Schamgefühl nicht verletzen darf.“⁽²⁴⁾ Ob nämlich eine Darstellung „unzüchtig“ oder „anstoßig“ ist, soll nach Ansicht des OGH nach der „Anschauung des normalen, gesunden Durchschnittsmenschen“ beurteilt werden. Richter sind demnach nicht „zur Eigenwertung aufgerufen“, sondern haben „nur die Bewertung zu ermitteln, die die Moral, die Gesellschaft usw. einem bestimmten Verhalten angedeihen lassen“.⁽²⁵⁾ Somit rekurren die Anwender des österreichischen Pornographiegesetzes in ihrer Bestimmung dessen, was der Gesellschaft zumutbar ist, auf den (männlichen) Betrachter, dem vor allem die „heterosexuelle Orientierung der rechtlich geordneten Ge-

sellschaft“⁽²⁶⁾ ein besonders schützenswertes Anliegen ist.⁽²⁷⁾ Das einzige Abwägungsproblem, das sich österreichischen Juristen offenbar stellt, bricht auf in der Frage um die Reichweite des Art. 17a StGG, der Kunstfreiheit.⁽²⁸⁾ Dabei wird der künstlerische Wert einer Darstellung gegen deren „Unzüchtigkeit“ abgewogen: „Dieses Merkmal der Pornographie, nämlich die Vermittlung sexueller Eindrücke als Selbstzweck, zur Stimulierung sexueller Gefühle oder Begierden, tritt zunehmend in den Hintergrund, wenn eine Darstellung sexueller Handlungen und Praktiken im Rahmen einer künstlerischen Betätigung erfolgt.“⁽²⁹⁾ Es geht demnach darum, wie gravierend der Sexualbezug einer Darstellung einzuschätzen ist, wobei im weiteren zu prüfen ist, inwieweit eine solche Darstellung dazu geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen.

Nach übereinstimmender Auffassung von feministischen Theoretikerinnen, sollte dagegen der Fokus von der Frage der Unzucht darauf verlagert werden, welche Auswirkungen Pornographie auf die „Betroffenen“ hat. Wie Mariana Valverde fordert auch Drucilla Cornell uns in ihrer jüngst erschienenen Abhandlung, *Die Versuchung der Pornographie*⁽³⁰⁾, dazu auf, Pornographie weniger als das Problem der konsumierenden Männer, sondern als eines von Frauen zu sehen, die ständig mit einem Bild weiblicher Sexualität konfrontiert werden, das vom männlichen Blick geprägt ist bzw. davon, wie Männer Frauen gerne hätten und wie sie sich gerne hätten: als ewig bereite Frauen und als Männer, die immer „können“.

Die bisher angestellten Überlegungen sollten die Problematik illustrieren, in die wir unweigerlich geraten, soll Pornographie in Begriffen der Obszönität behandelt werden. Darüber hinaus ist noch zu überlegen, ob das Strafrecht überhaupt ein probates Mittel zur Verfolgung von Pornographie ist. Dieser Frage soll in einem 3. Teil nachgegangen werden. Dabei wird eine Auseinandersetzung mit Drucilla Cornells Konzept des „Zoning“ und mit dem zivilrechtlichen Gesetzesentwurf von Susanne Baer und Vera Slupik⁽³¹⁾ im Mittelpunkt stehen.

Mag. Elisabeth Holzleithner ist Vertragsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtstheorie an der Universität Wien.

(17) Diane Elam, *Feminism and Deconstruction. Ma-en Abyme*, Routledge 1994, 63.

(18) Valverde 1994, 168 über den Anti-Porno-Film *Not a Love Story*, herg. vom Canadian National Film Board, mit Interviews mit R. Morgan & S. Griffin.

(19) Valverde 1994, 169. „Wenn wir Männern erklären wollen, daß Sex nichts mit Beherrschung zu tun hat, sollten wir Frauen nicht erzählen, daß Sex immer etwas mit Fürsorge und Liebe zu tun hat.“

(20) Valverde 1994, 182.

(21) Vgl. zu einer Kritik an dieser Regierungsvorlage Walter Hauptmann, *Neues Pornographiegesetz – Verschärfung oder Legalisierung*, RZ 1993, 186-192, der sich in seiner Argumentationsweise angenehm vom gän-

gigen österreichischen Pornographiediskurs abhebt.

(22) So ist das kurz „PornographieG“ genannte Regelwerk übertitelt mit BG v. 31. 3. 1950 (I), BGBl. Nr. 97, „über die Bekämpfung unzüchtiger Veröffentlichungen und den Schutz der Jugend gegen sittliche Gefährdung“.

(23) Streitgespräch: Nadja Lorenz, Vorsitzende des Vereins österreichischer Juristinnen, – ÖVP-Justizsprecher Michael Graff, Wienerin, September 1994, 28-30.

(24) Susanne Baer, Vera Slupik, Entwurf eines Gesetzes gegen Pornographie, *Kritische Justiz* 1988, 171-181.

(25) EvBl 1973/210, zitiert in Mayerhofer-Rieder, *Das österr. Strafrecht*, 3. Teil, 3. Aufl., 1992, 920.

(26) Exemplarisch EvBl 1981/52, zitiert in Mayerhofer-Rieder 1992, 904.

(27) Immer wieder erstaunlich mutet die vom OGH in seiner Beurteilung der normativen Begriffe „anstoßig“ und „unzüchtig“ geflogene Sprache an: Es wimmelt nur so von „exzessiver Aufdringlichkeit“ und der Sorge um eine mögliche „propagandistische Wirkung“ „gleichgeschlechtlicher Unzucht“, das ist „die Eignung, Menschen zur Homosexualität zu verführen“.

(28) Vgl. Triffterer, Schmoller, *Die Freiheit der Kunst und die Grenzen des Strafrechts*, ÖJZ 1993, 547 ff. und 573 ff.

(29) Triffterer, Schmoller 1993, 578.

(30) Drucilla Cornell, *Die Versuchung der Pornographie*, Berlin 1995 (mit einem Vorwort von B. Vinken)

(31) Baer, Slupik 1988.

Kein Recht zu lieben

Helmut Graupner

Die laufende Strafrechtsreform bedeutet für Österreichs gleichgeschlechtlich (i)lebende Bürgerinnen und Bürger eine scheinbar unendliche Geschichte.

In der vergangenen Legislaturperiode wurde dem Parlament die Zeit zu kurz, um die im März 1994 eingebrachte Regierungsvorlage zu einem Strafrechtsänderungsgesetz rechtzeitig zu verabschieden. Nunmehr hat das Justizministerium angekündigt, daß diese Vorlage noch vor dem Sommer neuerlich eingebracht werden soll.

Bereits im März 1991 hatte Justizminister Michalek die baldige Streichung der §§ 220 („Werbung für Unzucht zwischen Personen des gleichen Geschlechts oder Unzucht mit Tieren“) und 221 StGB („Verbindungen zur Begünstigung gleichgeschlechtlicher Unzucht“) angekündigt. Aus dem „Strafrechtsänderungsgesetz 1991“ ist mittlerweile das „Strafrechtsänderungsgesetz 1995“ geworden, die beiden menschenrechtswidrigen Bestimmungen, die es in West- und Osteuropa außer in Österreich nur mehr in Liechtenstein (und eine der „Werbung“ vergleichbare Bestimmung in Finnland) gibt, sind jedoch nach wie vor in Kraft und schweben als Damoklesschwert über der österreichischen Homo- und Bisexuellenbewegung. Immer wieder werden sie etwa dazu herangezogen, wirkungsvolles Aids-Präventionsmaterial zu beschlagnahmen und einzuziehen.

Nicht einmal zur Streichung vorgeschlagen wird die dritte Sonderbestimmung gegen gleichgeschlechtlich L(i)ebende: § 209 StGB („Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Personen zwischen 14 und 18 Jahren“). Dies erscheint umso unverständlicher als die Bundesregierung selbst schwere Bedenken gegen dieses Gesetz hegt. In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage weist sie nachdrücklich darauf hin, daß die österreichische Rechtslage sowohl dem internationalen Rechtsstandard als auch den wissenschaftlichen Erkenntnissen widerspricht und die Mehrzahl der begutachtenden Stellen ebenso wie eine interministerielle Arbeitsgruppe (Justiz-, Gesundheits- und Fa-

milienministerium) – nach Anhörung von Sachverständigen – die ersatzlose Streichung gefordert haben (Regierungsvorlage, S. 80ff).

§ 209 des österreichischen Strafgesetzbuches legt für sexuelle Beziehungen zwischen Männern eine Mindestaltersgrenze von 18 Jahren fest. Heterosexuelle und lesbische Beziehungen hingegen sind erlaubt, wenn alle Beteiligten über 14 Jahre alt sind (§§ 206f StGB).

Dies führt zu der grotesken Situation, daß von vier prinzipiell gleichgelagerten Beziehungen (19jährige Frau/17jähriger Mann; 19jährige Frau/17jährige Frau; 19jähriger Mann/17jährige Frau; 19jähriger Mann/17jähriger Mann) eine strafbar ist – die Mann-Mann Beziehung – sich für die anderen drei hingegen keine Strafverfolgungsbehörde interessiert.

17 + 19 = Sexualverbrechen

Daß die allgemeine 14-Jahres-Grenze (§§ 206f StGB) neben der Altersgrenze von 18 Jahren (§ 209 StGB) auch für homosexuelle Männer gilt, führt zu einem regelrechten sexualjuristischen Irrgarten:

Wenn zwei Jungen im Alter 13 und 10 Jahren – wie in diesem Alter durchaus üblich – miteinander sexuelle Handlungen vornehmen, so begehen beide das Sexualverbrechen der „Unzucht mit Unmündigen“ (§ 207 StGB). Sie sind jedoch beide nicht strafmündig und können daher nicht verfolgt werden.

Ein Jahr später ist der Ältere 14 Jahre und der Jüngere 11. Während der Jüngere nunmehr kein Sexualdelikt mehr begeht, drohen dem 14jährigen bis zu 2 1/2 Jahre Haft (§ 207 StGB i.V.m. § 5 JGG).

Nach weiteren drei Jahren wird die Beziehung für beide legal. Der Ältere der beiden ist nunmehr 17, der Jüngere 14 Jahre alt. Weder § 207 noch § 209 StGB erfassen solche Beziehungen.

Das ändert sich jedoch nach zwei Jahren wieder. Nun ist der Ältere 19 und der Jüngere 16. Die Beziehung wird wieder zum Sexualverbrechen (§ 209 StGB) und dem Älteren droht Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten bis zu 5 Jahren.

Erst nach weiteren zwei Jahren, der Ältere ist nun 21 und der Jüngere 18, wird die Beziehung endgültig legal.

Die Strafdrohung ist exzessiv: Männer über 19 Jahre, die intime Beziehungen mit Männern zwischen 14 und 18 Jahren unterhalten, werden mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu fünf Jahren bestraft (im Wieder-

holungsfall bis 7 1/2 Jahre; § 39 StGB); die gleiche Strafe wie für Menschen, die einen Jugendlichen auf dessen Verlangen töten (§ 77 StGB)! Für das Quälen von Jugendlichen kennen die österreichischen Gesetze ein Höchstmaß von drei Jahren und keinerlei Mindeststrafe (§ 89 StGB).

Diese Rechtslage entbehrt jeder rationalen Begründung und alle zu ihrer Abstützung herangezogenen Argumente sind längst und ohne Zweifel wissenschaftlich widerlegt (vergleiche dazu unter vielen anderen die Ergebnisse der 15. Kriminologischen Forschungskonferenz des Europarates 1982, des Niederländischen Gesundheitsrates 1969 [Speijer Report], des Dänischen Strafgesetzbuches 1975, der Schwedischen Sexualdelikt-Kommission 1975, der Schweizerischen Expertenkommission zur Revision des Strafgesetzbuches 1977, der Law Reform Commission of Ireland 1990, des Sonderausschusses des deutschen Bundestags für die Strafrechtsreform 1971, der Sachverständigenanhörungen von FDP- und SPD-Fraktion des deutschen Bundestags [1981 bzw. 1983] und die umfassende Untersuchung des Bundeskriminalamts Wiesbaden „Sexualität, Gewalt und die Folgen für das Opfer“, 1983; die Literatur hierzu ist Legion und kann hier nicht einmal annäherungsweise wiedergegeben werden). Die großangelegten Expertenanhörungen im deutschen Bundesrat und Bundestag in den Jahren 1992 und 1993 haben dies neuerlich bestätigt (Bundesrat, Ausschuß für Frauen und Jugend, 9. Sitzung, Bonn 4.3.1992; Bundestag, Rechtsauschuß, 93. Sitzung, 20.10.1993).

Schon längst forderten sowohl die Parlamentarische Versammlung des Europarates (Resolution 924/81, Entschließung 756/81) als auch das Europäische Parlament (wiederholt seit 1984; zuletzt „Resolution on Equal Rights of Gays and Lesbians in the EC“, 8.2.1994) einheitliche Mindestaltersgrenzen für homo- und heterosexuelle Beziehungen und nur mehr einer der 32 Mitgliedstaaten des Europarates kennt eine der unseren vergleichbare Rechtslage: Liechtenstein, das im Jahre 1988 unser StGB nahezu wortgleich übernommen hat⁽¹⁾.

Die europäische Rechtsentwicklung geht mittlerweile weit über die strafrechtliche Gleichstellung hinaus. Vier europäische Staaten haben bereits die Möglichkeit einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare eingeführt (Dänemark, Norwegen, Schweden, Grönland; darüber hinaus auch 70 Gemeinden in den Niederlanden und in Spanien 35 Städte sowie die Regionen Valencia und Asturien), in sechs Ländern schützen besondere Anti-Diskriminierungsgesetze homosexuelle Bürger vor Benachteiligungen und Hetze (Frankreich, Dänemark, Norwegen, Schweden, Irland, Niederlande) und sowohl der holländische Oberste Gerichtshof als auch das deutsche

(1) Vgl. Helmut Graupner, *Homosexualität und Strafrecht in Österreich*, Wien 1995.

Bundesverfassungsgericht und der ungarische Verfassungsgerichtshof erkannten die mangelnde soziale Absicherung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften als verfassungswidrig.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (Dudgeon 1981, Norris 1988, Modinos 1993) und der Menschenrechtsausschuß der Vereinten Nationen (Toonen 1994) werten Diskriminierung auf Grund der sexuellen Orientierung als Menschenrechtsverletzung. Das Europäische Parlament fordert die volle Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Beziehungen, einschließlich des Zugangs zur Ehe oder einem vergleichbaren Institut und der Nicht-Diskriminierung bei der Adoption und Pflegschaft von Kindern („*Resolution on Equal Rights of Gays and Lesbians in the EC*“, 8.2.1994).

In Österreich hingegen werden gleichgeschlechtlich lebende Bürger nach wie vor strafrechtlich verfolgt; vor allem nach § 209 StGB, einer Bestimmung die die meisten anderen europäischen Staaten nicht zuletzt deshalb längst beseitigt haben, weil sie das Wohl von Jugendlichen in mehrfacher Hinsicht gefährdet.

Angst & Schuldgefühle

Durch das Auftreten von Aids und den mit der Kriminalisierung intimer Beziehungen verbundenen Zwang zu Heimlichkeit und Verleugnung gefährdet sie das Leben eines beträchtlichen Teils der österreichischen Bevölkerung.

Etwa 1/3 der männlichen Bevölkerung gehen als Jugendliche homosexuelle Kontakte ein (Alfred C. Kinsey, *Das sexuelle Verhalten des Mannes*, Berlin 1970), ein großer Teil davon mit älteren Partnern (Friedrich-Naumann-Stiftung, Dokumentation § 175, Bonn 1981; Dannecker & Reiche, *Der gewöhnliche Homosexuelle*, BRD 1974). Diese Jugendlichen erleben durch die Strafdrohung gegen ihren Partner ihre Beziehungen in Angst und unter Schuldgefühlen und Zeitdruck, somit unter Umständen, die für eine wirksame Aids-Prävention äußerst ungünstig sind; die Kriminalisierung erweist sich damit als Motor der Aids-Verbreitung (siehe dazu: *Zwischen- und Endbericht der Enquete-Kommission des 11. deutschen Bundestages „Gefahren von Aids und wirksame Wege zu ihrer Eindämmung“*, Bonn 1988 u. 1990 sowie *Resolution der IX. Fachtagung sozialwissenschaftliche Sexualforschung*, 1988).

Darauf haben auch zahlreiche begutachtende Stellen, darunter das Gesundheitsministerium, das Österreichische Aids-Komitee, die Österreichischen Aids-Hilfen und die Wiener Kinder- und Jugendanwälte in ihren Stellungnahmen zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 1991 hingewiesen.

Wird homo- und bisexuellen Jugendlichen keine Möglichkeit gegeben, ihre sexuelle Orientierung in Würde zu leben, werden

sie in Milieus (wie öffentliche Parks, Bahnhöfe und Bedürfnisanstalten) abgedrängt wo sie in die Prostitution abgleiten können. § 209 fördert somit die Jugendprostitution.

Straßenleben & Prostitution

„Many of these males (gemeint sind Strichjungen, Anm.d.Verf.) said they had first been drawn to street life because, as homosexuals, they had been unable to find acceptance in any other milieu; they reported having been rejected or made to feel alienated at home and school when, in their early adolescence, they had become aware of their tendency to feel attracted to other males. Too young to frequent „gay bars“, many of these male youths had turned to the street as the only place where they believed that they could meet persons of like sexual preference, and where they could escape the hostility and derision of their families and peers.“ (*Sexual Offences Against Children, Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths appointed by The Minister of Justice and Attorney General of Canada and The Minister of National Health and Welfare, Ottawa 1984, S. 969f*)

„Ungefähr vierzig Prozent der Straßenkinder New Yorks sind männliche Jugendliche, die von ihren Eltern rausgeschmissen wurden, als diese bemerkten, daß ihre Söhne homosexuell sind. In der amerikanischen Gesellschaft gibt es für Jungen und Mädchen mit einer homosexuellen Identität weder soziale noch persönliche Entwicklungsmöglichkeiten. Dies hat oftmals zur Folge, daß homosexuelle Jugendliche neue soziale Beziehungen auf der Straße erproben. Wenn sie sich durch diese ersten sexuellen und sozialen Erfahrungen an das Straßenleben gewöhnt haben, gibt es für sie kaum mehr die Möglichkeit, in ihr Elternhaus, ihre Pflegefamilien oder Wohngruppen zurückzukehren.“ (*Trudee Able-Peterson, Victim Services Agency – Streetwork mit männlichen Prostituierten in New York, in: Bader/Lang, Stricher-Leben, Hamburg 1991*).

Die Wiener Kinder- und Jugendanwälte und der Österreichische Bundesjugendring haben in ihren Stellungnahmen zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 1991 darauf verwiesen, daß sie diese Ergebnisse auf Grund ihrer Erfahrungen in Österreich nur bestätigen können.

Kriminalisierung & Selbstmord

Die primäre Todesursache bei homo- und bisexuellen Jugendlichen ist Selbstmord. Das U.S.-Gesundheitsministerium hielt dazu fest, daß nur die Akzeptanz der sexuellen Orientierung dieser Jugendlichen und der Abbau von Diskriminierung zur Senkung der Selbstmordrate führen können. (U.S. Department of Health and Human Services, Report of the Secretary's Task Force on Youth Suicide, Washington 1989).

Einbrüche des Staates in selbstgewählte und oft von tiefer Zuneigung geprägte zwischenmenschliche Beziehungen, Einbrüche, die überdies mit den schärfsten und ungelentksten Waffen des Staates operieren, sind nicht dazu angetan, das Selbstwertgefühl von Jugendlichen zu stärken und steigern die Gefahr des Jugendselfmords (ebenso die Stellungnahmen der Wiener Kinder- und Jugendanwälte und des Österreichischen Bundesjugendrings zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 1991).

Immer wieder werden junge Männer zwischen 19 und 25 Jahren wegen Verstößen gegen § 209 und Jugendliche – weil sie nicht gegen ihren Freund aussagen wollen – wegen falscher Beweisaussage und versuchter Begünstigung verurteilt (das Rechtskomitee Lambda kann einschlägige Fälle dokumentieren).

Darüberhinaus steht die Ablehnung der sexuellen und affektionalen Selbstbestimmung 14-18jähriger Männer in Widerspruch zu den Rechten und Pflichten, die die österreichische Rechtsordnung Jugendlichen auf anderen Gebieten zuerkennt (ab 14: freie Wahl des Religionsbekenntnisses, Testierfähigkeit, Strafmündigkeit, Deliktisfähigkeit, volle Geschäftsfähigkeit bei Abschluß von Dienstverträgen, weitgehende Geschäftsfähigkeit in allen anderen Bereichen, Eintritt ins Berufsleben; ab 17: Wehrpflicht).

Beispiel Vatikan

Es ist im Interesse der Jugendlichen geboten, die diskriminierende Altersgrenze für homosexuelle Beziehungen ersatzlos zu streichen. Eine Maßnahme, die Spanien 1822, Italien 1889, Portugal 1856 und die Türkei 1852 setzten. Selbst der Vatikan kennt seit seiner Gründung im Jahre 1929 keine Sondergesetze gegen Homosexuelle und legt für homo- und heterosexuelle Beziehungen ein einheitliches Mindestalter von 12 Jahren fest.

Auch für Österreich wäre es an der Schwelle zum dritten Jahrtausend hoch an der Zeit, mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ernst zu machen, den Entwurf des k.k. Justizministeriums aus 1867 zu verwirklichen, und einvernehmliche intime Beziehungen von mündigen (d.h. über 14jährigen) Staatsbürgern nicht mehr zu kriminalisieren.

Mag. Helmut Graupner ist Jurist und Präsident des Rechtskomitee Lambda, 2. Vorsitzender der Österreichischen Gesellschaft für Sexualforschung und Sprecher der „Plattform gegen § 209“.

Nähere Informationen zur Rechtsreform und Kontakt für Personen, die gegen diese Rechtslage arbeiten wollen, bietet die Plattform gegen § 209, c/o Rechtskomitee LAMBDA, Linke Wienzeile 102, 1060 Wien, Tel.: 876 30 61.

Dämonisches zum diabolischen Blick

Martin Berger

Der deutsche Privatfernsehsender RTL ist weitgehend bekannt. Vor etwa einem Jahr wurde dort, an einem Wochenende, spät abends, nicht einer von den sonst für diesen Senderplatz vorgesehenen drittklassigen „Erotik“-Filmen ausgestrahlt, sondern – man höre und staune – eine Sendung über den Soziologen Niklas Luhmann.

Ich stelle hier die Frage beiseite, ob es sich bei dieser Sendung um ein funktionales Äquivalent für das sonst übliche Programm handeln könnte. Befragt, wieviel er in seinem Leben bisher publiziert habe, sprach Luhmann von ca. 5000 Seiten. Schon dieser doch ziemlich gewaltige Umfang seines bisher veröffentlichten Werks stellt uns LeserInnen vor nicht eben geringe Probleme, ganz abgesehen von den inhaltlichen Schwierigkeiten. Unterhaltungen über Luhmann, etwa in einem Seminar oder auf Tagungen, erzeugen oft Ratlosigkeit – Luhmann selbst würde sagen: Irritationen.

Die große Textmenge kann Kommunikation auch schlichtweg stören. Ich hatte etwa vor einem Jahr den Auftrag bekommen, wegen einer bestimmten Sache in Bielefeld anzurufen. Ihn zu erreichen war viel einfacher, als ich mir zunächst gedacht hatte. Nach wenigen Versuchen schon wurde ich verbunden, ein „Luhmann“ meldete sich und erkundigte sich freundlich nach meinem Begehren. In diesem Augenblick war es

mit mir vorbei: Statt zu antworten, fiel mir nur eines ein: drei Laufmeter Bücher, alle von einem Herrn Luhmann verfaßt. Damit schien die Unterhaltung gelaufen. Ich war durch die Vorstellung, mit diesem berühmten Mann über ihn selbst zu sprechen, derart blockiert, daß mein Gesprächsbeitrag sich in sinnlosem Gestammel erging. Hätte nicht Luhmann selbst, solche Blockaden offensichtlich gewöhnt, die Situation gerettet, ich hätte schlichtweg aufliegen müssen. Diagnose: Reflexionsstau.

Eigentlich hätte ich Ihnen gern berichtet, daß ich mich von diesem Reflexionsstau, was so eine Art lebensweltliche Paradoxie ist, mittlerweile wieder erholt habe. Das war aber nur eine zwischenzeitliche Besserung. Die Vorbereitung dieser Ausführungen hat mir wiederholt vor Augen geführt, daß Luhmann nicht nur schwierig zu lesen ist, sondern daß im Detail der Teufel steckt. Ich hoffe, meinen Gedankengang dennoch halbwegs durchsichtbar gekriegt zu haben. Wenn Sie den Teufel irgendwo sitzen sehen – und Sie werden ihn notwendigerweise zu Gesicht bekommen – erschrecken Sie nicht. Es handelt sich – und ich werde das zeigen – bloß um einen Artgenossen.

Als erstes geht es um Luhmanns Theorie der Beobachtung. Resultat wird hier sein, daß jede Beobachtung ein widersprüchliches, paradoxes Verfahren ist. Daß dem wirklich so ist, werde ich in einem zweiten Teil an der historischen Figur des Teufels zeigen, der Gott beobachtet. In einem dritten Teil werde ich versuchen aufzuzeigen, wo in Luhmanns Theorie sozialer Systeme die Paradoxie sitzt, die wir zuerst beobachtungstheoretisch ausgemacht haben. Jedes soziale System hat nämlich ein Fundierungsparadox. Wie das Rechtssystem mit seiner eigenen Paradoxie umgeht, wird Thema des vierten Teils sein. Hier werde ich die Theoreme der Rechtsgeltung und der Gerechtigkeit in aller Kürze – und den beschränkten Möglichkeiten, die mir als rechtstheoretischem Laien zur Verfügung stehen – behandeln.

1. Die Paradoxie des Beobachtens

(1) Luhmanns großes Anliegen ist es, eine Beschreibung der modernen Gesellschaft zu liefern, die der Komplexität gerecht wird, in der sie sich uns darstellt. Daß wir mit einer solchen Komplexität konfrontiert sind, wird kaum jemand leugnen wollen. Es gibt heute niemanden mehr, der von sich behaupten könnte, die ganze Welt zu überblicken. Vielmehr leben wir zunehmend in einer Welt von ExpertInnen, die für verschiedene Funktionsbereiche zuständig sind: WirtschaftlerInnen, JuristInnen, PolitikerInnen, LehrerInnen, und manchmal auch TheologInnen können befragt werden – oder auch nicht. Luhmann will also diese komplexe Gesellschaft theoretisch erfassen. Seine diesbezügliche Hauptthese lautet, daß die „traditionale(n) Semantiken“⁽²⁾, also die Art und Weise, wie die Gesellschaft bisher beschrieben worden ist, dazu nicht ausreichen. Das Gedankeninventar von Denkern wie Kant, Husserl oder Habermas, um nur einige wenige neuere Namen zu nennen, sei zu strukturmäßig, um den gesellschaftstheoretischen Anforderungen gerecht werden zu können, die uns gestellt sind. Es sei deshalb „die Entwicklung neuer Beschreibungsformen“⁽³⁾ notwendig.

Mit dieser Behauptung sind allerlei Schwierigkeiten verbunden, die wir hier aber nicht diskutieren können. Wir gestehen Luhmann diese seine These deshalb zu und versuchen, seiner Beschreibung von Gesellschaft ansatzweise zu folgen. Dabei geht es zunächst darum zu verstehen, wie überhaupt „Beschreiben“ funktioniert. Was tut jemand, der beschreibt? Luhmanns Antwort lautet: Er beobachtet.

(2) Beobachtung wird von Luhmann definiert als „Operation des Unterscheidens und Bezeichnens“⁽⁴⁾. Was ist damit gesagt? Zunächst einmal, daß jeder, der beobachtet, etwas tut, etwas vollzieht. Vollzogen wird eine Unterscheidung. Und was unterschieden wird, wird bezeichnet.

Am Anfang steht demnach, kurz gesagt, eine Differenz. Das können wir uns rasch verdeutlichen. Stellen wir uns jemanden vor, der einen Baum beobachtet. Sie werden zustimmen, daß dieser Mensch dabei den Baum von allem anderen, das er gleichzeitig ja auch beobachten könnte, unterscheiden muß. Baum/nicht-Baum lautet hier also die Primärunterscheidung. Damit ist ein „Ding“⁽⁵⁾ identifiziert, man kann auch sagen: ein „monovalentes Objekt“⁽⁶⁾. Diese monovalente Objekt wird als „Baum“ bezeichnet. Nun wissen wir alle, daß Beobachten als solches ganz automatisch geschieht. Wir ma-

(1) Vortrag, gehalten auf Einladung der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, Sektion Österreich, am 24.1.1995 in Wien. Für konstruktive Diskussion und Kritik danke ich herzlich Alexander Somek und Ludwig Roithinger, ebenso wie Falk Wag-

ner, Matthias Geist, Cornelia Richter, Veit Georg Schmidt und Ingrid Tschank.

(2) N. Luhmann: Vorwort. In: *Ders.: Soziologische Aufklärung 5*. Opladen² 1993, 11.

(3) *Ebd.*

(4) N. Luhmann: *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt 1992, 73.

(5) N. Luhmann: *Identität – was oder wie?* In: *Soziologische Aufklärung 5*, 14-30, hier 23.

(6) *So die Luhmann-Schülerin E. Esposito: Paradoxie-*

chen uns gewöhnlich nicht bewußt, was wir tun, wenn wir beobachten. Wir operieren einfach und wissen dann: „Baum“. Daß wir dabei unterscheiden, wird uns im Normalfall gar nicht bewußt. Und wenn es uns bewußt würde? Es ist leicht einzusehen, daß sich dann unser Wissensinhalt änderte: Nicht mehr „Baum“ wäre das Thema, sondern unsere Unterscheidung „Baum/nicht-Baum“. Das ist eine wichtige Spur, die wir gleich weiter verfolgen werden.

Für's erste ist jedenfalls festzuhalten: Es gibt einfache Beobachtungen, die ohne Bewußtsein einfach vollzogen werden. Eine solche einfache Beobachtung wollen wir eine zweiwertige, eine „bivalente Operation“⁽⁷⁾ nennen, weil sie ein Etwas von allem Anderen unterscheidet. Um es genau zu sagen: Eine bivalente Operation unterscheidet ein monovalentes Objekt von allem anderen. Weil es sich dabei um die einfachste Art von Unterscheidung handelt, kann man auch von einer „Beobachtung erster Ordnung“⁽⁸⁾ sprechen. Weil diese einfache Operation ohne Bewußtsein geschieht, kann man auch sagen, sie geschieht „blind“⁽⁹⁾. Das meiste, was wir alle tagtäglich tun, sind solche blindlings vollzogenen Unterscheidungen. Wer nach dem Straßenbahnfahrchein greift, unterscheidet ihn nicht bewußt⁽¹⁰⁾, von allem anderen, sondern greift einfach in die linke Manteltasche.

(3) Es gibt aber auch, das ist schon angeklungen, kompliziertere Fälle von Beobachtung. Nehmen wir das eben angedeutete Beispiel aus der Straßenbahn und malen wir uns die Szene noch ein wenig genauer aus. Angenommen, Sie finden ihren Fahrchein in der linken Manteltasche nicht. Sie fördern zwar allerhand zutage, Rechnungen, Taschentücher, ein wenig Kleingeld. Aber keinen Fahrchein. Wenn Ihnen das zu Bewußtsein kommt, haben Sie schon eine ziemlich komplexe Operation, bzw. eine ganze Sequenz von Operationen vollzogen. Denn Sie haben zuerst jeden Gegenstand eigens als monovalentes Objekt identifiziert, also ihn von allem anderen unterschieden. Und sie haben ihn gleichzeitig der Unterscheidung Fahrchein/nicht-Fahrchein unterworfen.

Versetzen wir uns nun in Situation des Kontrollors, der vor ihnen steht und schon ungeduldig und dienstefrig sich die Hände reibt. Was sieht dieser Kontrollor? Er sieht sie nach ihrem Fahrchein suchen, sieht sie – was er sich aber im Normalfall nicht bewußt macht – Objekte nach dem Dual Fahrchein/nicht-Fahrchein unterscheiden. Der

Kontrollor beobachtet also auch ein Objekt. Es ist aber zu sehen, daß dieses von ihm beobachtete Objekt nicht mehr ein Ding ist, sondern eine Unterscheidung. Der Kontrollor beobachtet also nicht ein monovalentes, sondern ein bivalentes Objekt⁽¹¹⁾. Er unterscheidet die Unterscheidung Fahrchein/nicht-Fahrchein von allem anderen.

Eine solche kompliziertere Art von Beobachtung nennen wir mit Luhmann „Beobachtung zweiter Ordnung“⁽¹²⁾. Der Kontrollor beobachtet, wie Sie Gegenstände anhand der Unterscheidung Fahrchein/nicht-Fahrchein beobachtet haben.

An dieser Stelle ist aber noch etwas zu bedenken. Das wird deutlich, wenn wir fragen, was der Kontrollor in Wirklichkeit tut. Er hat Sie beobachtet beim Suchen. Aber er hat es nicht einfach so getan. Er hat dabei eine ganz spezifische Unterscheidung gebraucht: sagen wir die Unterscheidung Strafe/nicht-Strafe. Der Kontrollor hat also die Unterscheidung Fahrchein/nicht-Fahrchein mit der Unterscheidung Strafe/nicht-Strafe beobachtet. Und er hat seine Unterscheidung mit ihrer zur Deckung gebracht: Finden Sie einen Fahrchein, setzt es keine Strafe, finden Sie keinen Fahrchein, werden sie abgestraft.

Wie verhalten sich nun Beobachtung erster und zweiter Ordnung zueinander? Eines haben beide gemeinsam: Sie sind zweiwertige Operationen, unterscheiden also immer ein Etwas von einem Anderen. Insofern ist also eine Beobachtung zweiter Ordnung immer auch eine Beobachtung erster Ordnung. Die Unterscheidung Strafe/nicht-Strafe ist strukturell analog zur Unterscheidung Fahrchein/nicht-Fahrchein. Zu unterscheiden sind beide nicht darin, daß sie operieren, sondern darin, daß sie gleichsam ein anderes „Objekt“ haben. Während die Beobachtung erster Ordnung ein monovalentes Objekt von allem anderen unterscheidet, unterscheidet eine Beobachtung zweiter Ordnung ein bivalentes Objekt von allem anderen.

In unserem Straßenbahnbeispiel gab es dabei keine Probleme. Die beiden Werte Ihrer eigenen Unterscheidung und der des Kontrollors waren problemlos zur Deckung zu bringen. Aber es können mit Beobachtungen zweiter Ordnung beträchtliche Schwierigkeiten verbunden sein. Um uns diese Schwierigkeiten vor Augen zu führen, müssen wir allerdings zunächst einmal von dem doch recht anschaulichen Beispiel absehen und uns auf eine relativ unanschauliche Abstraktionsebene begeben. Ich entschuldige

mich schon jetzt dafür, wenn die Terminologie an dieser Stelle esoterisch anmutet. Im nächsten Gedankenschritt werde ich, anhand der Geschichte von Gott und Teufel, versuchen, das Abstrakte zu verdeutlichen.

(4) Es geht im folgenden um das grundsätzliche Problem der Selbstreferenz, das bei jeder Beobachtung zweiter Ordnung mitläuft. Jede Unterscheidung, die eine Unterscheidung zum Inhalt hat, bezieht sich dadurch ja auf sich selbst. Eine Beobachtung zweiter Ordnung ist, das haben wir schon gesehen, „dadurch gekennzeichnet, daß sie eine Unterscheidung, also eine Bivalenz, zum Objekt hat“⁽¹³⁾. Da diese Unterscheidung aber selbst bivalent verfährt, ergibt sich folgende Situation: Eine zweiwertige Unterscheidung soll benutzt werden, um eine zweiwertige Unterscheidung von allem anderen unterscheiden und bezeichnen zu können. Zwei Werte sollen also ausreichen können, um im Grunde drei Werte zu bezeichnen. Man müßte also „mit einem einzigen Wert eine Bivalenz bezeichnen“ können⁽¹⁴⁾. Ein Wert soll ausreichen, um zwei Werte zu bezeichnen.

Daraus ergibt sich ganz deutlich eine „Situation der Unentscheidbarkeit“⁽¹⁵⁾. Denn der Beobachter müßte zwei verschiedene Negationen zugleich ausführen können. Er müßte die eine Seite einer Differenz von der anderen unterscheiden, und er müßte beide vom „Rest“⁽¹⁶⁾ unterscheiden können. Seine Unterscheidung der Unterscheidung kann also nicht eindeutig sein. Oder, mit Luhmann gesagt: „Beobachten ist also eine paradoxe Operation. Sie aktualisiert eine Zweiheit als Einheit, in einem Zuge sozusagen.“⁽¹⁷⁾ Wenn das nun im strengen Sinn der Fall wäre, wäre das aber das Ende jeder Art von Beobachtung. Denn wer in Paradoxien gerät, kann nicht mehr beobachten. Er oszilliert zwischen zwei Möglichkeiten, ohne sich für eine der beiden entscheiden zu können. Aus diesem Grund, weil ich zwischen Luhmann als Gesprächspartner und als Autor schwankte, hat es mit auch die Sprache verschlagen am Telefon.⁽¹⁸⁾

Das Frappierende ist nun aber, daß Beobachtungen empirisch funktionieren, ohne daß sich solche Blockierungen allzu häufig bemerkbar machen. In den seltensten Fällen haben wir einen Reflexionsstau, der uns am Beobachten hindern würde. Luhmann stellt dementsprechend trocken fest: „Wenn man Beobachten beobachtet, erscheint mithin alles Beobachten, auch das im Alltagsleben der Gesellschaft, als paradox konstituiert.“

en als Unterscheidungen von Unterscheidungen. In: H.U. Gumbrecht/L. Pfeiffer (Hg.): *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche. Situationen offener Epistemologie*; Frankfurt 1991, 35-57, hier 44.

(7) Esposito, aaO., 44.

(8) Z.B. Luhmann, *Wissenschaft*, 86 u.ö. Strukturell klarer auch hier Esposito, aaO., 45.

(9) Esposito, aaO., 40.

(10) Esposito, aaO., 42, schreibt „unbewußt“.

(11) Esposito, aaO., 45. Mit Luhmann, *Identität*, aaO., 23, könnte man auch von einem „Begriff“ sprechen.

(12) Luhmann, *Wissenschaft*, 86 u.ö. Esposito, aaO., 45.

(13) Esposito, aaO., 45.

(14) Esposito, aaO., 46.

(15) Esposito, aaO., 37.48.

(16) Esposito, aaO., 47.

(17) Luhmann, *Wissenschaft*, 95.

(18) Man kann sich das auch am berühmten Paradox des Lügners klarmachen: Ein Kreter sagt, daß alle Kreter lügen. Dieser Mensch sagt genau dann die Wahrheit, wenn er lügt, und er lügt, wenn er die Wahrheit sagt. – Wer dieses Problem noch nicht oft durchdacht hat, wird eine Weile hin und her pendeln zwischen beiden Möglichkeiten der Interpretation. Wer es schon kennt, weiß um das Oszillieren und wendet sich anderen Tätigkeiten zu.

Beobachten ist natürlich trotzdem möglich⁽¹⁹⁾. Die Frage, die sich hier gleichsam von selbst aufwirft, ist: Wie? Wie schafft es der Beobachter, sein „Fundierungsparadox“⁽²⁰⁾ loszuwerden, es unsichtbar zu machen?⁽²¹⁾ Um eine Antwort auf diese Frage zu erhalten, gehe ich zum nächsten Punkt über, der Auseinandersetzung mit dem Teufel.

2. Der Teufel und die Theologen

Es geht an dieser Stelle um eine historische Vergegenwärtigung der Theorie der Beobachtung. Nach Luhmann stammt der moderne Beobachter nämlich „aus dem Hause Teufel“⁽²²⁾. Seine These lautet also, daß die Figur des Teufels als ein Prototyp des Beobachters zweiter Ordnung dienen kann. Daß diese Lösung nur für die vormoderne, hierarchisch gegliederte Gesellschaft gilt und heute nicht mehr überzeugen kann, muß nicht eigens erwähnt werden.⁽²³⁾ Ich übergehe an dieser Stelle auch die mythologischen Stoffe, an denen Luhmann seine Interpretation des Teufels entwickelt und zu bewähren sucht.

(1) Der Teufel ist zunächst eine Art „Zwischenbeobachter“⁽²⁴⁾, den die Theologen erfunden haben, um ihre eigene Paradoxie zum Verschwinden zu bringen. Diese Erfindung war aus folgendem Grund notwendig: Gott ist von ihnen „als eine nicht überbietbare Vollkommenheit“⁽²⁵⁾ gefaßt worden. Er sei zunächst die allumfassende Einheit der Welt, die er selbst repräsentiert. Gott als die Einheit der Welt zu fassen, ist aber selbst eine paradoxe Operation. Dies wird deutlich, wenn wir uns an die eingangs getroffenen Bestimmungen zurückerinnern: Beobachten heißt unterscheiden und bezeichnen. Wenn Gott als die Einheit bezeichnet wird, muß er unterschieden werden. Eine Unterscheidung aber bedeutet, daß zwischen dem Beobachteten und dem Beobachter eine Grenze gezogen wird und der Beobachter sich vom Beobachteten unterscheidet, unterscheiden muß. Wenn er sich aber von der Einheit unterscheiden muß, landet er in einer Paradoxie: Entweder es gibt keine Einheit, oder er bezeichnet sie nicht.

Die Theologie, die Gott als das Eine bezeichnet hat, wäre so geradewegs in der Paradoxie gelandet, diese Identifizierung so gar nicht vornehmen zu können. Diese Konsequenz umgeht sie aber geschickt, indem sie Vorkehrungen trifft, sie zu vermeiden. Sie erfindet den Teufel als Beobachter Gottes. Der Teufel fliegt aus dem himmlischen Hofstaat, weil er sich durch seine Beobachtung Gottes selbst ausschließt. Dabei beläßt es die Theologie aber nicht. Sie trifft noch

weitere Unterscheidungen: Nachdem sie Gott als das All-Eine gefaßt hat, bestimmt sie ihn auch noch als das Gute. Sie codiert ihn mit anderen Worten moralisch. Der Teufel wird damit automatisch zum Bösen, da er sich selbst in seiner Beobachtung des Guten momentan von diesem ausschließen muß. (Die Bestimmung Gottes ist schließlich noch weiter getrieben worden: Gott ist die Wahrheit – der Teufel wird zum Lügner; Gott ist das Schöne – der Teufel wird zum Ausbund an Häßlichkeit. Aber diese Bestimmungen sind sekundär.)

Entscheidend dürfte in der Tat die „moralische() Zweitcodierung“⁽²⁶⁾ Gottes sein.

Mit der Beobachtung der Einheit Gottes liegt eine „strukturelle Paradoxie“⁽²⁷⁾ vor. Der Beobachter muß sich notwendig ausschließen, um sich als eingeschlossen zu wissen. Er muß sich von Gott unterscheiden, um Gott als das All-Eine wissen zu können. Diese Paradoxie wird nach Luhmann durch das Moralschema von gut und böse handhabbar gemacht. Denn nicht jede Beobachtung Gottes sei böse, sondern nur die, die aus „Stolz“ und/oder „Rebellion“⁽²⁸⁾ geschehe. Und so sei der Teufel verstanden worden: als der Rebell gegen die Herrschaft Gottes, der zu stolz ist, sich die Beobachtung Gottes verbieten zu lassen.

Es „entsteht also mit dem Versuch zur Auflösung der Paradoxie die Unterscheidung von gut und böse, die sich dann durch Religion programmieren läßt“⁽²⁹⁾. Die Theologie reguliert ihre eigene Paradoxie, indem sie eine Zusatzunterscheidung – diejenige von gut und böse einführt. Die Paradoxie wird so in Verhaltensregeln für den Menschen umgemünzt. Wie soll der Mensch Gott beobachten, damit er nicht dem Schicksal des Teufels verfällt, lautet demnach die Leitfrage der vormodernen Theologie.

(2) Wenn ich in diesem Zusammenhang „vormodern“ sage, ist damit schon angedeutet, daß die Beschreibung des Teufels und seiner Beobachtung Gottes Künstlichkeiten aufweist, die zwar wohl irgendwie einleuchten, aber nicht wirklich schlüssig scheinen. So ist etwa nur schwer begreiflich, was die Theologen in Wirklichkeit vom Teufel unterscheiden – bezogen auf ihre Beobachtung Gottes meine ich. Was trägt die Zusatzunterscheidung von gut und böse in Wirklichkeit aus? Diese Frage kann Luhmann allerdings beantworten: Durch diese Strategie wird der Blick von der Fundierungsparadoxie abgelenkt und die Aufmerksamkeit auf das Verhalten des Menschen fokussiert. Es geht einfach nicht mehr länger um das Paradox der Beobachtung Gottes, sondern es geht jetzt nur mehr darum, dem Willen der Herr-

schaft Gottes im Alltagsleben zu entsprechen. Von der Paradoxie wird einfach abgelenkt.

„In der modernen Gesellschaft“, so schließt Luhmann dann allerdings trotzdem, „kann diese Lösung mitsamt ihrer mythologischen Derivate nicht mehr überzeugen. Die Vollentdeckung des Erdballs und die Beschreibung durch die modernen Wissenschaften lassen keinen Platz für die Hölle“⁽³⁰⁾. Auch wenn die traditionellen Antworten fraglich sind: das mit dem Teufel gegebene grundsätzliche Problem ist damit nicht obsolet geworden, es stellt sich, unter den spezifischen Bedingungen der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft neu. Ich zitiere noch einmal Luhmann: „Man kann ... radikaler fragen: Was beobachtet ein Beobachter der die Einheit, an der er selber teilnimmt, zu beobachten versucht?“⁽³¹⁾

Ich werde versuchen, diese Frage ansatzweise zu beantworten. Da dies mit den abstrakten Mitteln einer Theorie der Beobachtung nicht möglich sein dürfte, wechsle ich dazu die Grundunterscheidung und gehe über zu Luhmanns Systemtheorie, und hier zu einem Gebiet, das die meisten von ihnen auch aus der Perspektive des Vollzugs kennen: dem Rechtssystem. Die Leitfrage wird lauten: Wie läßt sich im Rechtssystem die Einheit des Rechtssystems sicherstellen? Und läßt sie sich überhaupt beschreiben?

3. Die binäre Codierung sozialer Systeme

(1) Um diese Fragen beantworten zu können, sind zunächst einige grundsätzliche Hinweise zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme vonnöten. Ich habe zu Beginn meiner Ausführungen schon angedeutet, daß Luhmann neue Wege zur Beschreibung der Komplexität der modernen Gesellschaft sucht. Um sich nicht von vornherein in den traditionellen Begriffsbestimmungen v.a. philosophischer Herkunft zu verhaken, setzt er zu Beginn seines systemtheoretischen Hauptwerks mit der lapidaren, aber folgenreichen These ein: „Die folgenden Überlegungen gehen davon aus, daß es Systeme gibt.“⁽³²⁾

Lassen Sie mich einige grundlegende Informationen zum Systembegriff geben! Es gibt also Systeme. Luhmann bestimmt Systeme genauer dadurch, daß sie immer nur mit ihrer Selbsterhaltung beschäftigt sind: Systeme bringen immer wieder nur sich selbst hervor und perpetuieren sich auf diese Weise. Man kann sich das leicht an den drei Arten von Systemen, die Luhmann unter-

(19) Luhmann, *Wissenschaft*, 95.

(20) N. Luhmann: *Sthenographie und Euryalistik*. In: Gumbrecht/Pfeiffer, *aaO.*, 58-82, hier 71.

(21) Luhmann, *Wissenschaft*, 95: „Die Was-Fragen verwandeln sich in Wie-Fragen.“

(22) Luhmann, *Wissenschaft*, 118.

(23) *AaO.*, 121.

(24) Luhmann, *Sthenographie*, 71.

(25) Luhmann, *Wissenschaft*, *aaO.*, 118.

(26) N. Luhmann: *Die Ausdifferenzierung der Religion*. In: *Ders.: Gesellschaftsstruktur und Semantik 3*. Frankfurt 1993, 298.

(27) *AaO.*, 291.

(28) Beide: Luhmann, *Sthenographie*, 63.

(29) *AaO.*, 68.

(30) Luhmann, *Wissenschaft*, 121.

(31) Luhmann, *Sthenographie*, 69.

(32) N. Luhmann: *Soziale Systeme. Grundriß einer all-*

scheidet, verdeutlichen: Lebende Systeme – man denke, etwas makaber zwar aber einleuchtend, an Krebszellen – reproduzieren immer nur sich selbst (und in diesem Fall außergewöhnlich schnell). Psychische Systeme reproduzieren Gedanken. Gedanken bringen Gedanken hervor, und zwar nur Gedanken. Alles andere wird aus der Systemreproduktion psychischer Systeme ausgeklammert. Die dritte Art von System sind soziale Systeme. Luhmann faßt sie als Kommunikationssysteme. Soziale Systeme kommunizieren, und sie bringen immer nur Kommunikation hervor. Alles, was nicht Kommunikation ist, wird, so kann Luhmann sagen, in die Umwelt des Systems verwiesen. Es kann zwar thematisiert werden, aber eben nur als Kommunikationsinhalt.

Luhmann kann seine These also ausweiten: „Es gibt selbstreferentielle Systeme.“⁽³³⁾ Selbstreferentielle Systeme sind immer nur auf sich selbst bezogen oder, wie man dann präziser formulieren kann, operativ geschlossen.⁽³⁴⁾ Dies gilt sowohl für lebende als auch für psychische als auch für soziale Systeme. Da uns das Recht der Gesellschaft interessiert, schränke ich die Aufmerksamkeit im folgenden aber auf soziale Kommunikationssysteme ein und lasse ab jetzt lebende und psychische Systeme beiseite. Es geht jetzt also um das umfassende System der Gesellschaft, in dem es soziale Subsysteme wie etwa Recht, Politik, Religion, Erziehung, Wirtschaft usw. gibt.

Wie funktioniert nun in der Gesellschaft diese Selbstreproduktion der sozialen Systeme auf der Basis operativer Geschlossenheit? Die Antwort auf diese Frage läßt uns an das im ersten Teil über Beobachtung Gesagte anknüpfen. Luhmanns These lautet nämlich, daß jedes gesellschaftliche Subsystem aufgrund einer bestimmten Unterscheidung operiert, die für es selbst typisch ist und sonst nirgendwo verwendet wird. Ein soziales System beobachtet also Sachverhalte in seiner Umwelt anhand eines für es typischen Unterscheidung.

Im Rechtssystem ist das zum Beispiel die Unterscheidung Recht/Unrecht, im Wirtschaftssystem die Unterscheidung Zahlen/Nicht-Zahlen, in der Politik die Unterscheidung Regierung/Opposition usw. Sie sehen, daß jede dieser Unterscheidungen aus zwei Werten, einem positiven und einem negativen, besteht. Luhmann nennt sie darum „binäre Schematismen“ oder „binäre Codierungen“⁽³⁵⁾. Jede binäre Codierung ist dabei universal, das heißt sie erfaßt alle Fälle, die in das jeweilige System fallen.

Lassen wir es einmal dabei: Soziale Systeme reproduzieren sich mittels binärer Codierung von Kommunikationen. Wenn wir

nun genau hinschauen, sehen wir, daß damit eine Beobachtung zweiter Ordnung vorliegt. Verdeutlichen wir uns das an einem einfachen Beispiel! Jemand stiehlt ein Fahrrad. Er unterscheidet also das Fahrrad von allem anderen, was einer Beobachtung erster Ordnung gleichkommt. Sie als Jurist/in beobachten diesen Menschen und fragen, ob er Recht hat oder Unrecht begeht. Sie beobachten seine binäre Unterscheidung Fahrrad/nicht-Fahrrad mit ihrer binären Unterscheidung Recht/Unrecht. Hier ergibt sich kein Problem, weil die Werte sich leicht auf einen Nenner bringen lassen: Nicht-Fahrrad ist Recht, Fahrrad ist Unrecht. Es ergibt sich also keine unmittelbare Paradoxie in dem Sinn, wie wir sie etwas früher schon andiskutiert haben.

Man kann sich aber leicht einen Fall vorstellen, bei dem sich eine deutliche Paradoxie ergibt. Stellen sie sich vor, jemand wendet die Unterscheidung Recht/Unrecht an, operiert also im Rechtssystem. Sie beobachten ihn wieder – und tun das ebenfalls mit der Unterscheidung Recht/Unrecht. Hier liegt uns nun ein analoger Fall vor zu den abstrakten Überlegungen, die wir vorhin anhand der Selbstanwendung einer Unterscheidung angestellt haben. Mit zwei Werten sollen drei Werte unterschieden werden. Das scheint nicht möglich. Es ist aber notwendig. Wenn nämlich der Code Recht/Unrecht universal sein, also alle rechtliche Kommunikation der Gesellschaft bestimmen soll, muß er auch sich selber bestimmen können. Sonst wäre er nicht universal.

Lassen sie mich ein Beispiel geben: Nehmen wir das Recht in der nationalsozialistischen Gesellschaft. Auch dort ist nach der Unterscheidung Recht/Unrecht operiert worden. Wir fragen nun, ob diese Unterscheidung selber Recht oder Unrecht war – und sehen uns mit der dilemmatischen Situation der letzten fünfzig Jahre konfrontiert, die genau diese Frage zu diskutieren hatte. Intuitiv oder reflektiert – wir wissen mittlerweile, wie diese Frage zu beantworten ist. Wir wissen es aber nur, weil wir immer schon von Zusatzunterscheidungen Gebrauch machen, die die Paradoxie der Selbstanwendung des binären Codes auf sich selbst auflösen und handhabbar machen.

Welche Zusatzunterscheidungen das sind – darauf möchte ich im letzten Abschnitt gern eingehen. Thema ist, wie das Rechtssystem mit seiner eigenen spezifischen Universalität umgeht. Oder als Frage formuliert: Wie stellt es seine eigene Einheit fest und wie löst es die Paradoxie auf, die mit dieser Feststellung verbunden ist?

4. Die Einheit des Rechtssystems

So weit ich sehe, geschieht diese Eigenidentifizierung des Rechtssystems auf dreierlei Art und Weise, wobei jeweils verschiedene Aspekte seiner Selbstreproduktion betont werden: Es sind dies zum einen die Symbole der Rechtsgeltung und der Gerechtigkeit, und zum anderen ist es die Selbstbeschreibung des Rechtssystems als Text. Die letzte Art der Entparadoxierung nenne ich nur, auf sie kann ich aus Zeitgründen nicht eingehen.⁽³⁶⁾ Ich untersuche noch in aller Kürze, wie die beiden anderen Symbole die paradoxe Einheit des Rechtssystems asymmetrisieren und die Fundierungsparadoxie zum Verschwinden bringen.

(1) Wir haben festgestellt, daß diejenigen Operationen im Rechtssystem stattfinden, die mit der Unterscheidung Recht/Unrecht operieren. Das geschieht natürlich nur jeweils von Moment zu Moment. Die Frage ist nun, wie man in diesen bloß momentanen Unterscheidungen, die mal hier, mal dort stattfinden, Kontinuität so feststellt, daß sich von einem Rechtssystem sprechen läßt. Um diese Kontinuität, man kann auch sagen, „die Einheit des Systems im Wechsel seiner Operationen“⁽³⁷⁾ zu gewährleisten, führt Luhmann das traditionelle Theorem der „Rechtsgeltung“⁽³⁸⁾ ein. Seine These lautet: Geltung symbolisiert die Akzeptanz der rechtlichen Kommunikation und dient insofern der Selbstreproduktion des Systems. Die Unterscheidung Recht/Unrecht bezieht sich immer auf geltendes Recht.

Damit wird auch die Paradoxie der Selbstidentifikation des Rechtssystems bearbeitet. Die Unterscheidung Recht/Unrecht wird durch die Unterscheidung Geltung/nicht-Geltung beobachtet. Recht ist, was gilt, Unrecht ist kein Recht, gilt also nicht. „Alles Recht ist geltendes Recht. Nicht geltendes Recht ist kein Recht.“⁽³⁹⁾

Was geschieht aber hier? Offensichtlich wird die Unterscheidung Recht/Unrecht durch eine andere Unterscheidung Geltung/nicht-Geltung respezifiziert. Oder noch anders: „Wir verlagern das Problem [der Paradoxieauflösung, MB] ... auf die operative Ebene und sehen im Symbol der Rechtsgeltung nur den Vollzug des Übergangs von einem Rechtszustand in einen anderen“⁽⁴⁰⁾.

Das bedeutet aber, daß die Paradoxie der Selbstidentifikation des Rechtssystems hier zwar operational asymmetrisiert wird, nämlich dadurch, daß Zeit ins Spiel kommt. Was gilt, kann sich ändern. Das gilt aber nur auf der operationalen Ebene einer Beobachtung erster Ordnung. „Auf der Ebene einer Beob-

gemeinen Theorie; Frankfurt 1991, 30.

(33) Luhmann, Systeme, 31.

(34) Luhmann, Wissenschaft, 28ff u.ö.

(35) So etwa N. Luhmann: Directions directrices. Über Codierung von Semantiken und Systemen; in: Ders.: Soziologische Aufklärung 4. Opladen 1987, 13-31.

(36) Vgl. dazu N. Luhmann: Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt 1993, 496-550. Luhmann versucht hier, die Tatsache, daß es extrem divergierende Selbstbeschreibungen des Rechts gibt, dadurch zu erklären, daß verschiedene Grundunterscheidungen gewählt werden, die darüber hinaus an zeitbedingten Semantiken kleben

(so aaO., 547). Dies reflektiert systemintern die Situation der „polykontexturalen Gesellschaft“ (G. Günther).

(37) Luhmann, Recht, aaO., 98.

(38) Vgl. Luhmann, Recht, aaO., 98-110.

(39) AaO., 102.

(40) AaO., 102.

achtung zweiter Ordnung kann eine zirkuläre Definition nicht vermieden werden. ... In jedem Moment gilt das als Recht bzw. Unrecht, was zuvor in Geltung gesetzt worden ist“⁽⁴¹⁾

Das Problem der Selbstbeobachtung des Rechtssystems ist damit zwar handhabbar gemacht, aber nicht gelöst.⁽⁴²⁾ Man kann sich das am Beispiel der nationalsozialistischen Rechtsordnung verdeutlichen. Wenn Recht ist, was als Recht gilt, dann war die nationalsozialistische Rechtsordnung eine Rechtsordnung – bekanntlich blieben die Weimarer Gesetze zum größten Teil in Geltung.

(2) Es kann nun aber sein, daß wir auf der falschen Fährte sind, wenn wir versuchen, das paradoxe Problem der Selbstidentifizierung zu lösen. Denn so viel macht die Paradoxie deutlich: Die Einheit der Beobachtung selbst entzieht sich der Bezeichnung durch dasselbe System. Man könnte eine andere Unterscheidung verwenden, um sie zu markieren – mit der Folge, daß sich das Problem nur perpetuiert. Die andere, neue Entscheidung ist ihrerseits paradox, weil sie sich selbst nicht beobachten kann.

So viel kann man jedenfalls wissen: daß jede Beobachtung sich selber undurchsichtig bleibt. Wenn man das aber weiß, ist eines immerhin möglich: Ich kann wissen, daß ich von der Einheit der Unterscheidung Gebrauch mache und kann ihr einen Namen geben. Das geschieht nach Luhmann im Rechtssystem durch den Begriff der Gerechtigkeit. Ich zitiere: Die „Idee der Gerechtigkeit“ ist „eine Repräsentation der Einheit des Systems im System“⁽⁴³⁾

Auch bei der Gerechtigkeit handelt es sich also um ein Symbol. Anders als „Geltung“ geht es aber nicht um ein Symbol, das bei jeder Operation des Systems gleichsam automatisch mitläuft. Gerechtigkeit ist vielmehr ein wichtiger Aspekt der „Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung des Systems“⁽⁴⁴⁾. Dabei geht es um Selbstreferenz, aber nicht als Operation, sondern als Beobachtung: also um Selbstreferenz auf der Ebene einer Beobachtung zweiter Ordnung.

Gerechtigkeit wird von Luhmann als „Kontingenzformel des Rechtssystems“ interpretiert.⁽⁴⁵⁾ Gemeint ist damit, daß ein Symbol dafür gefunden wird, daß die Unterscheidung Recht/Unrecht gleichsam zufällig, kontingent, gezogen wird. Natürlich schließt sie operational an geltendes Recht, und damit an Tradition, an. (Und kaum ein soziales System legt so viel Wert auf Tradition wie das Rechtssystem!) Nichtsdestotrotz könnten alle Gesetze auch ganz anders gefaßt

werden. Und da das Rechtssystem seine Setzungen gleichsam willkürlich setzt, werden die sich daraus ergebenden „Paradoxien ... der Codierung durch eine Identität ersetzt, an die man sich dann im weiteren hält“⁽⁴⁶⁾. Was die Geltung auf der Ebene der Operation geleistet hat, leistet Gerechtigkeit auf der Ebene der Selbstbeschreibung: Kontinuität des Systems mit sich selbst. Es handelt sich dabei um eine Norm, „die konsistentes Fallentscheiden vorschreibt mit der Doppelweisung, gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich zu behandeln“⁽⁴⁷⁾. Sie dient als Anweisung, das positive, also kontingente Recht seinerseits zu beobachten – anhand der Differenz Gleichheit/Ungleichheit. Nur so kann man sich „in anspruchsvollen, gleichsam artifiziellen Situationen zurechtfinden“⁽⁴⁸⁾.

Die Idee der Gerechtigkeit hat demnach eine wichtige Orientierungsfunktion. Sie ist aber nicht mehr als ein Name, der die dem Rechtssystem zugrundeliegende Paradoxie verdeckt. Die Antwort auf die Frage, was gerecht ist, muß durch die Operationen des Systems selbst festgestellt werden.

Um das schon mehrfach zitierte Beispiel des Nationalsozialismus und seiner Rechtsprechung auch für diese Form der Entparadoxierung des Rechtssystems durchzuspielen: Ein Beobachter kann fragen, ob gleiches gleich und ungleiches ungleich behandelt worden ist. Diese Frage kann man nur an einzelnen Fällen beantworten, insofern geht es um die „Respezifikation der Kontingenzformel Gerechtigkeit“⁽⁴⁹⁾. Wir wissen aber alle, daß im Nationalsozialismus Fälle ungleich behandelt worden sind, für die wir Gleichheit reklamieren würden. Die Idee der Gerechtigkeit macht hier also die Selbstanwendung des Rechtscodes möglich.

5. Der diabolische Blick

Ausgegangen bin ich von einer Erläuterung der Luhmannschen Beobachtertheorie. Jede Beobachtung bezeichnet ein Etwas, indem sie es von Anderem unterscheidet. Dabei habe ich dann Beobachtung erster und Beobachtung zweiter Ordnung unterschieden. Unter bestimmten Bedingungen, so führte ich aus, kann es nun zu einer Paradoxie kommen: zunächst war das der Fall, wenn eine Unterscheidung sich auf sich selbst bezieht. Wenn also der Beobachter sich selbst beobachtet.

Im 2. Teil meiner Ausführungen habe ich diese Paradoxie anhand der Figur des Teu-

fels zu erläutern versucht: Der Teufel kann sich als Beobachter Gottes nur einschließen in den himmlischen Hofstaat, wenn er sich selbst ausschließt (und umgekehrt). Das wiederum machen sich Leute wie ich zunutze, also Theologen, die den Teufel als Bösewicht beschreiben, damit sie selber, da sie ja auch Gott beobachten, nicht ausgegrenzt werden.

In Teil 3 versuchte ich dann, die Fundierungsparadoxie der Beobachtertheorie systemtheoretisch zu wenden. Systeme operieren paradox, da sie sich in ihrer Selbstreproduktion selber von anderem unterscheiden, also ihren eigenen binären Code auf sich selber anwenden müssen. Wie soziale Systeme mit dieser ihrer Fundierungsparadoxie umgehen, versuchte ich abschließend anhand des Rechtssystems ansatzweise zu erläutern. Operational, also auf der Ebene der Beobachtung erster Ordnung, bringt das Rechtssystem seine Paradoxie durch die Unterscheidung Geltung/nicht-Geltung zum Verschwinden. Auf der Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung kommt es zur symbolischen Generalisierung der Idee der Gerechtigkeit, die die Kontingenz der positiven Rechtsetzung handhabbar machen soll.

Meine Damen und Herrn! Das eigentliche Thema dieses Vortrags ist der diabolische Blick gewesen. Ich vermute, daß sie sich über mein Schweigen diesbezüglich wundern. In der Tat habe ich außer dem Teufel keinen Dämon erwähnt. Das will ich abschließend nachholen. Wenn Luhmann von Diabolik spricht, dann meint er nichts anderes als das, was der Teufel immer schon tun muß, wenn er beobachten will: Er muß Unterscheidungen vornehmen. Die Rede vom diabolischen Blick meint also nichts anderes, als daß die Unschuld unwiderbringlich dahin ist. Wer beobachtet, und das tun wir alle, ist notwendig ein Teufel. Wir alle haben insofern einen diabolischen Blick, weil wir keine Einheiten mehr beobachten können. Eine Einheit, die alles enthält, sehen wir nicht mehr. Wir können sie nur noch erschließen. Wir können sie benennen, können sie als „Gerechtigkeit“ (im Rechtssystem) oder (im Religionssystem) als „Gott“ symbolisieren. Sobald wir sie jedoch diskursiv erklären wollen, zerfließt uns die Einheit zwischen den Händen, wir geraten in unhintergehbare Differenzen. Das ist, um es „wehmütig“ zu formulieren, das Teuflische am Leben.

Martin Berger ist Universitätsassistent am Institut für Systematische Theologie.

(41) AaO., 109. – Die Zirkularität wird nur operational unterbrochen. Da wir im Augenblick auf der Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung operieren, verschwindet sie für uns natürlich nicht.

(42) AaO., 102 Anm. 121.

(43) AaO., 217.

(44) AaO., 217.

(45) AaO., 218.

(46) N. Luhmann: Die Religion der Gesellschaft. Unpubliziertes Manuskript; Bielefeld o.J., 56.

(47) AaO., 57.

(48) Luhmann, Recht, aaO., 236. Mit der Unterscheidung gerecht/ungerecht wird also die Unterscheidung Recht/Unrecht beobachtet. Über diese Operation kann sich das Rechtssystem bei seiner ganzen positiven Zufälligkeit an sich selber orientieren – auch in der komplexen Welt der „Fälle“.

(49) AaO., 231.

(50) „Gott“ ist die Kontingenzformel des Religionssystems und stellt damit ein funktionales Äquivalent dar zur Idee der „Gerechtigkeit“. Neben den schon genannten religionssoziologischen Arbeiten Luhmanns vgl. dazu ders.: Läßt unsere Gesellschaft Kommunikation mit Gott zu? In: Soziologische Aufklärung 4. Opladen 1987, 227-237; ders.: Die Unterscheidung Gottes. In: AaO., 236-253; ders.: Die Weisung Gottes als Form der Freiheit. In: Soziologische Aufklärung 5. Opladen 1993, 77-94.



Republik Ö3?

Fotos: Wolfgang Beran

„ICH, DIE FRAU, DIE ILSEBILL, HANDLE SO, WIE ICH DAS WILL!“

Von der Zweiten Männer- zur Dritten Frauen-Republik?

Brigitte Hornyik

Jetzt haben wir sie also gebühlich gefeiert, die gute Alte – unsere Zweite Republik – leider nur sprachlich feminin, von feministisch gar nicht zu reden: 50 Jahre und kein bißchen weiblich, das tut weh!

Nichtsdestotrotz: Jubelnde Massen am Hel-denplatz – über Geschmack dieser Ortswahl kann man/frau geteilter Meinung sein –, Kinder mit Luftballons und vor allem ehr-würdige Herren mit ehrwürdigen Reden al-lerorten. Ehrwürdige Herren standen auch an ihrer Wiege und haben vor 50 Jahren (der Republik nämlich!) Unabhängigkeit proklamiert.

Und die Frauen? Die haben vor 50 Jah-ren den Dreck weggeräumt – und das tun sie letztlich auch heute noch, wenn auch unter wesentlich komfortableren Bedingungen. Auch ihrer, der „Trümmerfrauen“ oder „Mörtelweiber“ wurde anlässlich des Ge-burtstags der Republik gedacht, nicht zuletzt

am Symposium „Am Anfang war die Trüm-merfrau“ des Frauen-Referats der Nieder-österreichischen Landesregierung am 10. Mai in St. Pölten.

In dieser unmittelbaren Nachkriegszeit wird die Struktur der gesellschaftlichen ge-schlechtspezifischen Arbeitsteilung mE be-sonders deutlich: Die vielen, die im Dun-keln stehen, von denen vielfach nur die Er-gebnisse ihrer Aufbauarbeit gesehen wer-den. Sie, die Trümmerfrauen, haben unter härtesten Bedingungen diese Republik im wahrsten Sinn des Wortes wiederaufgebaut und nebenbei ihre vaterlosen Kinder durch-bringen müssen, um sich dann wenig später zusätzlich um ihre seelisch und körperlich

oft schwer beschädigt aus dem Krieg heimkehrenden Männer zu kümmern. Denn auch die familiäre und gesellschaftliche Wiedereingliederung dieser „Trümmerr Männer“ ist wohl nicht zuletzt ein Verdienst ihrer Frauen. Solcherart in Schach gehalten durch existentiellste Notwendigkeiten blieb da natürlich kein Spielraum mehr, sich auch noch die Teilnahme an der politischen und wirtschaftlichen Machtausübung zu erkämpfen – obwohl die numerische und leistungsmäßige Überlegenheit der Frauen gerade damals besonders groß gewesen wäre. Doch die andern, die im Licht, die wenigen Überlebenden ihres Geschlechts, hielten das Ruder sofort wieder fest in ihren Männer-Händen. Sie ließen auch keine Gelegenheit aus, der unbemannten Frauenschar zu verstehen zu geben, daß ihr eigentlicher Platz in der Familie ist und sie nur dort am Wiederaufbau von Staat und Wirtschaft mitarbeiten darf, wo Not am Manne ist. Überdies wurden die „männerlosen“



Frauen ob dieses vermeintlichen Defizits diffamiert und – siehe da, viele schämten sich tatsächlich. Und stand ausnahmsweise einmal eine Frau irgendwo da oben im Licht, breitete die Geschichte nachhaltig den Mantel des Schweigens über sie: Die – natürlich männlichen – Helden von Kaprun haben Österreichs Energieversorgung wiederaufgebaut⁽¹⁾ und solcherart Eingang in die Geschichtsbücher gefunden, von der Architektin Dr. Lassmann, die als Bauführerin diesen Helden vorgesetzt war, spricht heute niemand mehr, ebensowenig von den Verhinderungsstrategien der Auftraggeber, als sie erkennen mußten, daß das im Wege einer öffentlichen Ausschreibung zum Bestbieter erklärte Anbot unter einem neutralen Code von einer Frau erstellt worden war.

1946 wurde ein BVG über die Sicherstellung der für den Wiederaufbau erforderlichen Arbeitskräfte (ArbeitspflichtG), BGBl Nr 63/1946, beschlossen, das neben Geistlichen und Ordenspersonen auch Frauen – aber nur sie! – mit bestimmten Sorgepflich-

ten von der Arbeitspflicht befreite: Frau ist also trotz ihrer Leistungen in der Arbeitswelt, auf die die Kriegs- und Nachkriegswirtschaft dringend angewiesen war, in erster Linie der Familie verpflichtet.

Als die Kriegsheimkehrer ihre Arbeitsplätze wiederhaben wollen, besteht ein wichtiger Teil der Arbeitsmarktpolitik darin, Frauen dort keine Arbeitsbewilligung oder sogar ein Arbeitsverbot zu erteilen, wo genügend männliche Arbeitskräfte vorhanden sind: So dauert es zB nicht lange, daß den Trümmerfrauen ein Arbeitsverbot für bestimmte Arbeiten am Bau erteilt wird. Der öffentliche Dienst agiert zwar etwas zurückhaltender als 1933, als die Bundesregierung eine auf das kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz, RGBI Nr 307/1917, gestützte Verordnung „zum Abbau verheirateter Frauen im Bundesdienst“, BGBl Nr 545/1933, erließ, ebenfalls aus dieser 1946 außer Kraft gesetzten Verordnung (siehe BGBl Nr 131/1946) übernommene besondere Abfertigungsregelungen für Frauen, gewissermaßen Geldzuckerln für Frauen, die anlässlich ihrer Verhehelichung (Zeitraum: 2 Jahre) oder anlässlich der Geburt eines Kindes (Zeitraum: respektable 18 Jahre!) freiwillig den öffentlichen Dienst verließen, hielten sich im Beamten-Dienstrecht immerhin bis 1986 (Auf-

hebung dann mit Erkenntnis des VfGH aus 1986, VfSlg 11155/1986).

Doch wen wundert's, betrug doch zB der Frauenanteil im Nationalrat in den Jahren 1945/46 ca 5%. Die Regierung den Männern, die Arbeit den Frauen, aber auch nur, solange sie gebraucht wurden, die Reproduktionsarbeit jedoch jedenfalls den Frauen. Da sind wir heute doch schon viel weiter, oder?

Immerhin, der Frauenanteil im Nationalrat ist auf rund ein Viertel gestiegen (derzeit allerdings wieder bei leicht rückläufiger Tendenz – ein Verdienst der Nachbesetzungen der F's), aber auch dies erst in den letzten fünf Jahren. Noch 1990 betrug er nämlich rund 14%: von 1945 bis 1990 also eine magere Steigerung von nicht einmal 10%-Punkten. Und diese Volksvertretung repräsentiert uns also – bei einem Frauenanteil an der Gesamtbevölkerung von rund 53%. Noch schlechter schaut's für uns in den Obersten Organen der Vollziehung aus: Die wenigen Frauen in der Bundes-

regierung sind mit höchst rollenspezifischen Aufgaben betraut: Frauen, Familie, bis vor kurzem Umwelt, Gesundheit, seit neuestem Schule – auf die erste Finanz-, Innen-, Justiz- oder gar Verteidigungsministerin werden wir wohl noch lange warten. Vom Bundespräsidenten, von Landeshauptmännern, und auch den Höchstgerichten ganz zu schweigen. (Eine Selbstverständlichkeit wie die männliche Dominanz auf allen Kommandobrücken im öffentlichen Dienst, in der Privatwirtschaft, in den Interessenvertretungen und so weiter und so fort möchte ich an dieser Stelle nicht reproduzieren, wiewohl auch sie zu dem Hintergrundgemälde dieser Republik gehört.)

Was nun? Als Juristin kann ich mir mit meinem Handwerkszeug nur die Frage stellen, welche Rechtsreformen uns auf dem Weg zur (Dritten) Frauenrepublik begleiten könnten – die Revolution und sonstige Strategien überlasse ich Berufeneren. Aufgrund wahrscheinlich berufsbedingter zwanghafter Definitions-Neurose möchte ich zunächst festhalten: Ich verstehe unter „Frauenrepublik“ nicht die matriachale Umkehrung des derzeitigen Patriarchats, sondern eine Staatsform, in der Frauen endlich ihrem tatsächlichen Anteil sowohl an der Bevölkerungszahl als auch an der gesamtgesellschaftlichen Ar-

(1) Diese und die folgenden historischen Ausführungen entnehme ich zum größten Teil dem Referat von Dr. Bandhauer-Schöffmann „Lebens- und Arbeitsbedingungen von Frauen in der Nachkriegszeit“ am bereits zitierten Symposium vom 10. Mai 1995 in St. Pölten.

beit gemäß in den Institutionen dieses Staates, und zwar auf allen Ebenen, vertreten sind.

Als Verfassungsjuristin möchte ich in diesem Zusammenhang zunächst die nicht mehr ganz taurische Forderung nach einer Erweiterung des Gleichheitssatzes des Art 7 der Bundesverfassung wiederholen⁽²⁾. Auf dem Weg zur Frauenrepublik sollte endlich nicht nur die formalrechtliche Gleichheit der Geschlechter vor dem Gesetz verfassungsgesetzlich gewährleistet werden (wobei ja sogar diese noch durch die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes einschränkend und kasuistisch, den Bedürfnissen einer Männerrepublik entsprechend interpretiert wird⁽³⁾), sondern auch der Abbau der Benachteiligungen von Frauen auf allen Ebenen und solcherart die Herbeiführung der tatsächlichen Gleichheit der Geschlechter zur Staatspflicht werden. Herrschende Benachteiligungen wären durch verpflichtende Fördermaßnahmen abzubauen, auf die auch der einzelnen Frau ein Rechtsanspruch einzuräumen wäre – ein subjektives Recht auf Frauenförderung also.

Die verfassungsgesetzliche Einführung verpflichtender Quoten liegt als frauenpolitische Forderung nicht erst seit gestern in den diversen Schubladen – vielleicht ist es dem unverbrauchten Elan des neuen frauenministeriellen Besens im Bundeskanzleramt vorbehalten, dieser Forderung zum Durchbruch zu verhelfen. Wobei ich folgendes hier ganz klar festhalten möchte (auch wenn es langweilig ist, dieselben Argumente seit Jahren wiederkauen zu müssen): Quoten sind kein Ausgleich für mangelnde Qualifikation – denn qualifiziert, ja überqualifiziert sind wir Frauen schon lange, meine Herren! –, sondern Wiedergutmachung für die geradezu rassistische, weil auf biologischen Gegebenheiten begründete Benachteiligung von Frauen und Männerförderung (letztere betrieben ohne jegliche Rücksicht auf Qualifikation) durch das Patriarchat. Aber von Wiedergutmachung hört diese Republik bekanntlich nicht so gerne... Vielleicht, liebe Frauen, sollten wir uns demnächst auf dem Ballhausplatz (Nähe Heldenplatz, aber halt



doch nicht so ganz) versammeln und im Volksmund (damit man uns besser versteht) skandieren: „Wie gern wär ich ‘ne Quotenfrau, weil gut, das bin ich eh schon lang!“ (Jetzt verstanden, Gentlemen? Nein immer noch nicht? Dann fällt mir vorläufig auch nichts mehr ein.)

Gleich zwei Verfassungsartikel weiter birgt unser gutes B-VG ein weiteres heikles frauenpolitisches Eisen: Die männlichen Staatsbürgern vorbehaltene Wehrpflicht in Art 9a Abs 3 B-VG, zu der dem Verfassungsgerichtshof nicht viel mehr eingefallen ist, als daß diese Regelung verfassungsrechtlich unbedenklich ist, weil sie als speziellere Vorschrift dem allgemeineren Gleichheitsgebot vorgeht (VfSlg 12830/1991). Mir hingegen drängen sich in diesem Zusammenhang durchaus einige grundsätzliche Fragen auf: Einerseits bekennt sich Österreich in Art 9a Abs 1 B-VG zur umfassenden Landesverteidigung, die gemäß Art 9a Abs 2 B-VG neben der militärischen auch die geistige, die zivile und die wirtschaftliche Landesverteidigung umfaßt. Eine Bürgerpflicht zur Wahrnehmung der Aufgaben der Landesverteidigung

existiert hingegen nur im Bereich der militärischen Landesverteidigung – eben aufgrund der Wehrpflicht der männlichen Staatsbürger. Einerseits erhält dadurch die militärische Landesverteidigung ein höchst fragwürdiges Übergewicht gegenüber den anderen Formen; andererseits wird die Teilhabe an einem nicht unwesentlichen Teil der Staatsgewalt den Männern vorbehalten. Gäbe es hingegen eine BürgerInnenpflicht zur Wahrnehmung von Aufgaben in einem Bereich der Landesverteidigung, würde ich eine Verpflichtung auch der Frauen durchaus begrüßen. (Doris Janshen und ihre Idee des Ersatzes des Wehrdienstes durch einen Friedensdienst habe ich an anderer Stelle ja bereits zitiert⁽⁴⁾.) Und zum beliebten frauenpolitischen Argument „Solange die Frauen die Kinder am Hals haben, reden wir nicht über die Wehrpflicht“ erlaube ich mir zu bemerken: Ich wünsche die lieben Kleinen (einschließlich der meinen) in gleichem Maße auch an die Hälsen der

Männer – und wenn sie sich dann endlich partnerschaftlicherweise daselbst (an den männlichen Hälsen nämlich) auch befinden, diskutiere ich gerne über eine Befreiung der männlichen Träger kindergeschmückter Hälsen von der Wehrpflicht. Das Geschlecht allein sollte hingegen im Sinne der lichtvollen Ausführungen im Pensionsalter-Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg 12568/1990) nicht alleiniges Anknüpfungskriterium für die Wahrnehmung von StaatsbürgerInnenpflichten auf dem Gebiet der Landesverteidigung sein.

Einer der Knackpunkte für die Beseitigung patriarchaler Strukturen in der Rechtsordnung ist wohl die aktive Beteiligung von Frauen am Gesetzgebungsprozeß: Nur so können Frauen innerhalb der herrschenden rechtlichen Rahmenbedingungen ihren Lebenszusammenhang, ihre Interessen, ihre Wertungen in die Gesetzgebung einbringen. Höhere Frauenanteile auf allen, auch den höchsten Ebenen der Vollziehung (Verwaltung, Gerichtsbarkeit) wären zweifellos die bessere Voraussetzung dafür, daß im Gesetzesvollzug nicht wieder patriarchale Wert-

(2) siehe zB *Textvorschlag von Anna Sporrer in den Materialien zur Symposiums-Dokumentation des Renner-Instituts, Mesner/Steger-Mauerhofer (Hg), Der Tod*

der Olympe de Gouges, Wien 1994, S 143.

(3) siehe hierzu zB *mein Referat in der oben zitierten Symposiums-Dokumentation, S 67ff.*

(4) siehe hierzu *meinen Beitrag „Menschenrecht für Frauen“ im Juridikum 4/93, FN 2.*

vorstellungen zum Durchbruch kommen und solcherart zarte Pflänzchen eines frauenfreundlicheren Rechts gleich im Keim erstickt werden.

So hat sich zB ein Gesetzesantrag der Grünen im Parlament (Initiativantrag Nr 237, XIX.GP, vom 26. April 1995) zum Ziel gesetzt, die Partizipation von Frauen in der Politik zu fördern. Grundidee dieses Entwurfs ist, diese Förderung im Wege der Parteienfinanzierung und der Klubfinanzierung zu betreiben und zwar dermaßen, daß durchaus aufkommensneutral politischen Parteien, die zB bestimmte Frauenquoten im Nationalrat anstreben bzw bereits erreicht haben, zusätzliche Geldmittel gewährt werden, während „Qotensündern“ Kürzungen der derzeit zustehenden Beträge drohen. Überdies sind „Aktionspläne“ vorgesehen, die Maßnahmen zur besseren Vereinbarkeit von familiären Verpflichtungen und den Verpflichtungen aus der Tätigkeit als Abgeordnete/r vorsehen sollen – denn die Vereinbarkeit von Politik und Familie ist ein Problem von Frauen und Männern, auch wenn das dem politischen Alltag vielfacher Familienväter oft ein Fremdwort ist, während dieselbe Frage bei Politikerinnen auf reges – auch mediales – Interesse stößt. („Wie macht sie das nur, die ...?“) Eine eigene Verfassungsbestimmung soll weiters eine Art „Karenzurlaub“ für Abgeordnete in der Dauer von sechs Monaten ermöglichen. Die parlamentarische Behandlung dieser Entwürfe wird zeigen, wer in Österreich bereit ist, einen solchen kleinen Schritt zur Frauenrepublik mitzugehen.

In eine ähnliche Richtung weisen die Gleichbehandlungsgesetze für den öffentlichen Dienst: Allen voran das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz, BGBl Nr 100/1993, sowie die Landes-Gleichbehandlungsgesetze in Kärnten (LGBl Nr 56/1994) und Oberösterreich (LGBl Nr 8/1995), wobei die Landesgesetze sogar inhaltlich noch hinter dem ohnehin bereits weichgespülten Bundesgesetz zurückbleiben. Immerhin aber enthalten diese Gesetze neben – sogar sanktionierten! – Diskriminierungsverboten auch Frauenförderungsgebote, die auf die Erhöhung des Frauenanteils im öffentlichen Dienst gerichtet sind, und zwar im Wege einer anzustrebenden 40%-Quote. Frauenförderungspläne sollen den status quo aufzeigen und konkrete Vorgaben zur Erhöhung der Frauenanteile sowie detaillierte Maßnahmen zur Erreichung des angestrebten Ziels anführen. Abgesehen davon, daß im Patriarchat jedes auch noch so kleine rosa Mascherl des Gesetzgebers Frauenherzen höher schlagen läßt und den Gleichbehandlungsgesetzen ein gewisses, wenn auch brustschwaches, strebendes Bemühen nicht ganz abzusprechen ist, könnten diese Gesetze durchaus noch bessere Begleiter auf dem Weg zur Frauenrepublik sein, wobei hier nur ein grundsätzlicher Punkt herausgegriffen werden soll: Die berühmte Quote – was sonst. Zunächst fällt auf, daß sie 40% und

nicht 50% oder gar 53% beträgt, also nicht am Frauenanteil an der Gesamtbevölkerung orientiert ist. Außerdem enthält sie den Hinweis auf die Eignung der Bewerberinnen, die nur dann in den Genuß zB der bevorzugten Aufnahme in den öffentlichen Dienst kommen sollen, wenn sie nicht geringer geeignet sind als der bestgeeignete Mitbewerber. Der Pferdefuß für die Frauen besteht hierbei wohl weniger in mangelnder Qualifikation, als in der Beurteilung der Qualifikation durch in der Regel wieder männliche Entscheidungsträger. Solange die Frauen nicht auch die gleichberechtigte Teilhabe an der Definitionskompetenz so zentraler Begriffe wie Leistung, Eignung, aber auch, in anderen Bereichen, wie dem Arbeits-, Sozialversicherungs- oder Familienrecht, an den Begriffen Arbeit, Familie etc haben, wird die Auslegung auch noch so scheinbar frauenfreundlicher Normen im Sinne der Interessen der männlichen Machthaber erfolgen. Solange zB in den Qualifikationsbegriff männliche G'schaftlhuberei (bis zum Vorsitz des örtlichen Jagdhundverbandes) positiv einfließt, hingegen die in jahrzehntelanger Praxis erworbenen Managementfähigkeiten und sozialen Kompetenzen berufstätiger Frauen mit Familie nicht einmal erwähnt werden (auch der Verfassungsgerichtshof lehnte im übrigen eine Beschwerde einer abgewiesenen Bewerberin um eine Schulleiterstelle, welche diese Argumente für sich ins Treffen führte und sich auch auf die Verpflichtungen des Staates aufgrund der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau zumindest als Auslegungsmaßstab berief, ohne weiteren Kommentar ab), wird uns die ganze Frauenförderung nicht viel nützen. Auch der Arbeitsbegriff müßte endlich einmal die bisher leider überwiegend von Frauen geleistete Reproduktionsarbeit, einschließlich sämtlicher unentgeltlich geleisteter Pflegearbeit gleichberechtigt miteinbeziehen. Überall dort, wo die Rechtsordnung an die „Familie“ anknüpft, sollte dieser Begriff auf sämtliche kleineren oder größeren „Familienverbände“ erweitert werden, die füreinander verantwortlich sind, die füreinander Pflege- und/oder Erziehungsarbeit leisten – unabhängig von Anzahl und Geschlecht der beteiligten Erwachsenen.

Nachdem ich jetzt ohnehin bereits auf anderen als verfassungsrechtlichen Ebenen der Rechtsordnung fremdgegangen bin, erlaube ich mir noch zwei Anmerkungen: Einen ganz wesentlichen Anteil bei der Festlegung von Geschlechtsstereotypen hat wohl die Schule. Trotz zahlreicher Gesetzesreformen zur Beseitigung der Institutionen der „Mädchenbildung“ im österreichischen Schulrecht (Umbenennung und Öffnung von Frauen vorbehaltenen Schulen und Ausbildungszweigen auch für Männer), trotz Durchforstung von Lehrplänen und sogar einzelnen frauenpolitischen Bemühungen um die Inhalte von Schulbüchern, hat sich an der geschlechtsspezifischen Wahl be-

stimmter Bildungswege wenig geändert: Buchen gehen immer noch in die HTL, Mädchen in Hauswirtschaftsschulen, Schulen für Kindergartenpädagogik und ähnliches und werden dort wieder überwiegend von Männern (in der HTL zB) bzw Frauen (Hauswirtschaftsschulen zB) unterrichtet⁽⁵⁾. Hier eröffnet sich uns auf dem Weg zur Frauenrepublik wohl noch ein weites Betätigungsfeld; die Einführung eines allgemeinen Unterrichtsprinzips „Gleichstellung von Frau und Mann“ sowie eine Aufnahme frauenspezifischer „Gleichstellungs-Themen“ in Fächer wie Geschichte, Politische Bildung, Sozialkunde uä wären wohl nur erste winzige Trippelschritte, aber immerhin in die richtige Richtung.

Zuletzt noch zum Strafrecht: Immer noch schützt das Strafgesetzbuch in seinen §§ 201 bis 221 die „Sittlichkeit“ – laut Rotraut Perner lediglich ein Teilbereich, für die Frauen sogar fremdbestimmter, weil von männlichen Moralinstanzen definierter Begriff von Sexualität⁽⁶⁾. In der Frauenrepublik sollten wir hingegen Wert darauf legen, daß das Strafrecht Eingriffe in unser freies Selbstbestimmungsrecht über unsere, durchaus auch aktive, und nicht immer nur in der passiven Opferrolle verharrende Sexualität sanktioniert. Eine Strafrechtsreform sollte also das Schutzgut Sittlichkeit durch das Schutzgut Selbstbestimmungsrecht über die Sexualität ersetzen. Und weil wir nicht so sind, gestehen wir dieses Recht auch der Minderheit in diesem Staate zu – den 47% Männern nämlich.

Das wär's, liebe Frauen⁽⁷⁾, die mir zugestandene Zeichen-Quote ist nämlich übererfüllt, doch gemeinsam fällt uns sicher noch was ein – beim nächsten Mal eben. Frau Dr. Zisser schloß am jetzt schon oft zitierten Trümmerfrauen-Symposium ihr Referat mit einer Reminiszenz an ein Märchen, in dem die Frau alle möglichen Wünsche hat, bis zum Wunsch, Pöpstin zu werden, worauf der Mann klagt: „Meine Frau, die Ilsebill, will nicht so, wie ich es will“ und wandelte es auf ihre Weise um: „*Ich, die Frau, die Ilsebill, handle so, wie ich das will!*“ Dem ist wohl nichts mehr hinzuzufügen.

Dr. Brigitte Hornyik ist Juristin, seit 1982 am Verfassungsgerichtshof, dzt. Betreuerin der Judikaturdokumentation (incl. Auskunftserteilung an jedermann und jedefrau – call me!), vorher Assistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und anschließend Mitarbeiterin der damaligen Staatssekretärin Dohnal.

(5) siehe hierzu zB SCHUG, Informationsblatt für Schulbildung und Gleichstellung Nr 7/1994, hg vom BMUK.

(6) siehe hierzu Diskussionsbeitrag Rotraut Perner am zitierten Symposium am 10. Mai 1995

(7) Die im vorliegenden Text verwendete Anrede Frauen umfaßt feministisch orientierte Personen beiderlei Geschlechts (Generalklausel).



ORGANE DER VERFASSUNGSINTERPRETATION

Ein Fragment

Alexander Somek

Durch entsprechende Interpretation des österreichischen Verfassungsrechts läßt sich das politische System ändern, ohne eine „offizielle“ Gesamtänderung der Verfassung durchzuführen, die einer Volksabstimmung bedürfte. Das österreichische Volk wählt alle sechs Jahre einen solchen Interpreten.

The legislative, judicial, and executive powers, like the prismatic colours of the rainbow, are entirely separate and distinct; but they melt so imperceptibly into each other that no human eye can discern the exact boundary line between them. The broad features of distinction are perceptible to all; but perhaps neither of them can be practically exercised without occasional encroachment upon the borders of its neighbour.

John Quincy Adams⁽¹⁾

I. Thomas Jeffersons Reaktion auf das in *Marbury v. Madison*⁽²⁾ von Chief Justice Marshall wortreich inaugurierte richterliche Prüfungsrecht war eines Chief Executive würdig. Den Richtern, so Jefferson, sei es verwehrt, sich zu den alleinigen Interpreten der Verfassung aufzuwerfen. Denn auch dem Präsidenten und dem Kongreß komme in ihrem jeweiligen Bereich die Kompetenz zu, die Verfassung auszulegen. Erachte der

Präsident ein Gesetz für verfassungswidrig, dürfe er das Seine tun, um den Vollzug zu verhindern.⁽³⁾

So Unrecht hatte Jefferson nicht. Denn Verfassungsinterpretation ist eine Kunst, die wie jede Kunst, zumal Belehrung sie nicht lehren kann, nur geübt sein will.⁽⁴⁾ Und gewiß sind die distinktiven Fertigkeiten, die Verfassungsgerichte und kommentierende juristische Akademiker ausgebildet haben, heutzutage von derart überwältigender Präsenz, daß juristisch Gebildete zur Schlußfolgerung verleitet werden, die Analysetechnik, die sich an dieser Institution auskristallisiert hat, sei der Königsweg zur Sache selbst.⁽⁵⁾ Die etablierte Verfassungsdogmatik hat daher ihr eigenes institutionelles Format.⁽⁶⁾ Gleichwohl ist nicht zu übersehen, daß die Verfassung als Ordnung der Gewalten die Einwirkung, die sie durch Interpretationen erleidet, in sich selbst gewaltenteilig lokalisiert.⁽⁷⁾ Die Auslegung der Verfassung findet im Rahmen der Verfassung statt. Deshalb ist sie auch ein paradoxes Unterfangen.⁽⁸⁾ Sachliche Erwägungen sind, damit sie auf dem Boden der Verfassung verbleiben, mit der Reflexion der jeweiligen Organkompetenz derart zu verbinden, als würden sie von einem externen Standpunkt formuliert.

II. Jede Interpretation der Verfassung setzt sich also aus zwei Komponenten zusammen, dem institutionellen Selbstbezug des auslegenden Organs einerseits und dessen Fremdbezug auf das eigentlich anstehende Sachproblem andererseits. Aus dieser Doppelpreferenz erklärt sich nicht zuletzt die Gestalt jener Prüfungsmaßstäbe, die von Verfassungsgerichten herangezogen werden, um die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs in Grundrechte zu beurteilen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspringt der institutionellen Konstellation, dem richterlichen Zurücktreten gegenüber der gesetzgeberischen Zielsetzung und Mittelwahl selbst eine Grenze zu setzen.⁽⁹⁾ Die gerichtliche Verfassungsauslegung tritt also institutionell umsichtig auf. Gerade deshalb kann sie sich nicht davor schützen, zum Gegenstand rechtsdogmatischer Dauerkritik zu werden. Ihr Leitgesichtspunkt ist die *richterliche Machtvermeidung im Verhältnis zur Legislative*. Generell wird dies darin zum Ausdruck gebracht,⁽¹⁰⁾ daß sie vom Bemühen um die juri-

(1) Zitiert nach: Forrest McDonald, *The American Presidency. An Intellectual History*, Lawrence 1994, 179 Fn. 35.

(2) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

(3) Siehe den Brief Jeffersons an Judge Spencer Roane vom 6. September 1819 in: Thomas Jefferson, *Writings*, ed. M. D. Peterson, New York 1984, 1425-1428. Zu Jeffersons entsprechender Begnadigungspraxis siehe bei McDonald, *American Presidency* (oben Anm. 1), 268.

(4) Siehe generell zu dieser Einschätzung der Urteilskraft bekanntlich Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft* (21787), *Werke in zwölf Bänden*, hrsg. v. W. Weischedel, Frankfurt/Main 1968, Bd. 3, 184 (B 172).

(5) Selbstbewußt formuliert etwa Korinek, „[...] daß

das Verfassungsgericht institutionell über den höchsten verfassungsrechtlichen Sachverstand verfügt“. Siehe Karl Korinek, *Die Beurkundung der Bundesgesetze durch den Bundespräsidenten*, in: A. Mock – H. Schambeck (Hrsg.), *Verantwortung in unserer Zeit. FS für Rudolf Kirchschläger*, Wien 1990, 121-126, hier: 125.

(6) Siehe Alexander Somek, *Brauchen die Juristen Philosophie? (Die Materialität der bürokratischen Form I)*, in: *Juridikum* 1/1994, 40-44.

(7) Für das Bonner Grundgesetz formuliert demgemäß Schlaich, daß jedes Organ zum „Hüter der Verfassung“ bestellt sei; für das Bundesverfassungsgericht gelte dies freilich „in besonders herausgehobener Weise“. Siehe Klaus Schlaich, *Die Funktionen des Bundespräsidenten*

im Verfassungsgefüge, in: J. Isensee – P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, Heidelberg 1987, 541-584, hier: 558 (RZ 38).

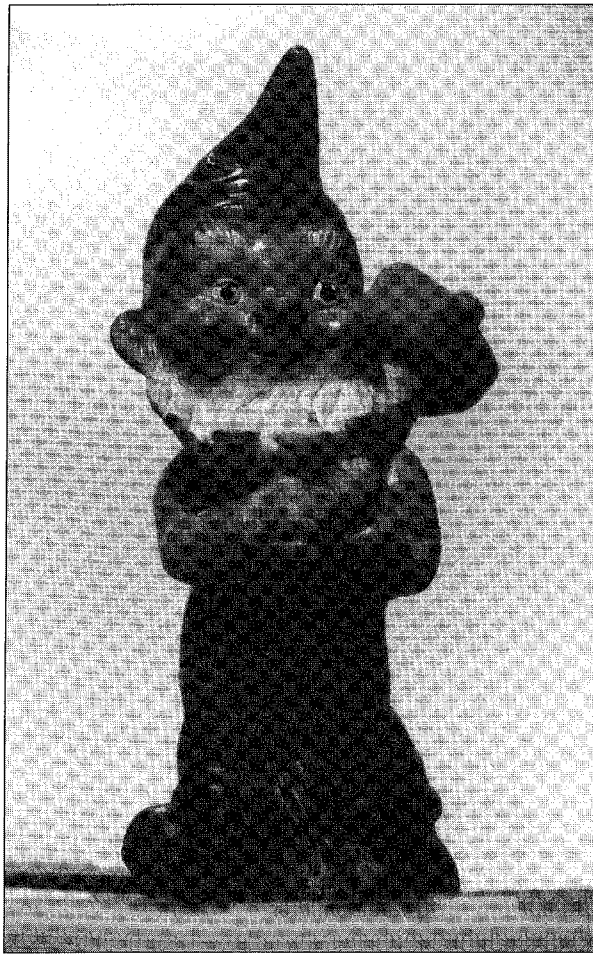
(8) Siehe generell dazu Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/Main 1993, 175-176.

(9) Daher auch die Bezeichnung „Schrankenschränke“. Siehe bloß Bodo Pieroth – Bernhard Schlink, *Grundrechte (Staatsrecht II)*, Heidelberg⁹ 1993, 72.

(10) Zum juristischen Gutachten als symbolisch generalisiertem Medium der Kommunikation siehe Alexander Somek, *Der Doppelcharakter rechtlichen Wissens (Die Materialität der bürokratischen Form II)*, in: *Juridikum* 2/1994, 42-46, hier: 44.

stische Ableitung eines verfassungsimmanenten Sinns getragen wird. Wer in Kontroversen um die angemessene Methodik der Verfassungsinterpretation eintritt, setzt immer schon voraus, daß die gesuchte Technik sich vom innovativen politischen Handeln des Parlaments und der Regierung unterscheidet. Im Medium der Rechtsdogmatik, die sich am institutionellen Format von Gerichten ausbildet, verwandelt sich das Problem, den Spielraum von Interpretationsmöglichkeiten im Lichte der Organkompetenz einzuschränken, in eine Frage der Methodenwahl. Die richtige Methode würde die Synthesis von Fremd- und Selbstbezug gewährleisten. Die entsprechenden Lösungsvorschläge verdanken sich allerdings stets einem Zirkel. Das schriftsatzförmige rechtliche Wissen autorisiert sich zur eigenen Grenzbestimmung.

Beim Chief Executive⁽¹¹⁾ erhält das Problem einen anderen Akzent. Während für das Verfassungsgericht immer die Frage ansteht, wie die sachlich mögliche Substitution gesetzgeberischer Einschätzungen und Bewertungen aus Gründen der begrenzten Kompetenzen eines Gerichtes sich einschränken läßt, kann der Chief Executive die Sache zum Anlaß nehmen, seinen Handlungsspielraum zu bewahren und zu erweitern. Seine Verfassungsinterpretation ist von institutionellen Erwägungen bestimmt – vorausgesetzt, ein Präsident schickt sich an, mehr zu sein als bloß der oberste Prediger der Republik. Denn der moderne Präsident ist die Außenseite des Staates nach innen gekehrt. Das gilt für die Bestanderhaltung der Staatsmaschine genauso wie für deren Repräsentation, denn der Bundespräsident symbolisiert, wie vormals der Monarch, die Einheit des Staates für die Bürger. In der Nachfolge des Königs bzw. des Kaisers ist aber auch das Überleben und das gleichförmige Gedeihen der politischen Einheit in seine Hände gelegt. Seine Kompetenzen und die Länge seiner Amtsperiode sind,



über den Notstand hinausgehend, darauf zugeschnitten, Kontinuität zu bewahren und die Funktion der Regierung im Verhältnis zum Parlament zu sichern. Der Kern dieser exekutiven Gewalt erinnert daher nach wie vor an das, was Theoretiker des Common Law als „gubernaculum“ oder „command“ bezeichnet haben,⁽¹²⁾ also an jene im „normenarmen“ Raum⁽¹³⁾ agierende, zuweilen auch über dem Gesetz stehende Gewalt, die Geschicke des Staates zu bestimmen, die vor allem dann auf den Plan tritt, wenn es ernst

wird und der Bestand der politischen Einheit auf dem Spiel steht. Wem die Verfassung eine solche Gewalt wenigstens in Aussicht stellt, der muß nach Kräften danach trachten, seinen Handlungsspielraum zu wahren und zu erweitern. Aus diesem Grund ist die Verfassungsinterpretation des Chief Executive durch den *Leitgesichtspunkt der Machtsteigerung* bestimmt. Alles weitere ist eine Geschichte verhängnisvoller Komplikationen, wie an zwei Beispielen wenigstens zu skizzieren ist.⁽¹⁴⁾

III. Der Bundespräsident vertritt die Republik nach außen (Art. 65 Abs. 1 B-VG). Der Rechtssatz mag den Eindruck erwecken, bestimmt zu sein; aber außer Zweifel dürfte indes einzig stehen, daß der Bundespräsident auf Vorschlag der Bundesregierung oder eines von dieser ermächtigten Bundesministers zur Vornahme von völkerrechtlichen Akten ermächtigt ist.⁽¹⁵⁾ Unklar ist vor allem,

was von einem Bundespräsidenten rechtlich zu halten ist, der sich anschickt, die Außenpolitik zu übernehmen, gute Beziehungen zu pflegen, internationale Konferenzen zu besuchen und der Welt zu zeigen, wer der Herr im Haus ist. Darf er denn das?

Generell nimmt der Bundespräsident seine repräsentativen und symbolisierenden Funktionen wahr, ohne darauf zu warten, daß die Regierung bei ihm vorstellig wird. Aber die Außenbeziehungen sind ein sensibler Bereich, für den der Bundespräsident

(11) Üblicherweise wird der Präsident in der Republik aufgrund seiner repräsentativen Befugnisse als „Staatsoberhaupt“ bezeichnet. So auch in Österreich. Siehe hier bloß Mansfried Welan, *Der Bundespräsident. Kein Kaiser in der Republik*, Wien – Köln – Graz 1992, 89; Robert Walter – Heinz Mayer, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Wien 1992, 234 (RZ 638), und näher Klaus Berchtold, *Der Bundespräsident. Eine Untersuchung zur Verfassungstheorie und zum österreichischen Verfassungsrecht*, Wien – New York 1969, 22-37. Es ist indes zurecht darauf hingewiesen worden, daß der Begriff in seiner vollen Bedeutung nur in der absolutistischen Konzeption der monarchischen Repräsentation der Staatsperson zur Geltung komme. Siehe Heribert Schambeck, *Zum Amtsverständnis des österreichischen Bundespräsidenten*, in: *Verantwortung in unserer Zeit* (oben Anm. 5), 181-199, hier: 182. Freilich macht dies den Begriff zur Kennzeichnung der Befugnisse des Präsidenten in der Republik nicht untauglich, wenngleich die Verlegenheit, mit der er verwendet wird, in der Sache begründet ist, weil das republikanische Staatsoberhaupt zwar einige Funktionen des Mon-

archen übernehmen sollte, ohne aber über dessen Machtfülle zu verfügen. Wie schwierig und problematisch die Konstruktion eines solchen Organs ist, wußten die Autoren der ersten revolutionären Verfassungen, die deshalb auf ein solches Organ verzichteten. Siehe McDonald, *American Presidency* (oben Anm. 1), 128-138, und für Österreich bei Schambeck, a.a.O., 183. Wenn in diesem Beitrag vom „Chief Executive“ die Rede ist, dann deshalb, weil die republikanische Präsidentschaft in der Nachfolge monarchischer Kompetenzen steht, die in besonderem Maße die exekutive Funktion betreffen, den Bestand und das Wohlergehen des Staates zu sichern. Die Rede vom Chief Executive soll demgemäß das „energetische“ Moment hervorheben und die Einheit symbolisierende Funktion hintanstellen. Siehe dazu vor allem Alexander Hamilton, in: *The Federalist Papers* (1788), ed., Roy P. Fairfield, Baltimore – London 1981, Nr. 70, 198-205. Die Begriffswahl nimmt die Unklarheiten darüber in Kauf, welches oberste Verwaltungsorgan in der Tat als Chief Executive agiert (anfänglich handelte es sich wohl – zumindest nach der Verfassung 1920 – um den Bundeskanzler; so Welan, a.a.O., 83).

Zudem hat die Bezeichnung „Chief Executive“ die machiavellistische Konnotation, wonach der Inhaber dieses Amtes durch entschlossenes Handeln das Schicksal herausfordert, um das Wohlergehen und die Macht des Staates zu vergrößern. Auch dies ist für den Präsidenten in der Republik charakteristisch. Siehe dazu vor allem Harvey C. Mansfield Jr., *Taming the Prince. The Ambivalence of Modern Executive Power*, New York 1989.

(12) Siehe die Nachweise bei McDonald, *American Presidency* (oben Anm. 1), 14, 26.

(13) Dieser Ausdruck findet sich bei Hans Klecatsky, *Die staatsrechtlichen Wurzeln des Gnadenrechts*, in: *Juristische Blätter* 89 (1967), 445-451, hier: 449 (unter Zitierung von Ent, ÖJZ 1956, 357).

(14) Die nun folgende Argumentation kann wegen ihrer Unvollständigkeit daher bloß dazu angetan sein, den Blick für die Problemlage schärfen.

(15) Der Umfang dieser Kompetenz ist freilich unstritten. Darauf kann ich hier nicht näher eingehen. Siehe bloß Friedrich Kojas, *Wer vertritt die Republik nach außen?*, in: *Juristische Blätter* 115 (1993), 622-631.

nur einen Teil der verfassungsgesetzlich vorgesehenen Kompetenzen besitzt. Aus ihnen läßt sich aber die Befugnis, im Ausland politische Präsenz zu beweisen, nicht ableiten, schon gar nicht aus Art. 65 Abs. 1, was sich am Scheitern von Kojas entsprechendem Versuch leicht demonstrieren läßt.⁽¹⁶⁾ Sein Argument, wonach der Bundespräsident die Kompetenz habe, Staatsbesuche durchzuführen und auf andere Art den Staat „in seiner Gesamtheit“ nach außen zu repräsentieren, basiert auf der Prämisse, daß dem Organ, das rechtserhebliche Akte setzt, „immer“ die Kompetenz zukomme, auch rechtlich unerhebliche Akte zu setzen. Dem rhetorischen Geschick, mit dem dieser Grundsatz eingeführt wird, wäre man Beifall zu spenden gerne bereit, würde Kojas nicht von der extensiven Interpretation des Art. 65 Abs. 1 im Lichte dieses „Grundsatzes“ darauf schließen, daß für rechtlich unerhebliche Akte ein Vorschlag nicht erforderlich sei, da Vorschlag und Gegenzeichnung *im Sinne* des Art. 65 Abs. 1 bloß für rechtsverbindliche Akte relevant seien. Eine seltsame Logik ist am Werk, wenn die weite Interpretation einer Verfassungsnorm zur Konsequenz hat, daß diese ihren systematischen Sinn einbüßt.

Demgegenüber soll nach Berchtold der Typus des verfassungsrechtlichen Systems darüber den Ausschlag geben, ob sich die Außenvertretungsbefugnis des Organs Bundespräsident auch auf die politische Vorbereitung völkerrechtlicher Akte erstreckt. Und da Österreich keine Präsidialrepublik, sondern ein parlamentarisches Regierungssystem sei,⁽¹⁷⁾ komme diese Art von politischer Außenvertretung für den Präsidenten nicht in Betracht.⁽¹⁸⁾ Folglich wäre vor allem an den zuständigen Ressortminister und den Bundeskanzler zu denken.⁽¹⁹⁾ Indes könnte es nicht nur für die österreichische Bundesverfassung charakteristisch sein, die Entscheidung dieser Frage der jeweiligen politischen Konstellation zu überlassen.⁽²⁰⁾ Wegen der rechtsdogmatischen Unentschiedenheit wohnt die umfassendere Außenvertretungskompetenz des Bundespräsidenten dem Art. 65 Abs. 1 dann „wie ein Gespenst“ inne.⁽²¹⁾ Da ein Kompetenzkonflikt zwischen Bundesregierung und Präsident

nicht durch den VfGH zu schlichten ist,⁽²²⁾ könnte der Chief Executive reklamieren, daß die Domäne berührt sei, in der seine Art der Verfassungsinterpretation walte. Daher sei auch kein voraus fixierter Sinn zu suchen – eine Geste, mit der sich die nachgeordnete Kontrollbefugnis des Gerichts gegenüber dem Parlament rechtfertigt, um machtlos zu erscheinen –, sondern die Verfassung aus der Perspektive des Chief Executive zu interpretieren, nämlich als Machtordnung, die selbst wiederum durch Macht geordnet wird. Von der Außenseite des Staates nimmt sich das Gewaltengefüge notwendig „dynamisch“ aus; gespenstische Kompetenzen wachsen mit günstigen politischen Konstellationen dem Organ einfach zu, vor allem dann, wenn der Präsident der Unterstützung des Volkes sicher wäre. Die Bundesversammlung würde ihn nicht antasten. Das informelle Kollegium, das die österreichische Außenpolitik führt, hätte im Bundespräsidenten nicht nur ein Mitglied, das die Erklärungen nach außen abgibt, sondern das ihm in der Tat auch vorsitzt.

Im zweiten Beispielfall könnte der Chief Executive die Konstellation noch mehr zu seinen Gunsten verändern und dem Verfassungsgericht die Arrogation von Kompetenzen entgegenhalten, die nur er zum Wohle des Staates ausüben dürfe. Art. 47 Abs. 1 B-VG impliziert, daß nicht nur das Verfassungsgericht, sondern auch der Bundespräsident als Chief Executive ein aussichtsreicher Kandidat der Verfassungsinterpretation ist. Das Verhältnis der Instanzen zueinander ist prekär⁽²³⁾ und, wie dieser Beitrag lehnen will, letztlich auch nur zu klären, wenn man das Bundesvolk in seiner Rolle als Interpret der Bundesverfassung ernst nimmt.

Entgegen dem Versuch, die vordergründige Bestimmtheit des Wortlauts von Art. 47 Abs. 1 B-VG zu wahren und die Prüfungskompetenz (bzw. Pflicht)⁽²⁴⁾ des Bundespräsidenten auf eine Prüfung des Ablaufs der Bundesgesetzgebung am Maßstab der Selbstbezeichnung des Aktes zu beschränken,⁽²⁵⁾ hat die herrschende Lehre die juristische Methode dazu verwendet, um die Unbestimmtheit herzustellen, mit der sie sich

Bundespräsident-Gesetzgeber

„Das verfassungsmäßige Zustandekommen der Bundesgesetze“, so Artikel 47 der Verfassung, „wird durch die Unterschrift des Bundespräsidenten beurkundet.“

Erst damit und der nachfolgenden Kundmachung durch den Bundeskanzler werden parlamentarische Beschlüsse zum Gesetz. Ob die Prüfung des „Zustandekommens“ nur formelle Kriterien (Abstimmungserfordernisse im Nationalrat, Zustimmung des Bundesrats o.ä.) meint oder auch inhaltliche, ist strittig. „Die Bejahung eines auch materiellen Prüfungsrechts kommt einer Art von Zustimmungrecht des Bundespräsidenten zu Bundesgesetzen gleich.“, fürchten Walter/Mayer in ihrem „Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts“, ein Recht, das der historische Verfassungsgesetzgeber nicht wollte.

Bis jetzt haben die Präsidenten immer unterschrieben, auch wenn sie sich mitunter damit Zeit gelassen haben. Doch einem Staatsoberhaupt, das Nationalratsbeschlüsse einer inhaltliche Prüfung unterzöge, um sie bei „rechtlichen Bedenken“ nicht zu unterschreiben, und das sich so zum negativen Gesetzgeber aufwürfe, stünde weder ein klarer Wortlaut der Bestimmung, noch die Verfassungsgerichtsbarkeit entgegen.

Denn eine Verurteilung durch das Höchstgericht setzt eine „schuldhafte Rechtsverletzung“ voraus (Artikel 68 iVm Art. 142 Bundes-Verfassungsgesetz), womit eine weite Auslegung der Befugnisse des Bundespräsidenten kaum erfaßt sein kann. Abgesehen davon, daß diese „staats-theoretisch sehr wichtige Kompetenz des VfGH“ (Walter/Mayer) in der politischen Praxis keine Rolle spielt.

In über siebenzig Jahren Staatsgerichtsbarkeit waren nur drei einschlägige Fälle zu entscheiden! In allen drei ging es um die Nichtbefolgung einer Weisung durch Landeshauptmänner. Und bei einer Absetzung des Staatsoberhauptes durch eine von der Bundesversammlung verlangten Volksabstimmung schwebt, für den Fall der Ablehnung durch das Volk, über dem Nationalrat das Damoklesschwert der Auflösung (Art. 60).

Der vom Bundesvolk alle sechs Jahre zu wählende „Vertreter der Republik nach außen“ ist als „oberster Interpret“ der Verfassung rechtlich und politisch kaum in seine Schranken zu weisen.

Klaus Richter

(16) Siehe ebd., 630.

(17) Zu diesem Schluß gelangt mit Blick auf faktische Verhältnisse auch Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering. An Inquiry into Structures, Incentives, and Outcomes*, New York 1994, 127.

(18) Siehe Berchtold, *Bundespräsident* (oben Anm. 11), 118-119.

(19) Anders bekanntlich Kojas, *Wer vertritt die Republik nach außen?* (oben Anm. 15), 630.

(20) Zur fünften französischen Republik als einem semi-präsidentiellen System, das Machtverschiebungen zwischen Präsident und Premier zulasse, ohne dessen Stabilität zu gefährden, siehe Sartori, *Constitutional Engineering* (oben Anm. 17), 125, 132.

(21) Zu diesem Ausdruck für Unentscheidbarkeit, ob jeweils das Relat eines Gegensatzes am Werk ist, siehe bei Jacques Derrida, *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund*

der Autorität, dt. Frankfurt/Main 1991, 50-51.

(22) Art. 138 B-VG *e silentio*.

(23) Siehe aus der neueren Literatur mit weiteren Nachweisen vor allem Dietmar Jahnel, *Die Mitwirkung des Bundespräsidenten an der Bundesgesetzgebung*, in: *Juristische Blätter* 108 (1987), 633-640, und Korinek, *Beurkundung* (oben Anm. 5), 121 Fn. 2.

(24) Zur Ableitung der Pflicht, verfassungskonforme Bundes(verfassungs)gesetzesbeschlüsse zu beurkunden, um die Gesetzwerdung zu ermöglichen, siehe aufgrund funktionellrechtlicher Erwägungen bei Berchtold, *Bundespräsident* (oben Anm. 11), 248; Korinek, *Beurkundung* (oben Anm. 5), 122.

(25) Siehe Robert Walter, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System*, Wien 1972, 314; ders. – Mayer, *Grundriß* (oben Anm. 11), 172-173 (RZ 470).

abmüht. Einerseits ist zurecht auf die mangelnde Fixierbarkeit der Bedeutung selbstidentifikatorischer illokutionärer Akte hingewiesen worden. Sie lade zur Dissimulation ein, denn unter dem Blankett des einfachen Gesetzes ließe sich diesfalls die Unterschrift des Präsidenten auf jede Verfassungsänderung bringen.⁽²⁶⁾ Außerdem habe die Beurteilung des Verfahrens der Bundesgesetzgebung eine Beurteilung des Inhalts des Gesetzesbeschlusses zur Voraussetzung.⁽²⁷⁾ Folglich würde die Gesamtheit jener Bedingungen relevant, die nach der Lehre vom Stufenbau der rechtlichen Bedingtheit als Erzeugungsvoraussetzungen zu qualifizieren sind. Wegen dieser Konvertierbarkeit inhaltlicher Mängel in Verfahrensmängel komme dem Präsidenten nicht bloß eine formelle, sondern auch eine materielle Prüfungskompetenz zu.

Der Ansatz der herrschenden Lehre läßt gleichwohl Vorsicht walten. Der Bundespräsident, so heißt es, solle nur in Fällen einer evidenten Verletzung der Bundesverfassung die Unterschrift verweigern, damit in die Kompetenz des VfGH nicht eingegriffen werde, zumal sein Beurkundungsakt ohnedies der „nachprüfenden Kontrolle“ durch den VfGH unterliege.⁽²⁸⁾ Diese „nachprüfende Kontrolle“ ist nun freilich ein bemerkenswertes juristisches Konstrukt, das leichtfüßig von der Lücke abstrahiert, die es gleichwohl unumwunden schließt. Die Amtsenthebung des Bundespräsidenten durch verurteilendes Erkenntnis des VfGH aufgrund eines Verfahrens nach Art. 68 Abs. 2 iVm Art. 142 Abs. 2 lit. a B-VG läßt sich als nachträgliche Kontrolle nur ausgeben, wenn man prozedurale Bedingungen auf die leichte Schulter nimmt. Zwar müßte, sobald man von der Beurkundungspflicht ausgeht,⁽²⁹⁾ in einer fahrlässigen Unterlassung oder fahrlässig fehlerhaften Vornahme der Beurkundung eine Verletzung der Bundesverfassung erblickt werden;⁽³⁰⁾ eine Lücke liegt gleichwohl deshalb vor, weil in unserem Zusammenhang bei einem Freispruch des Bundespräsidenten nach einem Verfahren nach Art. 142 Abs. 2 und 4 das rechtliche Schicksal des Gesetzesbeschlusses ungeklärt ist, wenn der Freispruch darauf beruht, daß sich der Bundespräsident in einem „entschuldbaren Rechtsirrtum“ befunden hat.⁽³¹⁾ Warum sollte nicht naheliegend erscheinen, daß, wenn der Bundespräsident nicht schuldhaft (fraudulent) die Verfassung gebrochen hat und daher im Amt verbleibt, er weiterhin die Beur-

kundung des Gesetzes versagen darf? Einzig die Prämisse, daß eine nachträgliche Prüfungskompetenz des zur Verfassungsauslegung kraft seines juristischen Sachverständes berufenen VfGH besteht, erlaubt es, aus der Perspektive dieses Organs in einem Verfahren nach Art. 142 (oder auch 140) eine „indirekt“ bindende Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu erblicken, dem die Zustimmung gegeben oder verweigert worden ist.⁽³²⁾ Die Prävalenz dieser Perspektive steht dafür ein, daß die Vertreter einer „nachträglichen Prüfungskompetenz“ für den Umstand blind sind, daß in einem Verfahren nach Art. 142 in der Sache ausschließlich über den Amtsverlust des Bundespräsidenten zu urteilen ist. Die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzesbeschlusses berührt eine Vorfrage über plausible Varianten der Verfassungsinterpretation, deren Entscheidung nicht in Rechtskraft erwachsen kann.

Aus der Perspektive des Chief Executive wird man daher zurecht darauf schließen können, daß der Amtsinhaber, solange er nach bestem Wissen und Gewissen eine plausible Interpretation vornimmt, an die Rechtsansicht des VfGH nicht gebunden sein kann. Warum sollte er auch nicht in einer Frage, die sich *sichtlich* einer eindeutigen Lösung entzieht, nicht seine Interpretation anstrengen.⁽³³⁾ Aus seiner Sicht müßte dies auch für den Fall gelten, wenn er nach bereits stattgefundener Feststellung eines „entschuldbaren Rechtsirrtums“ an seiner Rechtsansicht festhielte.⁽³⁴⁾ Die systematische Interpretation, wonach der Bundespräsident für eine nach bestem Wissen und Gewissen vertretene Rechtsansicht nicht verurteilt werden könne, versetzte ihn auch dann ins eigene Recht zur Verfassungsinterpretation. Wer anderes behauptet, trägt die Begründungslast für die Prämisse, daß der VfGH als Monopolist der Verfassungsinterpretation zu be-

trachten ist, der alle anderen Organe an seine Rechtsansicht zu binden vermag. Systematisch ließe sich diese freilich nicht leicht begründen, weil die ausschließliche Prüfungskompetenz der zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit nur deren Verhältnis zu anderen Gerichten umfaßt.⁽³⁵⁾

IV. Spätestens an diesem Punkt wird mancher geneigt sein, dem Verfasser entgegenzuhalten, er argumentiere wie Carl Schmitt, werde doch die innere Ordnung des Staates aus der Perspektive der Außenseite interpretiert. Wie Carl Schmitt zu argumentieren hieße freilich, gravierende sachliche Fehler



zu begehen. Letzterer hat nämlich auf die plebiszitäre Legitimität des Staatsoberhauptes gesetzt, um dessen vermeintliche Suprematie gegen die nur mittelbar durch Listenvahl legitimierten Angehörigen der gesetzgebenden Körperschaft und die durch Ernennungsakte noch weiter vom populus entfernten Verfassungsrichter auszuspielen.⁽³⁶⁾ Die Wahrnehmung präsidentieller Befugnis-

(26) Siehe Jahnel, *Mitwirkung* (oben Anm. 23), 636.

(27) Siehe Korinek, *Beurkundung* (oben Anm. 5), 123.

(28) So Korinek, *Beurkundung* (oben Anm. 5), 125.

(29) Auch hier mag die Interpretation des Präsidenten freilich eine andere sein. Siehe dazu schon oben S. 7 Anm. 24.

(30) Dazu, daß Fahrlässigkeit genügt, Berchtold (oben Anm. 11), 100.

(31) Siehe VfSgl. 206/1923.

(32) Siehe Jahnel, *Mitwirkung* (oben Anm. 23), 639; Korinek, *Beurkundung* (oben Anm. 5), 125-126. Die

Rede von der nachprüfenden Kontrolle könnte sinnvoll sein, wenn der VfGH die Rechtsauffassung des Bundespräsidenten bestätigte. Dies tut er aber weder in einem Verfahren nach Art. 142 noch in einem Verfahren nach Art. 140. In keinem Fall unterliegt die verfassungsrechtliche Einschätzung des Bundespräsidenten einer direkten Kontrolle. Korinek, a.a.O., 125, will freilich aus beiden Verfahrensarten die „nachprüfende Kontrolle“ abgeleitet wissen.

(33) Freilich hat der Chief Executive – und darin liegt die fortgesetzte Paradoxie – die Macht, den In-

terpretationskonflikt hervorzubringen. Aber diese Macht teilt er sich immerhin mit dem Verfassungsgericht.

(34) Siehe zur Evidenz eines Verfassungsverstößes als Folge der einmal erfolgten verfassungsgerichtlichen Feststellung die Ausführungen in BVerfGE 34, 9, 26-26.

(35) Siehe Schlaich, *Funktionen* (oben Anm. 7), 557 (RZ.38).

(36) Siehe Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931),³ Berlin 1985, 157-159.



se bringe im Verhältnis zum pluralistisch zusammengesetzten Parlament die „Einheit des Volkes als eines politischen Ganzen“ zur Geltung, eine Einheit, die sich seines Erachtens bekanntlich aus der Bereitschaft zur Identifikation des Feindes konstituiert. Das ist natürlich doppelt unrichtig. Ebenso wie die vorgebliche Identität des demokratischen Volkes bloß die populistische Nachgeburt der monarchischen Souveränitätskonzeption darstellt, genießt ein Organ, das durch Mehrheitsentscheidung bestellt wird, eine geringere demokratische Legitimität als eine Körperschaft, die sich aufgrund des Verhältniswahlrechts zusammensetzt. Demokratische Wahlen sind um so besser, je mehr sie im Resultat dazu angetan sind, Negationsmöglichkeiten in einen gelingenden Kooperationsprozeß einbauen.

Gleichwohl verfügt Österreich über einen vom Volk gewählten Bundespräsidenten. Aber möglicherweise haben die vorstehenden Überlegungen dazu beigetragen, den Sinn der Volkswahl zu erhellen, sieht es doch nunmehr so aus, als ob das Bundesvolk nicht über die Beliebtheit einer „Persönlichkeit“, sondern vermittels der Kandidatenauswahl über das politische System der Republik Österreich entscheidet. Daß diese Konsequenz in der Bundesverfassung – nicht zuletzt in der politischen Verantwort-

lichkeit nach Art. 60 Abs. 6 B-VG – systematisch angelegt ist, wird erkennbar, wenn man, was aus rechtsdogmatischer Sicht als Lücke empfunden werden muß, als strukturelles Merkmal unserer demokratischen Ordnung deutet. Denn angelegentlich der Wiederwahl des Bundespräsidenten⁽³⁷⁾ vermag die Mehrheit des Bundesvolkes das Gleichgewicht zu regulieren, das sich zwischen Organen einstellt, die sich gespenstische Kompetenzen verschafft haben oder verschaffen wollen. Und gewiß wird ein Volk mit reifer Vernunft einem Kandidaten die Gefolgschaft versagen, der die Ambition zu erkennen gibt, das Präsidentenamt in ein Organ der politischen Führerschaft umzumünzen.

Der Grund dafür liegt in der negativen Erfahrung mit Präsidialrepubliken.⁽³⁸⁾ Sartori hat zutreffend darauf hingewiesen, daß die Regierung der Vereinigten Staaten nicht wegen, sondern trotz ihres präsidientellen Charakters funktioniert.⁽³⁹⁾ Gäbe es echte Parteidisziplin, wäre das Land wegen der mittlerweile gängigen Konstellation, in welcher der Präsident sich einem Kongreß gegenüber sieht, in dem die Oppositionspartei die Mehrheit hat, gänzlich unregierbar. Überdies belegen lateinamerikanische Beispiele, daß „starke Präsidenten“ nur dann wirklich mächtig sind, wenn sie den Rahmen

der verfassungsmäßigen Ordnung verlassen. Ansonsten ergreift es auch ihnen nicht besser als ihrem nordamerikanischen Kollegen, der soliden Unterstützung durch das Parlament notorisch zu entraten.⁽⁴⁰⁾ Auch dürfte der Glaube, daß ein System der Verhältniswahl für die maßgebende gesetzgebende Körperschaft, da es der Fragmentierung des Parteiensystems keinen Riegel vorschiebt, langfristig die Position des Präsidenten stärkt,⁽⁴¹⁾ auf einer gravierenden Fehleinschätzung beruhen. Wegen ihrer von Parlamentsfraktionen losgelösten Stellung ist es für Präsidenten unverhältnismäßig schwieriger als für Premiers, stabile Koalitionen mit disziplinierten Parlamentsparteien zu bilden.⁽⁴²⁾ Als Faustregel gilt daher, daß ein Regierungssystem ineffektiv ist, wenn

es die parlamentarische Verhältniswahl mit der Präsidialrepublik kombiniert.⁽⁴³⁾ Es mag schon sein, daß in Österreich angesichts der nunmehr von drei auf fünf angewachsenen Zahl der Parlamentsparteien die Rolle des Bundespräsidenten bei der Regierungsbildung in Zukunft wichtiger sein wird. Vielleicht wird er wirklich „die Wahl“ haben. Das implizierte aber nicht, daß diese Rolle im Vergleich zu früheren Verhältnissen als „stärker“ zu bezeichnen wäre,⁽⁴⁴⁾ weil dem Bundespräsidenten nun ein größerer Handlungsspielraum zur Verfügung stünde. Es ist nicht auszuschließen, daß sich in diesem großen Raum akzeptable Kombinationen nicht finden lassen.

Man sieht, daß die Verfassungsinterpretation durch das Bundesvolk wieder einen anderen Gesichtspunkt ins Spiel bringt, nämlich die Frage, welches politische System wir aufgrund der Verfassung haben wollen. Das Volk entscheidet, ohne den Weg der offiziellen Gesamtänderung gehen zu müssen, über die Qualität der aktuell realisierten Gewaltenteilung. Ist es nicht die Größe der österreichischen Demokratie, daß darüber das Bundesvolk alle sechs Jahre zu befinden hat?

Dr. Alexander Somek ist Dozent am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtstheorie an der Universität Wien.

(37) Freilich nicht nur bei dieser, sondern auch bei der Wahl gesetzgebender Körperschaften, die ja im günstigen Fall de facto auch eine Entscheidung über den Bundeskanzler enthält.

(38) Österreich erfüllt zwei der drei Kriterien einer Präsidialrepublik. Der Präsident ist direkt vom Volk gewählt und kann nicht vom Parlament durch Mißtrauensvotum abgesetzt werden. Das dritte Kriterium, wo-

nach der Präsident die generelle Linie der Politik vorgibt, ist von seiner rechtlichen Stellung weitestgehend unabhängig. Siehe Sartori. *Constitutional Engineering* (oben Anm. 17), 83-84.

(39) Siehe ebd., 89-91.

(40) Siehe ebd., 93.

(41) Siehe dazu Welan, *Bundespräsident* (oben Anm. 11), 48-49, 76.

(42) Siehe Sartori. *Constitutional Engineering* (oben Anm. 17), 176-177.

(43) Siehe ebd., 178.

(44) So aber Thomas Klestil in einem Kurier-Interview v. 27. April 1995 (S. 3): „Die Rolle des Bundespräsidenten wird stärker sein als bisher.“

FÜR EINEN DEMOKRATIETHEORETISCHEN PARADIGMENWECHSEL

Zwischen Ideal- und Realverfassung

Hans Köchler

Der politische Diskurs der Neuzeit bedient sich seit jeher des Schlagwortes der „Demokratie“. Demokratie ist zu einer Art Adelsprädi- kat für fast schon beliebige politische Systeme geworden, wobei der machtpoliti- sche Inhaber des Definiti- onsmonopols über die Zu- erkennung entscheidet.

I. Die Fiktion der repräsentativen Demokratie- theorie und die normativen Inkonsistenzen der „Realverfassung“

Wie gerade die jüngere Geschichte vielfältig beweist, bedeutet die Reklamierung der „Demokratie“ häufig eine Art Pauschalrechtfertigung für jedwedes politische Handeln bis hin zu internationaler Gewaltanwendung. Bemerkenswert und den Philosophen immer wieder in Erstaunen versetzend ist die Selbstgerechtigkeit und ideologische Selbstgefälligkeit all derer, denen es gelingt, ihr politisches Handeln mit dem Schlagwort der Demokratie zu legitimieren, ja zu *immunisieren*.

Es scheint mir daher wichtig, den der Verfassung zugrundeliegenden ideologischen Anspruch am Beispiel zentraler Fiktionen der vorherrschenden Repräsentationslehre näher zu untersuchen. Wie schon eingangs angedeutet, scheint es ein Charakteristikum jeder Verfassung zu sein, daß sie zunächst mehr verlangt bzw. verspricht, als sie zu realisieren bzw. zu halten vermag. Dies hat eine Art staatsbürgerlicher „Demoralisierung“ zur Folge; der universale normsetzende Anspruch der Verfassung wird nicht mehr ernstgenommen. Ein fortschreitender Prozeß der Aushöhlung ist unvermeidbar.

Das die westliche Demokratietheorie bestimmende Paradigma von der (freien) Re-

präsentation legt die Entscheidungskompetenz in die Hände gewählter Abgeordneter, während die Verfassungen festlegen, daß das Recht vom Volke ausgehe. Obwohl dem politisch mündigen Bürger eine Artikulation seines Willens nur *indirekt* zugestanden wird und gemäß jeweiliger Verfassungsdoktrin eine Gruppe im Namen der Gesamtheit entscheidet, hält praktisch jede Verfassung an der *Fiktion der Freiheit* des Bürgers als politisch Handelnde fest. Während so bereits in der zugrundeliegenden Demokratietheorie und in ihrer jeweiligen verfassungsmäßigen Ausformung ein fundamentaler dogmatischer (normenlogischer) Widerspruch zwischen der Souveränität des Bürgers und der Abhängigkeit vom Willen der von ihm erkorenen Herren angelegt ist,⁽¹⁾ wodurch machtpolitische Willkür in der Anwendung der Grundsätze geradezu unvermeidbar wird (da die normenlogischen Widersprüche den hermeneutischen Spielraum in Richtung interpretatorischer Willkür erweitern), werden auch zentrale Dogmen bzw. Postulate dieser in sich widersprüchlichen Repräsentationsdoktrin in der gängigen Praxis außer Kraft gesetzt bzw. in ihr Gegenteil verkehrt. Dies soll an den Grundsätzen der Gewaltenteilung und des freien Mandates kurz exemplifiziert werden.

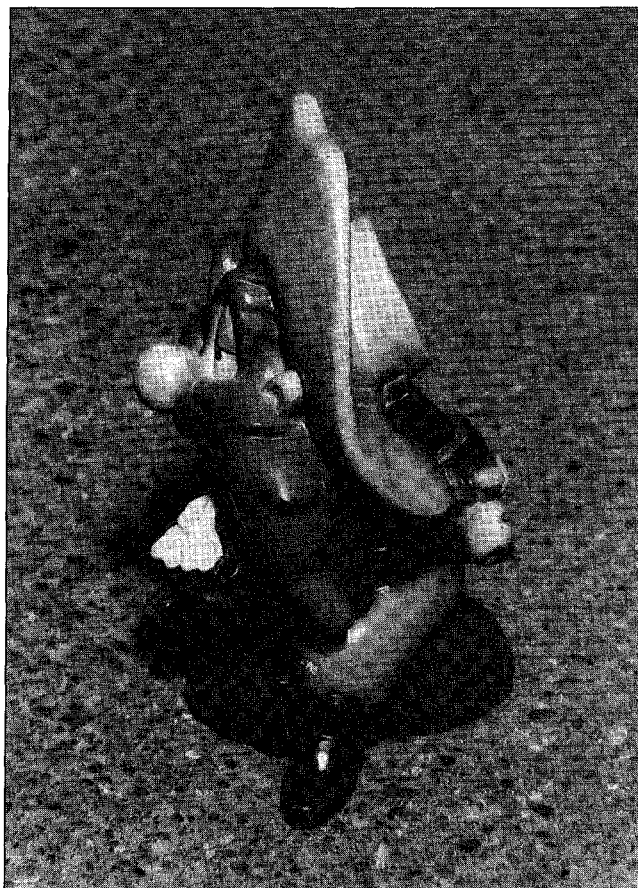
Für einen demokratischen Rechtsstaat im Rahmen des repräsentativen Paradigmas (für welches die Dichotomie Herrschende-Beherrschte konstitutiv ist) gilt das Prinzip der *Gewaltenteilung* als unverzichtbarer Bestandteil eines Systems, das nur durch *checks and balances* Legitimität gegenüber den Machtunterworfenen beanspruchen kann. Jede andere Organisationsstruktur würde unweigerlich die dem System inhärenten oligarchischen Elemente verstärken und das demokratische Selbstverständnis der jeweiligen Gemeinschaft ad absurdum führen. Die Exekutive darf nicht in den Kompetenzbereich der Legislative eingreifen bzw. sich über diese erheben, da damit das Prinzip der Volkssouveränität – der Grundpfeiler auch der hier zur Debatte stehenden indirekten, repräsentativen Demokratietheorie – in sein Gegenteil verkehrt würde. So zumindest lautet die Verfassungsdoktrin, so will es das Selbstverständnis des Verfassungsgebers. In den „Realverfassungen“ eines Großteils der parlamentarisch regierten Länder ist die Le-

gislativ jedoch nichts anderes als das Ausführungsorgan der Exekutive (hinter der wiederum die diversen Lobbies und Interessengruppen stehen). Die Trennung zwischen den beiden Gewalten ist nicht nur aufgehoben, das Verhältnis ist vielmehr umgekehrt. Die der Verfassung zugrundeliegende Demokratietheorie mit dem zugeordneten Modell der Rechtsstaatlichkeit erfährt durch die Praxis die Verkehrung ins Gegenteil. Der Legitimationsdiskurs, der demokratische Rechtsstaatlichkeit an die präzisen Kontrollmechanismen der Gewaltenteilung bindet und so ein von der Natur her oligarchisches System demokratisch „erträglich“ machen soll, verschleiert so die treibende Kraft hinter den wesentlichen politischen Entscheidungen in einem parlamentarischen System. Die dominierende Rolle der Parteien (Lobbies, pressure groups usw.) soll aus Legitimationsgründen kaschiert werden. Denn genau diese Interessengruppen herrschen mithilfe der Regierung *über* das Parlament.⁽²⁾ Die Crux ist hier – wie in vielen anderen Bereichen der praktischen Philosophie –, daß die normativen Grundsätze (in der Demokratietheorie und der auf sie aufbauenden Verfassung) notgedrungen *allgemein* formuliert sind und die Anwendungsbedingungen in der Regel nicht konkretisiert werden. Die weitgehende Abstraktheit der Verfassungsbestimmungen (die losgelöst sind von der sozioökonomischen Wirklichkeit, in welcher sich eine konkrete Verfassung bewähren soll) bedeutet, daß es keine präzisen, allgemeinerbindlichen Kriterien zur Überprüfung der Demokratiegemäßheit bzw. der Verfassungskonformität der jeweiligen (macht)politischen Praxis gibt. So wie die Demokratietheorie in ihrer dogmatischen Festlegung sich über die soziale Wirklichkeit hinwegsetzt, indem sie die Fiktion einer idealen Repräsentation des Volksganzen durch einzelne, interessengebundene Funktionsträger hochhält, so begeht die Umsetzung dieser Theorie im Verfassungsprinzip der Gewaltenteilung den Fehler einer weiteren „Idealisierung“: Sie geht davon aus, daß diejenigen, die über die machtpolitischen Instrumente zur Durchsetzung von Beschlüssen verfügen, im luftleeren, d.h. machtfreien Raum agieren, während in Wirklichkeit – aufgrund der faktischen wirt-

(1) Vgl. die Überlegungen von Robert Michels: *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie. Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens*. Neudruck 2. Aufl., Stuttgart 1957, bes. S. 371ff.

(2) Eine hervorragende Beschreibung der Machteliten im oligarchisch-plutokratischen System der USA hat C. Wright Mills schon in den fünfziger Jahren vorgelegt: *The Power Elite*. London/Oxford/New York 1956. Die Mechanismen der Meinungsbildung („manufacture of consent“) in einem oligarchisch-parlamentarischen System hat Walter Lippmann schon in den zwanziger Jahren illusionlos analysiert: *Public Opinion. With a New Introduction by Michael Curtis*. Brunswick/London 1991.

schaftlichen Interessenslage – die zum Gesetzesbeschluß Befugten nicht einmal die Mittel haben, um die Grundlagen für ihre Entscheidungen zu erarbeiten, da fast der gesamte bürokratische Apparat im Dienste der Exekutive bzw. der Parteien und Interessenvertretungen steht. Der Parlamentarier wird damit zum ausführenden Organ von Interessengruppen, die es gemäß dem idealen Verfassungsrahmen gar nicht gibt bzw. nicht geben darf. Dieser komplexe Zusammenhang wird durch die österreichische Praxis der „Sozialpartnerschaft“ exemplarisch verdeutlicht. Das Parlament wird zu einer Bühne degradiert, auf der die von den eigentlichen Machthabern geschriebenen Texte zum besten gegeben werden.



Damit wird auch das in den Verfassungen parlamentarischer Staaten verankerte „freie Mandat“ ad absurdum geführt. Das Adjektiv „frei“ bezieht sich nicht mehr auf die Wissensentscheidung des Abgeordneten, sondern auf die jeweilige Interessengruppe (Partei, Gewerkschaft), die über ihn machtpolitisch (vor allem was seine Karrierechancen betrifft) verfügt. Der aus der österreichischen Demokratiepraxis hervorgegangene decouvrierende Ausdruck vom „Klubzwang“ macht die tatsächlichen Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnisse exemplarisch deutlich: Die Entscheidungskompetenz mag zwar der Papierform nach beim Abgeordneten liegen, er hat diese seine Befugnis durch seine Kandidatur auf einer Parteienliste jedoch de facto an die Partei abgetreten. Zuwiderhandeln wird in der Regel durch die Beendigung der politischen Karriere geahndet. Auch in diesem Fall ist die österreichische politische Terminologie decouvrierend: der Abgeordnete, der es wagt, wirklich frei, d.h. nur seinem Gewissen verantwortlich zu entscheiden, und der daher unter Umständen seinen angestammten Parlamentsklub verlassen muß, wird in diesem Fall als „wilder“ Abgeordneter denunziert, obwohl er der einzig Freie in einer Gruppe der Ferngesteuerten ist, die ihre Verantwortung am Eingang des Partei- bzw. Klublokals abgegeben haben. Die Diktatur der Lobbies über den nach der Fiktion der Verfassung freien Abgeordneten steht nicht nur in eklatantem Widerspruch zum Repräsentationsdogma der Verfassung, sie ist mit den fundamentalen Grundsätzen der Demokratie – wie immer man diese auch auslegen

mag – schlichtweg unvereinbar. Es versetzt den politischen Theoretiker immer wieder in Erstaunen, wie wenig die zur Rechtfertigung der Realverfassung getroffenen Sprachregelungen hinterfragt werden.

Durch die bisherige, nicht nur in Österreich geübte Praxis entziehen diejenigen, die den politischen Diskurs bestimmen, der Verfassung ihre Legitimationsgrundlage. Wenn man schon das zentrale Prinzip der freien Mandatsausübung ins Gegenteil verkehrt, so kann grundsätzlich jede andere Bestimmung zur Disposition gestellt werden. Wenn die Legitimität einer demokratischen Ordnung repräsentativer Prägung gerade darin besteht, daß der Bürger sich einer Herrschaft unterwirft, weil ihre Ausübung präzisen Kontrollmechanismen unterliegt, so steht und fällt das System mit einer konsequent durchgeführten Gewaltenteilung. Sobald der Parlamentarier nicht mehr dem Bürger, sondern der ihn entsendenden Lobby verantwortlich ist bzw. faktisch von der Regierung kontrolliert wird, die ihm auch den Beschlußfassungsrahmen vorgibt, ist die Verfassung so weit ausgehöhlt, daß die Konsistenz ihres gesamten Normengefüges in Frage gestellt ist. So sind auch in der Verfassung verankerte freie Wahlen irrelevant, wenn die Entscheidungen schließlich nicht von dem Gremium getroffen werden, das der Bürger bestimmt, d.h. wenn die Gewählten von anderen gefaßte Beschlüsse lediglich formal nachvollziehen.

Das vorhin am Beispiel des Verhältnisses von Legislative und Exekutive über die Gewaltenteilung Gesagte gilt übrigens auch für

das Verhältnis von judizieller und exekutiver bzw. legislativer Gewalt: Auch hier ist die Gewaltenteilung in vielen parlamentarischen Demokratien nicht konsequent durchgeführt. Aufgrund der Weisungsbefugnis des Justizministers gegenüber der Staatsanwaltschaft kann die Exekutive direkt in den Rechtsfindungsprozeß eingreifen bzw. diesen verhindern. Durch die Bestimmungen über die parlamentarische Immunität kann die Legislative sich vom Gelten der von ihr beschlossenen Gesetze in wesentlichen Bereichen ausnehmen. In beiden Fällen wird der universale Verbindlichkeitsanspruch der Verfassung unterminiert, da eben die Verfassung im Hinblick auf diese Bestimmungen selbst *normative Inkonsistenzen* enthält, die mit ihrem realpolitischen Zustandekommen und ihrer machtpolitischen Durchsetzbarkeit zu tun haben.

Besonders deutlich wird das Auseinanderklaffen von Verfassung und politischer Wirklichkeit jedoch in Theorie und Praxis der *Menschenrechte*. Die im Westen vorherrschende Demokratietheorie sieht die Menschenrechte als Geltungsgrund jeder demokratischen Ordnung. Gemäß dem vorherrschenden Legitimationsdiskurs werden die Menschenrechte nur in der parlamentarischen Demokratie adäquat verwirklicht, da nur diese dem Status des Menschen als autonomen Subjektes gerecht werde. In diesem Sinne werden die Menschenrechte als Legitimationsgrundlage der jeweiligen Verfassungsordnung herangezogen. Hier soll nicht der Frage nachgegangen werden, ob die in den westlichen Verfassungen verankerte Form des Parlamentarismus und des freien Mandates (das in der Verfassungswirklichkeit ohnedies keine Entsprechung findet) tatsächlich die der Autonomie des Bürgers adäquate politische Struktur und damit im strengen Sinne menschenrechtskonform ist,⁽³⁾ und ob nicht etwa Formen der direkten Demokratie dem normativen Anspruch der in der Deklaration von 1948 verankerten bürgerlichen und politischen Rechte eher gerecht werden, vielmehr soll auf eine immer wiederkehrende Typik des Legitimationsdiskurses der liberalen Demokratie hingewiesen werden.

Die spezifische *Strategie* scheint jeweils darin zu bestehen, daß allgemein anerkannte Grundsätze, die sich auf den Status des Menschen als freies, autonomes Subjektes beziehen, unter Absehung von ihren sozioökonomischen und soziokulturellen Anwendungsbedingungen formuliert werden. So wie die Formulierungen über das freie Mandat in der Repräsentationslehre und Repräsentativverfassung von der realen gesellschaftlichen Eingebundenheit des Abgeord-

(3) Der Verf. hat diese ideologiekritische Problematik an anderer Stelle ausführlicher behandelt: *Zur Frage der Menschenrechtskonformität demokratischer Systeme, in: Revolution and Human Rights. Proceedings of the 14th World Congress in Edinburgh, August 1989. ARSP, Beiheft Nr. 41, Stuttgart 1990, S. 50-62.*

neten abstrahieren und damit die Willkür in der Anwendung dieses Grundsatzes geradezu herausfordern, so werden die Menschenrechte – als klassische „Freiheitsrechte“ – nur in einem abstrakt-verkürzten Sinne zugelassen. Bürgerliche und politische Rechte werden unter weitgehender Absehung von den wirtschaftlichen und sozialen Grundrechten deklariert, obwohl erstere nur durch letztere konkretisiert werden können. Damit hängt aber die gesamte Menschenrechtsdoktrin in der Luft, sie wird zum beliebig manipulierbaren Instrumentarium der Machtpolitik, da es keine präzisen Kriterien zur Feststellung der Anwendungsbedingungen gibt. Auch wenn z.B. wirtschaftliche Rechte nicht „einklagbar“ sein mögen und wenn die (macht)politische Wirklichkeit nur eine verkürzte Auffassung im Sinne der klassischen Freiheitsrechte zuläßt, muß eine philosophische Kritik auf den Umstand verweisen, daß die Menschenrechte so zu einer reinen „Werthülse“ degradiert werden, deren sich das jeweilige System zu Legitimationszwecken bedient. Wir können hier eine ähnliche Struktur wie bei der Machtausübung im Namen des Volkes in Form der Repräsentation konstatieren: Die Schaffung einer Fiktion soll die machtpolitische Praxis kaschieren helfen.

Wenn die Anwendungsbedingungen der jeweiligen Norm offengelassen werden, ist diese nicht operationalisierbar, der Betroffene kann sich nicht in nachvollziehbarer Weise darauf berufen. So wie die Menschenrechte ohne die Garantierung fundamentaler sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte inhaltsleer und damit irrelevant bleiben, so bleibt das Postulat von der freien Ausübung des politischen Mandates unverbindlich, wenn so getan wird, als ob es nur den „ätherischen“ Menschen gäbe, der frei von allen Interessen handeln könnte. Beiden Fiktio-

nen ist gemeinsam, daß sie die tatsächlichen Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse verschleiern.⁽⁴⁾ Der normative Anspruch der Verfassung bzw. der völkerrechtlich verbindlichen Deklaration muß dadurch notgedrungen an der realpolitischen Wirklichkeit scheitern. Gleichzeitig eröffnet die Postulierung fiktiver Grundsätze die Möglichkeit, die Anwendungsbedingungen selbst nach politischer Opportunität zu definieren. Darin liegt die Problematik der derzeitigen internationalen Menschenrechtsdiskussion, aber auch des Diskurses über die parlamentarische Demokratie und deren Menschenrechtskonformität.

II. Demokratieideologischer Konsens im Zeichen der Neuen Weltordnung?

Die vorhin aufgezeigten Beispiele haben deutlich gemacht, daß der Diskurs, mit dem die jeweilige politische Wirklichkeit legitimiert werden soll, von der willkürlichen Umdeutung zentraler Begriffe der Demokratie- und Menschenrechtstheorie lebt. „Demokratie“ wird damit, ob man es will oder nicht, zu einem *lucus a non lucendo*, da ihre konkrete Verwirklichung gerade die Negation des zentralen Freiheitspostulates (mit Bezug auf den Bürger wie den Abgeordneten) impliziert. Nur ein System der direkten Demokratie könnte einen Weg weisen zwischen der Skylla der faktischen Negation des Bürgerwillens durch die Repräsentation und der Charybdis der Instrumentalisierung des Repräsentanten durch die Interessengruppen in der Realverfassung des Parlamentarismus. Beides – die Herrschaft über den Bürger im Namen der Demokratie wie die Vereinnahmung des angeblich freien Funktionsträgers durch demokratisch nicht legitimierte Interessen – macht den Demokratiebegriff inhaltsleer und zum reinen *Legitimationsbegriff*.

Die Frage, ob es ein konsistent formulierbares alternatives Modell einer Verfassungsordnung gibt, das dem normativen Anspruch der Demokratie genügt, kann hier nicht beantwortet werden. Die bisherige Praxis der direkten Demokratie gibt jedenfalls keinen ausreichenden Hinweis, da auch hier die sozialen Rahmenbedingungen für die Inanspruchnahme des Rechts auf freie, direkte Mitbestimmung entscheidend sind. Der „menschenrechtsdogmatische“ Vorteil, der darin besteht, daß ein direktdemokratisches System eine Mediatisierung des Bürgerwillens durch Repräsentanten ausschließt und damit der Autonomie besser gerecht wird, besagt noch nicht viel, solange die jeweilige Realverfassung nicht genau untersucht worden ist.

Angesichts dieser Problematik und der über einen langen Zeitraum geübten Praxis, durch welche die Verfassung erst als *Realverfassung* geschaffen worden ist, scheint die Frage berechtigt, ob

man das faktische politische System nicht neu definieren sollte, damit ideologische Mißverständnisse vermieden werden können. So spricht einiges dafür, den Ausdruck „parlamentarische Demokratie“ durch „parlamentarische Oligarchie“ zu ersetzen, da es sich bei der demokratischen Entscheidungsfindung – sowohl auf der Ebene der Repräsentationsdoktrin wie der parlamentarischen Praxis mit Bezug auf den Repräsentanten – um eine reine Fiktion handelt. Zweifelsohne ist jede Verfassung einem *dynamischen Prozeß der Auslegung* ausgesetzt, der oftmals einer Aushöhlung ihrer Grundsätze gleichkommt. Die Verfassung und das ihr inhärente Demokratieverständnis sind einem ständigen Wandel durch die *Realpolitik* unterworfen. So bedeutet das „freie Mandat“ nach einer jahrzehnte- oder gar jahrhundertelangen gegenteiligen Praxis eben etwas anderes als seinerzeit für den Verfassungsgeber. Die Verfassung wird von der politischen Wirklichkeit „eingeholt“. (Ein großer Teil der Jurisprudenz resultiert aus den komplexen semantischen Problemen, die sich aufgrund machtpolitischer Praxis ergeben.) Diese „Wirkungsgeschichte“ im hermeneutischen Sinn, welcher die Verfassungsordnungen – ob national oder transnational – unterworfen sind, bedeutet, daß zentrale Verfassungsbegriffe sich in ihr Gegenteil verkehren; gemäß solcher politischen „Realdialektik“ kann – um auf die vorigen Beispiele zurückzukommen – das *freie Mandat* angeblich nur über den *Klubzwang* ausgeübt werden; nach eben dieser Dialektik wird *Stimmhaltung* auf zwischenstaatlicher Ebene als Zustimmung ausgelegt, wird im Namen der *Gewaltenteilung* *Machtkonzentration* praktiziert etc. etc.

Die politische Philosophie sollte gegenüber diesen von der Machtpolitik geschaffenen „hermeneutischen“ Fakten für mehr *intellektuelle Redlichkeit* plädieren. Müßte man nicht nach jahrhundertlanger „oligarchischer“ Praxis der Repräsentation schließlich ihren *nicht-demokratischen* Charakter eingestehen? Hans Kelsen hat den Weg für die politische Philosophie gewiesen, indem er zwischen organisatorischen Notwendigkeiten und rechtsdogmatisch-ideologischer Konstruktion einen klaren Trennungsstrich gezogen hat.⁽⁵⁾ Dies bedeutet allerdings, daß man das organisatorische Erfordernis der Arbeitsteilung nicht ideologisch überhöhen darf. Beschlußfassung nach den Strukturen der Repräsentation ist dann nicht das Sichtbarmachen eines höheren (Volks-)Ganzen, wozu der Bürger den Repräsentanten bräuchte, sondern Agieren nach einem allerdings frei interpretierbaren Auftrag des Wahlvolkes. Es ist klar, daß eine solche Herrschaft durch Stellvertretung, die sich zudem komplexer Techniken der Mei-



(4) Mit Bezug auf die Menschenrechte ist dies bei der Wiener Weltkonferenz vom Juni 1993 überdeutlich geworden.

(5) Vom Wesen und Wert der Demokratie. Aalen 1963 (Neudruck 2. Aufl.), S. 29ff.

nungsbeeinflussung („Wahlwerbung“) bedient,⁽⁶⁾ nicht mit dem Begriff der *Volkssouveränität* vereinbar ist.⁽⁷⁾

Es steht außer Zweifel, daß das Repräsentationsparadigma in der oben geschilderten Auslegungspraxis über Jahrzehnte der Nachkriegsgeschichte z.B. zum Aufbau einer stabilen wirtschaftlichen und politischen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland wie in anderen westlichen Staaten beigetragen hat. Uns stellt sich jedoch gerade in der jetzigen Situation die Frage der *ideologischen Redlichkeit*: Müßten nicht die im wesentlichen *oligarchischen* Umsetzungsformen der in den meisten westlichen Verfassungen verankerten Demokratietheorien letztlich zu einer Infragestellung des repräsentativen Paradigmas führen? Ist nicht in der repräsentativen Spielart der Demokratietheorie unvermeidbar ein *nicht-demokratisches* Element grundgelegt? Und wäre die Praxis mithin nicht zu wesentlichen Teilen ohnedies konsequente Umsetzung einer von vornherein nicht demokratischen Ideologie? Der herrschaftliche Diskurs der gängigen Repräsentationslehre enthält bereits das Schema der Über- und Unterordnung, wie es für die Doktrin der Machtausübung durch Stellvertreter typisch ist. Die Praxis einer weitgehend undemokratischen (d.h. oligarchischen) Realverfassung wäre damit nicht Hinweis auf einen Systemfehler, sondern nur die *Folge* einer in sich widersprüchlichen – in demokratischer Hinsicht „unehrlichen“ – Theorie, die sich zu Legitimationszwecken eines positiv besetzten Begriffes bedient.

Sollte man angesichts dieses Sachverhaltes jetzt, da sich das Ende der Nachkriegsordnung abzeichnet, nicht auch die sie tragende Ideologie kritisch hinterfragen, anstatt unter dem Slogan einer Neuen Weltordnung in die alten ideologischen Rechtfertigungsschemata zu verfallen? Wäre das Zusammenbrechen der alten ideologischen – nicht nur machtpolitischen – Ordnung des Kalten Krieges nicht ein guter Anlaß für diesen Paradigmenwechsel? Das Scheitern des sozialistischen Staats- und Gesellschaftsmodells rechtfertigt intellektuell sicher nicht eine Haltung der Selbstbestätigung bzw. Selbstbeglückwünschung hinsichtlich der Überlegenheit des „liberalen“ Demokratiemodells.

Es bleibt dahingestellt, ob eine weniger präntiös formulierte politische Theorie, welche die Unvereinbarkeit von Demokratie und Sachwalterschaft einbezieht und die Dinge beim Namen nennt, zu einer konsistenteren realpolitischen Umsetzung führen würde. Falls Legitimation eines Systems bedeutet, daß die der Herrschaft Unterworfenen mit diesem Faktum versöhnt werden



sollen, wäre der Legitimationseffekt einer solchen Theorie jedenfalls geringer. Andererseits würde eine *theoriekonforme Praxis*, auch wenn man sich von liebgewordenen Illusionen verabschiedet, sicherlich die Akzeptanz des jeweiligen politischen Systems – als Herrschaftssystem – verbessern. Eine Revision der Demokratietheorie und der jeweiligen Verfassung angesichts der andersgerteten Praxis sollte daher in Erwägung gezogen werden, wenn man vermeiden will, daß das Schlagwort der „Demokratie“ als Legitimation für alles und jedes (einschließlich einer bewaffneten Intervention und der Außerkraftsetzung der Menschenrechte) erhalten muß. Eine inhaltlich ausgehöhlte Theorie ist – als bloßes Sedativum – dem Mißbrauch zugänglicher und damit machtpolitisch gefährlicher als eine *realistische* Theorie der tatsächlichen Mechanismen politischer Meinungsbildung und Entscheidungsfindung. Eine Oligarchie *im Namen* der Demokratie wäre gefährlicher Selbstbetrug.

Wenn man sich jedoch der Aufgabe einer Neuformulierung der Theorie der Repräsentation in ihrer Einschränkung der Volkssouveränität nicht stellen will, bleibt nur das ganz andere Paradigma der partizipatorischen bzw. direkten Demokratie,⁽⁸⁾ das Repräsentation grundsätzlich ausschließt. Dieser Theorie ist bis jetzt aus Gründen der *Praktikabilität* in der Machtausübung keine Beachtung geschenkt worden. Sie scheint jedoch die einzige Alternative zu einer Neuen Weltordnung zu sein, in der das „liberal“

Demokratieverständnis und die Demokratiepraxis der einzig verbliebenen Supermacht weltweit verordnet werden und in welcher sich neue kriegerische Auseinandersetzungen zur Durchsetzung des Universalitätsanspruches dieser Doktrin, der gleichwohl ein versteckter Machtanspruch ist, abzeichnen. Die politische Wirklichkeit der Repräsentation widerlegt nicht nur die jeweilige Verfassung, wie wir zu zeigen gesucht haben, sie schafft im Weltmaßstab die *neue Realität* des „guten“, „demokratiekonformen“ Gemeinwesens, das sich der demokratischen Legitimationsterminologie trotz gegenläufiger Praxis und wider besseren Wissens aus taktischen Gründen bedient. Nur „Dissidenten“ wie Noam Chomsky haben dies bis jetzt auszusprechen gewagt.⁽⁹⁾ Insgesamt laufen wir jedoch Gefahr, die Chance einer ideologischen Neubesinnung angesichts des Zusammenbruches des mit dem Kapitalismus und seiner „klassischen“ Ausprägungsform: der liberalen Demokratie, rivalisierenden Systems – des Sozialismus – zu verspielen. Statt einer *Verbesserung* unserer politischen Theorie steht ihre *Verabsolutierung* auf der Tagesordnung. *Demokratie* wird zur leicht handhabbaren, alles legitimierenden Leerformel. Die Ideologen folgen wieder einmal den Spielregeln der Machtpolitik, anstatt diese auf ihre Legitimation zu hinterfragen.

Univ.-Prof. Dr. Hans Köchler ist Vorstand des Instituts für Philosophie an der Universität Innsbruck.

(6) Walter Lippmann hat bereits vor mehr als einem halben Jahrhundert vorausgesehen, wie die modernen public-relations-Methoden das politische System grundlegend verändern und das „Dogma“ von der Entscheidungskompetenz des Bürgers ad absurdum führen werden (vgl. *Public Opinion*, Neuaufl. New York 1991,

S. 248: „... that the knowledge of how to create consent will alter every political calculation and modify every political premise“).

(7) Darauf hat auch Hans Kelsen unmißverständlich hingewiesen: *op. cit.*, bes. S. 30ff.

(8) Vgl. dazu Benjamin Barber, *Strong Democracy*,

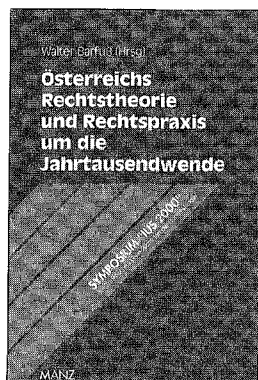
Participatory Politics for a New Age. Berkeley/Los Angeles/London 1984, sowie John Burnheim, *Is Democracy Possible? The alternative to electoral politics*. Berkeley/Los Angeles 1985.

(9) Vgl. *Democracy in the Industrial Societies*, in: *Detering Democracy*. London/New York 1991, S. 331-350.

111 gute Gründe, im JURIDIKUM zu werben*)

[sic!] Forum für Feministische Gangarten, ABC-Kurse, Aida - Die Wiener Café-Konditorei, ALSOSIL, Amerlingbeisl, Arbeiterkammer Wien, Austria Tabak, Bank Austria, Blickwechsel, Böhlau Verlag, Brezina Real, Buchhandlung Kosmos, Buchkultur, Buchverlage Orac/K & S, Bundesministerium für Frauenangelegenheiten, Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie, Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung, Bürger beobachten die Polizei, Café Lange, Café-Restaurant Hebenstreit, Casinos Austria, Central American Trading Ltd., Circular Letter Platform Fortress Europe, Comin Virus Hotline, Contraste, Creditanstalt-Bankverein, CW Software Engineering, Das Haus der Bücherschränke, Demontage, Der Blätterteig, Der Grüne Klub im Parlament, Der Grüne Klub im Rathaus, Der Standard, Der Streit, Die Grüne Alternative, Die Linke, Die P.S.K., Dr. Gabriel Liedermann, Edition Sandkorn, Fahrschule Mohaupt, Filmladen, FORVM, Forum Recht, Fraueninfothek, Freie Universität Teufen, GEA, GPA-Jugend, Grüne Bildungswerkstatt, Grüne Bildungswerkstatt NÖ, Impuls, Internationale Finanz-Planung, INTERRA-Büro, Jus Amandi, Kommunistische Partei Österreichs, KR Hannes Maikisch, Last & Co, LUX Kaffee Bar Gasthaus, mac - Austrian Management Courses, Magistrat der Stadt Wien/MA 2 Bewerbungsreferat, Maria Thanhoffer, MAP Werbegesellschaft, Monatszeitung, Monte Verita, Moritz Bräu, Nicaragua Libre, Nudel & Strudel Gasthaus Bauer, ÖGB-Verlag, ÖH-Servicecenter, Öko-Trends, Panda Restaurant, PapierTiger, PC-Company, Pichler Verlagsbuchhandlung, Plaidoyer, Plutzer Bräu/Francesco, Rechtskurse Dr. Richter, Reisebuchladen, Restaurant Mexicano, S-BS Büromaschinen & Service, Salto, Service Fachverlag, Sight & Sound Studio, Signum Verlag, Software Dschungel, Sozialdemokratische Partei Österreichs, Springer Verlag Wien New York, Steppenwolf, Stimme der Frau, Störfaktor, Südwind, THEATER m.b.H., Theater Spielraum, Université Attila József - Faculté de Droit, VDS-Computer, VEGA/AERA - Das Lokal, Verband Sozialistischer StudentInnen Österreichs, Verlag Der Hahn, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Verein für Bewährungshilfe und soziale Arbeit, Verlag für Gesellschaftskritik, Volkshochschule Margareten, Volksstimme, Vorsicht Hochspannung, Weg und Ziel, Wiener Städtische Versicherung, Wiener Tagebuch, Wirtschafts-Trend Verlag, WUV-Universitätsverlag, Zeitschrift für Afrikastudien, Zukunft Österreich

*) JURIDIKUM-Anzeigenkunden seit 1989 Contact Context Robert Zöchling Tel 40 36 993 Fax 40 88 985



Juristen an der Jahrtausendwende

„It's the business of the future to be dangerous.“
(Alfred North Whitehead)

Dem bekannten Rechtsanwalt Dr. Walter Barfuß war es gelungen, im Mai 1994 die Juristischen Gesellschaften aller neun Bundesländer zum Symposium „IUS 2000“ zusammenzuführen, um die Rolle der JuristInnen und die Funktion des Rechts an der Schwelle zu einem neuen Jahrtausend einer kritischen und zukunftsweisenden Betrachtung zuzuführen. Die wichtigsten Beiträge führender österreichischer Juristen liegen nun in Buchform vor. Herausgekommen ist ein 90 Seiten schmaler Band voll Resignation und Pessimismus.

Schon Herbert Schambeck hat in seiner einleitenden Arbeit mehr mit der Aufarbeitung der Vergangenheit als mit Plänen für die Zukunft zu tun, wenn er Egbert Mannlicher zitiert, der bereits 1929 der Gesetzgebung „unverständliche Ausdrucksweise, schlechte Systematik, übermäßige Paragraphenlänge, Überspannung verfassungsgesetzlicher Regelungen, Wechsel im Ausdruck für denselben Begriff und weitgehende Kasuistik“ vorwarf. Der Professor und Vizepräsident des Bundesrats appelliert, zur Behebung seines Unbehagens an den aktuellen Entwicklungen, an soziale Gesinnung und rechtliche Ethik.

Auch der Verfassungsrichter Karl Spielbühler scheint seine Niedergeschlagenheit kaum verbergen zu können, wenn er zwar zunächst fast belustigt höchstgerichtliche Judikatur zu unausführbaren Bestimmungen zitiert, zu miteinander unvereinbaren Gesetzen und ratlosen Interpreten, wenn er dann aber von experimenteller Gesetzgebung spricht, von heillosen Überforderung des Parlaments, seiner Nachlässigkeit und Unbekümmertheit und deren Anprangerung.

Vielleicht nicht zufällig steht Johannes W. Pichlers rechtssoziologisch-empirische Untersuchung „Rechtsakzeptanz“ im Zentrum des schmalen Buchs. Sorgfältig gearbeitete Statistiken zeichnen ein erschreckendes Bild von Rechtsunkenntnis und Inakzeptanz. Rund die Hälfte der be-

fragten Rechtsunterworfenen hat nicht die geringste Ahnung, daß in Rechtsbereichen wie Polizeibefugnisse, persönliche Freiheit oder Strafvollzug zum Teil umwälzende Neuerungen bereits vollzogen sind oder vorbereitet werden.

Die Untersuchung, in der es von Begriffen wie „Entfremdung“, „Devianz“ und „Verweigerung“ nur so wimmelt, ist erschütternd: 2/3 der Befragten zögern nicht, einem Statement wie „Das Parlament erläßt Gesetze, mit denen der Bürger eigentlich nicht besonders einverstanden ist, die ihn befremden.“ zuzustimmen. Der gleiche Anteil glaubt zu wissen, daß Gesetze dazu da sind, sie in ihrer Freiheit einzuschränken. Der Beitrag endet mit „Therapievorschlägen“ für die Politik.

Während sich Theodor Mayer-Malys Aufsatz über die freiheitsverbürgenden Funktionen des Privatrechts angesichts des niederschmetternden Befehds schon beinahe zynisch ausnimmt, klingt vor diesem alarmierenden Hintergrund Franz Matschers Warnung (unter Zitierung von Donizetti und Daumier) vor dem „als lebensfremd empfundenen und für die Bürger weitgehend unverständlichen ... Recht“ und seinen Juristen vollends resigniert.

Zwar sucht der Autor „das Minenfeld ei-

nes verengten Akademismus“ (Pichler) zu verlassen, doch sein Aufruf zur Bescheidenheit gerät in Kenntnis oben zitiert Forschung zum hohlen Pathos. Die „Chancen“, die die Integration biete, sind solche für die Rechtsgelehrten und also fordert Österreichs Vertreter beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte für das neue Europa einen flexiblen, sprachgewandten und mutigen Juristen. Der gerade steht bei Dreiviertel der Österreicher im Verdacht, Recht als Herrschafts- und Ungleichheitsinstrument zu mißbrauchen!

Auf der anderen Seite der Kluft indessen bequem eingerichtet hat sich der Wiener Professor Werner Ogris mit seinem abschließenden Beitrag, der einen Bogen spannen will vom römischen Recht zum Europa des nächsten Jahrtausends. Der Rechtshistoriker wünscht „unserer Republik und ihrem Juristenstand“ alles Gute im Europa des dritten Jahrtausends nach Christus und ruft ihnen zu: „Quod bonum faustum felix fortunatumque sit!“ Sein Ziel ist immerhin die Zukunft, auch wenn er sie in einer toten Sprache grüßt.

Klaus Richter

Walter Barfuß (Hrsg.), Österreichs Rechtstheorie und Rechtspraxis um die Jahrtausendwende – Symposium „Ius 2000“, Manz, Wien 1994, 84 Seiten.

Gute Miene Böses Spiel

Wie rasch und dramatisch die großräumige Vernichtung öffentlicher Darstellungs- und Diskussionsmöglichkeiten durch *bedeutungslose* aber wirkungsmächtige Politiker und Medien vonstatten gehen kann und wie schwierig es ist, sich gegen diese Gemeingefahr zur Wehr zu setzen, haben wir in den vergangenen Wochen erleben müssen: Der auch sonst notorisch *bedeutungslose* Anführer einer sich zur „Bewegung“ aufplusternden Partei nimmt einen einigermaßen *belanglosen* Vorgang zum Anlaß, wild in der Gegend herumzudeuten, damit massenhaft schlechte *Meinung* über Personen, Gruppen, Organisationen und Denkrichtungen zu evozieren, die sich am Ende, als Objekte seiner Spielzüge durch den *Bedeutungs-Zerhacker* der Massenmedien getrieben, in ihrem öffentlichen Ansehen, Fortkommen und Kredit geschädigt, politisch geschwächt und zerfleddert wiederfinden – ohne reelle Aussicht darauf, sich mit annähernd gleicher Massenwirkung durch die *Darstellung* von Sachverhalten, durch die *Erörterung* von Zusammenhängen und durch die *Erwägung* von Beurteilungen gegen die Diffamierung zur Wehr setzen zu können.

Damit werden praktische Grenzen der Aufklärung, und das bedeutet für unsereinen: des Redens und Schreibens überhaupt, geschaffen und gezeigt. Je enger das böse Spiel der Anti-Aufklärung diese Grenzen zieht, umso schwerer wird es fallen, mit zwar zunehmend müdem Blick aber im

übrigen guter Miene an aufklärungsbemühten Alternativen zu basteln. Ich bastle, schon als Kind nicht gerade zum Helden der Sandkiste disponiert, lieber an Zeitschriften als an sonst irgend etwas. Das ist derweil noch immer mein Angebot, aufrecht nach Maßgabe dazu passender Nachfrage, feilschen um Inhalte allerdings ausgeschlossen.

Kein medienpolitischer Kommentar soll heute ohne *ceterum censeo* bleiben: Möge doch einmal (damit wir zumindest von dieser Seite wissen, woran wir sind) der Gesetzgeber entscheiden, was er will: *Endlich* wirksame Fusions- und Konzentrationsbeschränkungen für Medienunternehmen (nicht nur die Mediaprint muß zerschlagen werden); *endlich* eine wirksame Medienförderung im öffentlichen Interesse anstatt des derzeit gepflogenen Verschenkens von Steuermillionen an kommerziell erfolgreiche Medienunternehmungen, das durch keinerlei medienpolitische Zielsetzung zu rechtfertigen ist; *endlich* eine Neuordnung des Medienrechts, die die Verletzung der Persönlichkeitsrechte auch und vor allem jenen Medien verleidet, die daran am besten verdienen; *schließlich und endlich* auch bei der „Öffnung des Äthers“ ein Abgehen von der Favorisierung kommerzieller Anbieter und mindestens auch die Zulassung und Förderung Freier Radios? Oder sonst irgend etwas?

Robert Zöchling

Aus: »Context – Freie Studien und brauchbare Information« Nr. 4/1995. Erhältlich bei: Context, Bergsteiggasse 43/16, A-1170 Wien, 8 Seiten, 20,- öS.

„Unsachliche“ Entscheidungen

Angela Diewald

Der VfGH hat im August des Vorjahres beschlossen, die Mitbestimmung der Studierenden bei Professorenerufungsverfahren nach dem Universitätsorganisationsgesetz auf ihre „Sachlichkeit“ hin zu prüfen.

Anlaß dafür war die Beschwerde eines Bewerbers, der von der Berufungskommission an erste Stelle gereiht, aber vom Minister nicht berufen wurde und auch keine Akteneinsicht bekam.

Obwohl also nicht das Zustandekommen des Dreivorschlages, sondern dessen Behandlung im Ministerium Gegenstand der Beschwerde war, wurde nicht diese Behandlung, sondern die mit dem Anlaßfall in keinem besonderen Zusammenhang stehende Mitbestimmung von Studierenden angegriffen: Da diese und überhaupt Nichthabilitierte weniger qualifiziert seien, sollten sie keinesfalls Entscheidungen gegen die Mehrheit der Habilitierten bewirken können. Die Begründung erschöpft sich allerdings in der wiederholten Behauptung der Unsachlichkeit.

Die Reaktionen darauf zeigten eine breite Ablehnung dieser Ansicht und auch gegenüber „Reparaturvorschlägen“ – etwa einer Zusatzabstimmung der Habilitierten –, meist aus politischen Erwägungen und aufgrund der Erfahrung. Die rechtliche Betrachtung der Sache ist aber mindestens genauso wesentlich, und man kann nicht nur die angebliche Unsachlichkeit widerlegen, sondern auch die rechtliche Notwendigkeit des status quo begründen.

Die Berufungskommission ist ein Sachverständigen-gremium, das im Verhältnis 2:1:1 aus Professoren, Mittelbauvertretern und Studierenden (mit einer Mindestqualifikation) zusammengesetzt ist, wobei Habili-

tierte die Mehrheit bilden müssen. Dieses Organ ermittelt Fakten zur Eignung von Bewerbern für die Arbeit eines Professors: Forschung, Lehre, Prüfung, Führungsaufgaben (betrieblich, personell), universitäre Verwaltung, wissenschaftliche PR.

Zugleich ist sie aber eine entscheidende Kollegialbehörde (= bevollmächtigte Kommission). Das Universitätsorganisationsgesetz (UOG) sieht keine organisatorische Trennung zwischen diesen beiden Funktionen vor; sie ergibt sich aber aus der Arbeitsweise insofern, als man natürlich zuerst die Unterlagen prüft, eine Vorauswahl trifft, die Vortragenden einlädt, alle Fakten und Erwägungen nochmals diskutiert und erst dann die endgültige Entscheidung trifft. Eine solche Abfolge entspricht der von Ermittlung, Beweiswürdigung und Ermessen gemäß AVG.

Die Mitglieder treten also zunächst als Sachverständige auf, dann als Entscheidungsträger. Die Personenidentität soll über die Verschiedenheit dieser Funktionen nicht hinwegtäuschen. Sie ist nicht prinzipiell notwendig, sondern eine Frage der Verfahrensökonomie.

Die Mitglieder sollen aus ihrer jeweiligen Sicht relevante Aspekte einbringen, sie in der Diskussion austauschen und reflektieren. Dabei kompensiert der eine die Wissenslücken des anderen nach den Regeln gutachterlicher Tätigkeit: Mit diesem Vorgehen ist die Aufgabe jedes Mitglieds verbunden, seine Ansicht für alle anderen verständlich darzulegen. Umgekehrt müssen jene Mitglieder, die ein Argument nicht nachvollziehen können, auf seine Klärung dringen.

Die Kommissionsmitglieder versetzen einander also in die Lage, daß jeder sich ein umfassendes Bild von den Fakten machen kann, die für die verschiedenen, gesetzlich festgelegten Aspekte der Eignung der Kandidaten relevant sind. Erst auf dieser Basis beginnen sie obrigkeitlich zu handeln, d.h. Beweiswürdigung und Ermessen zu üben.

Unsachliche Beteiligung im Verfahren?

Vorerst eine Klärung, welcher rechtliche Charakter welcher Tätigkeit im Rahmen der Berufungskommission zukommt:

Gemäß Art. II Abs. 2 C EGVG sind alle behördlichen Verfahren der Universitäten an das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 gebunden. Dem Berufungsverfahren aber ist der behördliche Charakter – bis jetzt – mit Hinweis auf die fehlenden Parteien immer abgesprochen worden. Zudem endet das Verfahren erst mit der Ernennung durch den Bundespräsidenten. Es läßt sich aber sehr einfach in drei Abschnitte gliedern, an deren Ende jeweils etwas entschieden wird:

1. Tätigkeit der Kommission; Ergebnis: Dreivorschlag
2. Tätigkeit des BMWF/der Bundesregierung; Ergebnis: Aufnahme von Verhandlungen
3. Tätigkeit des Bundespräsidenten: Ernennung.

Der uns hier interessierende erste Abschnitt findet also im Rahmen der Hoheitsverwaltung statt, und wenn er auch kein selbständiges Verfahren ist, so fällt doch eine verbindliche Vorentscheidung. Im Rahmen dieser Befugnis muß die Kommission sämtliche Funktionen einer Behörde wahrnehmen: Beweismittlung, Beweiswürdigung, Ermessen. Sonst würde ja das ganze Verfahren den Anforderungen der Legalität nicht standhalten (Ausschluß von Bewerbern ohne Grundlage). Außerdem handelt die Kommission im Rahmen der Selbstverwaltung, es soll also Gestaltungsfreiraum bleiben.

Wenn ein Verfahren diese beiden Anforderungen sauber vereinigen soll, dann muß von vornherein (und im Nachhinein) klar sein, was wie zuzuordnen ist.

Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß die wissenschaftliche Kompetenzprüfung, und zum Teil auch die didaktische, kein Gegenstand des Gestaltungswillens sein kann. Bei der Würdigung der diesbezüglichen Beweise tritt der Behördencharakter der Kommission in den Vordergrund. Anders bei Fragen der bevorzugten Lehrmethoden, der persönlichen Entwicklungswünsche etc.: Hier hat die Universität sogar einen Auftrag, eigene Vorstellungen einzubringen. Es ist aber kein Problem, diese Aspekte der Ermessensausübung zuzuordnen, da sie gemäß § 28 UOG ohnehin nur zwischen grundsätzlich geeigneten Kandidaten den Ausschlag geben können.

Jedenfalls obliegt es der Kommission aufgrund ihrer Berichtspflicht, die Ergebnisse der Beweiswürdigung von den Ermessenserwägungen unterscheidbar zu machen. Dann ist eine Überprüfung der „behördlichen“ Seite des Verfahrens möglich, ohne daß die politische Selbständigkeit darunter leidet.

Die Ausübung politischer Befugnisse beim Erstellen des Dreivorschlages und dessen Verbindlichkeit stellen außerdem klar, daß die Kommission nicht so gesehen werden kann, als wäre sie nur ein sachverständiges Gremium zur Beratung der Regierung und dieser obliege alle behördliche Kompetenz.

Zur Sachlichkeit der Beweiswürdigung: Unter Beweiswürdigung ist zu verstehen, daß der gesamte in der Kommission vorhandene bzw. der zugezogene Sachverstand von allen Mitgliedern in einer Weise verarbeitet wird, die es ihnen ermöglicht, die Art und das Ausmaß der Qualifikation der einzelnen Bewerber, differenziert nach Bereichen (Lehre, Forschung, Management ...) zu erfassen und zueinander in Beziehung zu setzen – soweit das objektiv möglich ist.

Dazu muß natürlich jeder nach seinen Kenntnissen seinen Eindruck den anderen so vermitteln, daß sie die Meinungsbildung nachvollziehen können. Ist das nun bei fachlich weniger Qualifizierten realistisch?

In diversen Bereichen der Verwaltung werden unter anderem auch Entscheidungen, die Sachverstand erfordern, von Laien getroffen. Der Anwendungsbereich des AVG ist von dem Prinzip getragen, daß Beamte zur Kontrolle des Sachverstandes berufen sind. Auch bezüglich des Umgangs mit Sachverstand in Kollegialorganen gibt es diesbezüglich eindeutige Entscheidungen des VwGH.

Dies beweist uns zweierlei:

- ◆ Sachverständige haben per se keine erhöhte Kompetenz als Entscheidungsträger.
- ◆ Es ist möglich, Verfahren so durchzuführen, daß sogar Laien voll tragfähige Entscheidungen fällen.

Minderqualifikation?

Die Frage ist also nicht, ob die Studierenden (oder die Professoren in Angelegenheiten der Lehre) würdigungskompetent sind, sondern, ob man davon ausgehen kann, daß das Verfahren so abläuft, daß die Beweise auch für alle richtig aufbereitet werden.

Nach den Grundsätzen des AVG kann man diese Frage nur bejahen.

Das heißt konkret: Ein eventueller Mangel an Fachkunde oder Informationen ändert nichts daran, daß jedes Behördenmitglied die Möglichkeit und die Pflicht hat, sich so sachkundig zu machen, daß es die Argumentation der anderen nachvollziehen kann. Wer dieser Pflicht nicht nachkommt, handelt fahrlässig oder absichtlich unsachlich, genau wie jemand, der gegen sein besseres Wissen agiert! Das Argument des VfGH, Minderqualifikation bewirke unsachliche Entscheidung, unterstellt also genau einer Kurie verantwortungslosen Umgang mit ihrer Funktion. Dies ist nicht nur beleidigend, sondern läßt auch außer Acht, daß keine noch so gute Qualifikation ein wesentlich unsachliches Handeln ausschließt.

Wenn aber das AVG nicht gilt, weil die Berufungskommission keine Behörde ist, so gilt immer noch der Grundsatz der Legalität, der bekanntlich die Überprüfbarkeit von Entscheidungen einschließt. Die Grundsätze des AVG im Umgang mit Beweisen leiten sich direkt aus diesem Prinzip ab; es ist nicht

an das Vorhandensein von Parteien gebunden. Daher sind diese Grundsätze auch hier anzuwenden.

Da laut VfGH die Freiheit von Forschung und Lehre nicht in die institutionelle Umsetzung durchschlägt (UOG-Erk 1977), wohl aber der Art 18 B-VG unbestritten das UOG durchdringt, gibt es kein Argument, das die Forderung nach überprüfbaren Entscheidungen (in dem Sinne, daß ein nicht fachkompetentes Aufsichtsorgan die bei Beweiswürdigung und Ermessensausübung maßgeblichen Überlegungen nachvollziehen kann) übertrumpfen könnte. Gestützt wird diese Ansicht von dem durch die Kommission zu erarbeitenden Bericht mit genau begründeter Beurteilung der Kandidaten.

Die Frage der tatsächlichen Eingriffsmöglichkeiten der Aufsicht bei Beweislücken oder Widersprüchen ist zwar offen, aber das Vorhandensein einer Rechtsschutzlücke entbindet die Kommission nicht vom Art 18 B-VG. Der VfGH ist ja offensichtlich selbst der Meinung, daß der Bewerber dem Staat gegenüber einklagbare Rechte hat (was die übliche Auffassung, die Berufungskommission sei keine Behörde, stark in Frage stellt). Es ist also anzunehmen, daß die Kommission ohnehin die Beweise (fast) für Laien aufbereiten muß. Also sind die Studenten auf jeden Fall zur vollen Beweiswürdigung fähig, und die Frage, ob sie einem gelehrten Diskurs auch folgen können, erübrigt sich.

Nicht nur das Legalitätsprinzip, auch der Gleichheitsgrundsatz gebietet ein durchschaubares Verfahren auf dem für Studierende, die sich eingearbeitet haben, zumutbaren Niveau. Wollte man nämlich den jeweiligen Fachleuten diese Unbequemlichkeit ersparen (und der „Expertengruppe“ ein Letztentscheidungsrecht überlassen), so würde man dadurch ein Vorrecht des Standes begründen. Selbst wenn die Mitbestimmung der Studierenden nicht eingeschränkt würde, wären sie dann darauf angewiesen, sich irgendwessen Meinung einfach anzuschließen, und daher von der eigenständigen Meinungsbildung zum Teil ausgeschlossen!

Auch aus der Natur der Autonomie ergibt sich ein besonderer Auftrag an die Studierenden zu einer echten Mitentscheidung in allen Aspekten:

Bei allen selbstverwalteten Körperschaften gehen Beschneidungen staatlicher Eingriffsrechte (Weisungsfreiheit, Instanzenzug endet „innerhalb“) Hand in Hand mit verstärkter Kontrolle „von innen“, also direkt oder indirekt durch die Mitglieder des Selbstverwaltungskörpers. Die wirksame Beteiligung an Entscheidungen ist eine Möglichkeit, Kontrolle auszuüben – die einzige, die die Studierenden als Betroffene von Berufungen derzeit haben.

Zwar ist die Kontrolle von oben (Aufsicht) möglich, doch bildet sie für die Kurien mangels subjektiver Rechte kein probates Vehikel für Beschwerden. Außerdem führen

Aufsichtsverfahren zu Berufungsverzögerungen, die für Institute sehr schädlich sind, und sollten deshalb keinesfalls das erstbeste Kontrollmittel sein.

Zur Sachlichkeit des Ermessens: Hier kommt der politische Aspekt der Selbstverwaltung zum Tragen. Die Ausübung des Ermessens in der Berufungskommission bildet den Raum für die individuelle Interpretation der Grundsätze und Ziele der Universitäten, also die gelebte Autonomie, und den Vertretungsauftrag der Kurien laut UOG. Dieses kennt die Habilitierten als Interessengruppe gar nicht und ermöglicht es den Habilitierten bei Einigkeit schon jetzt, ihr Ermessen durchzusetzen. Der Gedanke, es dürfe keine Gestaltungsentscheidung gegen die Mehrheit der Habilitierten geben, widerspricht klar den Grundgedanken des UOG und würde einer Änderung der universitären „Verfassung“ gleichkommen.

Möglichkeit der Mitgestaltung durch Studierende

Wenn ein Gesetz eine Vertretung einer Gruppe nicht durch Kontroll-, sondern Mitentscheidungsrechte vorsieht, so ist diesem politischen Willen durch eingeschränkte Mitentscheidung nicht mehr unbedingt Rechnung getragen. Politische Mitsprache einer Personengruppe, die unter Normalbedingungen völlig untergeht, ist keine. Nach der jetzigen Regelung herrscht z.B. in einer 10:5:5-Kommission, in der realistischweise 3 habilitierte Assistenten sind, folgende Situation: Wollen die Studentenvertreter im Rahmen des Ermessens ein bestimmtes Gestaltungsziel betreiben, so müssen mindestens 4, eventuell 6 Habilitierte mitstimmen. Nebenbei bemerkt ermöglicht schon die winzigste Beteiligung von Nichthabilitierten eine Entscheidung gegen die Mehrheit der Habilitierten! Dies hat also mit dem Ausmaß der Mitbestimmung nichts zu tun.

Erhöht man diese Zahl durch ein Beharrungs- bzw. Vetorecht der Habilitierten auf 7, so können die Studierenden keine Entscheidung mehr durchsetzen, ohne daß mindestens die Hälfte einer der anderen Kurien sie unterstützt!

Damit sind die Gestaltungsmöglichkeiten der Studierenden in dem Sinne, daß sie selbst etwas einbringen, statt sich anderen anzuschließen, zunichte gemacht.

Jetzt hingegen brauchen sie nur qualifizierte Minderheiten der anderen Kurien und insbesondere der Habilitierten. Dazu ist folgendes zu ergänzen: Wenn 4 von 13 Habilitierten eine andere Meinung als ihre Kollegen vertreten, so kann diese Mehrheitsmeinung ohnehin keinen Wahrheitsanspruch als „Wort der Qualifizierten“ geltend machen. Für eine knappe einfache Mehrheit der Habilitierten gilt dies erst recht nicht. Es ist höchst unplausibel, daß fast die Hälfte der Habilitierten einen wesentlichen Fehler in der Beweiswürdigung begeht, während gut

die Hälfte (nicht kraft ihrer wissenschaftlichen Kompetenz, denn die haben alle, sondern kraft einer Stimme mehr) eine so schwerwiegende Entscheidung fällt, daß sie Mehrheitsbeschlüsse der Kommission aufhebt.

Zum Stimmverhältnis von Assistenten und Studierenden

Zur Behauptung des VfGH, Assistenten und Studierende sollten wegen des Qualifikationsunterschiedes nicht gleich viel Einfluß haben, will ich hier nur anmerken, daß die für das Verfahren bedeutsamen Kenntnisse mit den Ausbildungsumständen oft mehr zu tun haben als mit dem Stand der Karriere, und daß die Fachkompetenzfrage bei den Habilitierten auch recht großzügig gehandhabt wird, was für die Sachlichkeit aber ohnehin nicht von Belang sein darf (siehe Beweiswürdigung).

Zusammenfassend läßt sich sagen: Die Berufungskommission hat nach UOG folgende Funktionen:

1. Sachverständiges Gremium;
2. Entscheidende Behörde (zumindest funktionell gesehen);
3. Politisch gestaltendes Organ der Selbstverwaltung.

Die Argumentation des VfGH versucht in ihrer Gleichsetzung von „nicht qualifi-

ziert“ und „unsachlich“ allenfalls, der rein wissenschaftlichen Seite von Punkt 1 gerecht zu werden, und ignoriert damit den rechtlichen Anspruch auf:

- ◆ Durchschaubare Entscheidungen und ihre Kontrolle;
- ◆ Mitgestaltung aller Kurien.

Die vom VfGH unterstellte Unsachlichkeit von Entscheidungen allein durch die Teilnahme bestimmter Personen steht im Widerspruch zu dem unmittelbar aus dem Legalitätsprinzip erwachsenden Grundsatz, daß Entscheidungen nur mit gesetzlich gedeckter, sachlich nachvollziehbarer Begründung rechtlich haltbar sind. Es wird der Eindruck erweckt, das Abstimmungsverhalten ersetze die Begründung; dies ist nicht so, und es würde auch dem Legalitätsprinzip absolut widersprechen. Das AVG sieht keinerlei Notwendigkeit, für Verwaltungsverfahren, die von Kollegialorganen durchgeführt werden, gelockerte Beweisgrundsätze vorzusehen. Auch die Berufungskommission hat weder sachliche noch gesetzliche Handhaben, bei der Eignungsprüfung von Kandidaten nach Lust und Laune zu agieren.

Von der Verfahrensseite her gesehen geht der Vorwurf der Willkür also ins Leere, weil die Berufungsentscheidung (zumindest im Bereich des UOG!) an Vorschriften gebunden ist, bei deren Einhaltung nichts die Sachlichkeit in Frage stellt.

Von der politischen Seite her, also aus der

Sicht der Kommission als ein gestaltendes Gremium, muß ein Vorrecht der Habilitierten aber erst recht verworfen werden. Es geht bei der Berufung ja nur zum Teil um Fachkompetenz und Lehre, aber auch um Entwicklungsschwerpunkte, Kooperationsfähigkeit und andere Parameter. Das UOG bekennt sich eindeutig zur Mitbestimmung aller Kurien. Eine Schlechterstellung der Studierenden aufgrund – verallgemeinernd angenommener – fachlicher Minderkompetenz würde auf eine Wiedererrichtung jener Form der Meinungsbildung auf der Universität hinauslaufen, die auf staatlicher Ebene durch die Einführung des freien, gleichen und geheimen Wahlrechts abgeschafft wurde.

Wenn der VfGH an gewissen rechtsstaatlichen Fragwürdigkeiten des bisherigen Berufungsverfahrens Anstoß nähme, etwa am fehlenden Rechtsschutz der Bewerber oder dem oft nicht nachvollziehbaren Umgang mit Reihungsbeschlüssen, so wäre ihm Recht zu geben. Allerdings schlägt er einen Weg ein, der nicht nur genau diese beiden Punkte offenläßt, sondern auch das Berufungsverfahren rechtsstaatlich abwertet und die Rechte der Hauptbetroffenen (der Studierenden) en passant vom Tisch zu wischen droht.

Dipl. Ing. Angela Diewald, ehemalige Vorsitzende der Fakultätsvertretung Maschinenbau an der Technischen Universität Wien.



AMERLINGBEISL

1070 Wien Stiftgasse 8 Tel. 526 16 60
Täglich 9⁰⁰ bis 2⁰⁰

Wetterfester Gastgarten

ordentliche Küche von 9⁰⁰ bis 1⁰⁰

... und überhaupt



5 MINUTEN VON DER UNI
Spezialkurse für Jus-StudentInnen:

Latinum

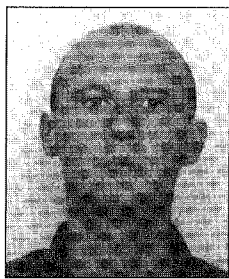
für die Universitäts-Ergänzungsprüfung
Kurse für Prüfungstermin Herbst '95
ab 12., 19. und 26. Juli sowie
10., 16., 19. und 22. August

Rechtskurse

zu den jeweiligen Prüfungsterminen
auf Anfrage

Rufen Sie uns an oder besuchen Sie
uns - wir beraten Sie gerne!

ABC-Zentrum
Mariannengasse 1/Ecke Spitalgasse - 1090 Wien -
Telefon 408 84 75



von Michael
Wimmer

Es ist mir mehr als einmal passiert: Ehemalige KZ-Häftlinge, (Ex-) ÖsterreicherInnen, verbateten sich mir gegenüber despektierliche Äußerungen über die Republik. Viele von ihnen hatte während ihrer Haftzeit (ich habe Scheu davor, das Wort Haftzeit zu verwenden, wenn ich an die Todesstiege in Mauthausen denke) der Gedanke an ein freies Österreich aufrechterhalten.

Die symbolische Ordnung, die sie zur Wahrung ihrer psychischen Integrität aufrechterhielten, verwehrte ihnen wohl die Einsicht, die jedermann/frau meiner Generation gewinnen muß, wenn er/sie das Standard-

methodische Fortsetzung weiter im Gesetz: Man argumentiert, daß „es der beste Weg ist, einen Fonds zu schaffen, der dann, wenn ein Opfer des Nationalsozialismus der Unterstützung bedarf, mit finanziellen Leistungen in einer Weise helfen kann, die im Einzelfall am meisten nützt.“ Also, man/frau hat erstens kein Recht auf eine Entschädigung, und muß, zweitens, wenn man/frau bis 1945 überlebt hat, zumindest am Hungertuch nagen, damit sich die Republik huldvoll herabläßt, ein paar Brosamen zu verteilen. Wobei noch nicht einmal die Dotierung des Fonds feststeht, da „entsprechend der Natur des Fonds es derzeit nicht abschbar (ist), wieviele Mittel er benötigt, um seiner Aufgabe gerecht zu werden.“ In den letzten Gesprächen war von einer einmaligen Dotierung von 500 Millionen die Rede, dem Gegenwert von ein paar Autobahnkilometern.

Die ursprüngliche Präambel, in der detailliert von der Mitverantwortung der ÖsterreicherInnen, bzw. ihres jeweiligen politischen Aggregatzustandes die Rede war, wurde auf Drängen der ÖVP aus dem Gesetz gestrichen - ein klarer Schritt zurück zur österreichischen Lebenslüge - doch in den Köpfen von konservativen Mandataren spuken noch ganz andere ideologische Versatzstücke, wie sich bei den Beratungen zur Novelle des Opferfürsorgegesetzes im Sozialausschuß zeigte, als sich der Abg. Donabauer entblödete, „sexuelle Orientierung“ als Verfolgungstatbestand abzulehnen, mit dem Argument, daß dann ja auch Notzuchtverbrecher in den Genuß einer Opferrente kämen, um sich dann noch zu der Behauptung zu versteigen, daß Homosexuelle unter den Nazis ja gar nicht so richtig verfolgt worden wären.

Aber eins und eins zusammenzuzählen hieße ja Ideologie zu betreiben, die Verfolgungskontinuitäten zwischen Nationalsozialismus und der II. Republik zu benennen, sich außerhalb eines Verfassungsbogens zu stellen, dessen Definition anscheinend den Vertuschern, Revisionisten und Herrn Karls obliegt.

Es fehlte und fehlt ein aus Eigenantrieb erstelltes, nach

einheitlichen Prinzipien geordnetes Konzept zur Reintegration der NS-Opfer. Ganz im Gegensatz dazu stand die nationalsozialistische Politik. Ihr Ziel war von Anfang an eine nach politischen und rassistischen Gesichtspunkten betriebene systematische Ausgrenzung, Entrechtung und Vernichtung. Diesem, in seiner verbrecherischen Logik schlüssigen System hat die Republik bis heute nichts Adäquates entgegengesetzt. Die rechtlichen Grundlagen dieser Vernichtungspolitik (Nürnberger Rassengesetze, Erbgesundheitsgesetze etc.) sind, aus geistesgeschichtlicher Perspektive, die praktische Rücknahme der politischen Emanzipation, der Aufklärung, die Vertreibung, Entrechtung und Vernichtung ging einher mit der Aufhebung und Zerstörung von Rechten, die mit ihren Entstehungsdaten Eckpfeiler der österreichischen Verfassungsgeschichte sind. Die Aufhebung dieser elementaren Menschenrechte war ein Angriff auf die Prinzipien, die die Existenzberechtigung der Republik schlechthin sind.

Verpaßte Chance

Die Wiederherstellung des status quo ante, und wo das nicht mehr möglich ist, die Leistung von materiellem und ideellen Schadenersatz, hätte nicht vordringlich das Anliegen der Opferverbände sein dürfen. Es wäre, in Anlehnung an die besten republikanischen Traditionen und Tugenden, eine Frage des Selbstverständnisses unseres Staates gewesen. Wenn heute wieder Menschen und Menschengruppen, die schon durch das NS-Regime verfolgt wurden, faschistischer Gewalt ausgesetzt sind, dann ist das auch darauf zurückzuführen, daß die Diskriminierung die NS-Herrschaft überlebt hat. Eine Aufwertung dieser „vergessenen Opfer“ wäre als offensichtliches Zeichen der Solidarisierung ein längst überfälliges Signal gewesen. Für die endgültige und klare Beantwortung dieser Fragen möchte ich mich bei den Verantwortlichen bedanken.

(1) Dr. Brigitte Bailer: „Für Österreich war Wiedergutmachung kein Thema - Österreich und die Opfer des Nationalsozialismus“. Löcker Verlag, Wien 1993.

Unmögliche Leute

Sie erinnern sich vielleicht noch an den Israelbesuch Vranitzkys 1993, in dessen Verlauf er eine Rede hielt, in der von der „moralischen“ Verantwortung gegenüber den Opfern des Nationalsozialismus die Rede war. Bis zum 50-Jahre Jubiläum der Republik sollte eine rechtliche Lösung gefunden werden, die den Menschen, die bis heute entweder keine oder eine völlig unzureichende „Wiedergutmachung“ erhalten hatten, zugute kommen sollte. Die Freiheitlichen ausgenommen, die einen Konnex mit vertriebenen „Reichsdeutschen“ zur Bedingung ihrer Zustimmung machten, herrschte prinzipiell Konsens darüber, daß etwas zu geschehen hätte. Aussagen, wie „...die Bundesregierung wird auch weiterhin alles in ihrer Macht stehende unternehmen, jenen zu helfen, die von den bisherigen Maßnahmen nicht oder nicht ausreichend erfaßt oder bisher in ihren moralischen oder materiellen Ansprüchen nicht berücksichtigt wurden“ erweckten bei den Überlebenden Hoffnungen, daß man ihnen spät, aber doch Gerechtigkeit widerfahren ließe. Wenn Sie diesen Artikel lesen, hat die Regierung die Lösung gewählt, die von den Betroffenen als letzte Demütigung empfunden wird.

werk⁽¹⁾ über den Umgang Österreichs mit „seinen“ Naziopfern liest: Den ÖsterreicherInnen fehlt es an Reue, Demut, Einfühlungsvermögen, Pietät, sie sind diesbezüglich, wie Adenauer schon in den 50er Jahren meinte, „eigentlich unmögliche Leute“. Sie verstehen es weder auf der materiell (-rechtlichen) noch auf der für die Opfer sicher genauso, wenn nicht noch wichtiger empfundenen symbolischen Ebene, zu verdeutlichen, daß ihnen die Opfer am Herz liegen.

Hoch die Republik

Die Erläuterungen zum jetzt vorliegenden „Bundesgesetz über den Nationalfonds der Republik Österreich für Opfer des Nationalsozialismus“ sprechen verschämt von einer „Mitverantwortung“ bzw. „besonderen Verantwortung“ gegenüber den Opfern. Keine Rede davon, daß es sich um jenes Land handelte, in dem der „Völkische Beobachter“ 1938 die österreichischen Volksgenossen ermahnen mußte, das Deutschland ein Rechtsstaat sei, in dem „wilde Arisierungen“ keinen Platz hätten und dessen überproportionaler Anteil an TäterInnen evident ist. Dieses Drückebergertum findet seine

CONTEXT-VERTRIEB



Benjamin Davy,
 „Menschen Rechte Polizei – Eine Information über das neue Sicherheitspolizeigesetz“,
 Broschüre, 66 Seiten, A6,
 15,- öS zzgl. Porto



Dr. Arno Pilgram,
 „Kriminalität in Österreich – Studien zur Soziologie der Kriminalitätsentwicklung“ (1980),
 Verlag für Gesellschaftskritik, 280 Seiten,
 20,- öS zzgl. Porto



Barbara Steiner,
 „Datenspiegel der österreichischen und deutschen Rechtsgeschichte“,
 Skriptum, 2. Auflage, 52 Seiten, A5, geheftet,
 80,- öS zzgl. Porto



Dr. Arno Pilgram,
 „...endet mit dem Tode – Die lebenslange Strafe in Österreich“ mit Interviews von Paul Yvon und Texten von Jack Unterweger,
 Verlag für Gesellschaftskritik, 200 Seiten,
 198,- öS zzgl. Porto

JURIDIKUM
 Zeitschrift im Rechtsstaat 0/89 – 5/94

INDEX
JURIDIKUM-Beiträge
Ausgaben 0/89 bis 5/94
 Geordnet nach AutorInnenamen

CONTEXT - Verein für freie Studien und brauchbare Information
 Bergsteiggasse 43/16, A-1170 Wien, Tel.: 40 36 993, Fax.: 40 88 985
 Redaktion: Klaus Richter

Alles, was Recht ist.



JURIDIKUM-Index

Alle Beiträge seit 1989 auf einen Blick,
 A4, ca. 25 Seiten
 50,- öS zzgl. Porto

Context
 VEREIN FÜR FREIE STUDIEN UND BRAUCHBARE INFORMATION

Barbara Steiner
Datenspiegel
 der österreichischen
 und deutschen
 Rechtsgeschichte

Detaillierter Überblick über alle relevanten Daten der Rechtsgeschichte (inclusive Privatrecht und österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte) von der Völkerwanderung 375 n.Chr. bis zur Gegenwart

Erhältlich zum Preis von
80,- öS
 im Juristenshop (Juridicum) sowie (zzgl. Porto) direkt beim Verlag:

CONTEXT • 1170 WIEN
 BERGSTEIGGASSE 43/16
 TELEFON 40 36 993 • TELEFAX 40 88 985

zweite, erweiterte und verbesserte Auflage 1994

Benjamin Davy:
Menschen Rechte Polizei
 Eine Information über das Sicherheitspolizeigesetz

Eine Information über das neue Sicherheitspolizeigesetz

Sagt Ihnen "SPG" etwas? Kennen Sie das Sicherheitspolizeigesetz? Ist Ihnen bekannt, was die Polizei darf? Was die Polizei nicht darf? Kennen Sie Ihre Rechte? Wissen Sie, wann eine Beschwerde an einen Unabhängigen Verwaltungssenat Aussicht auf Erfolg hat?

Einundneunzig Fragen.
 Einundneunzig Antworten.

Herausgeberin:
GRÜNE BILDUNGSWERKSTATT WIEN

Vertrieb:
Context
 VEREIN FÜR FREIE STUDIEN UND BRAUCHBARE INFORMATION
 Bergsteiggasse 43/16, 1170 Wien
 Fax 40 88 985

Preis: 15,- öS/Stk. zzgl. Porto (ab 50 Stk. portofrei)
Beachten Sie den Bestellschein auf Seite 49!

JURIDIKUM-VERTRIEB

RECHTLICHES

Einzelbestellungen gegen Rechnung (plus Porto) oder per Nachnahme (plus Porto und öS 15,- NN-Gebühr).

Geeignete Leserinnen und Leser, die das JURIDIKUM un- aufgefordert zugesendet bekommen, erhalten damit un- verbindlich ein kostenloses Probeexemplar.

Wenn Sie das JURIDIKUM regelmäßig beziehen möch- ten, bitten wir Sie, den Bestellschein auf dieser Seite zu verwenden. Für Probeheft-Empfehlungen, das heißt für Hinweise auf Personen, denen wir sinnvollerweise ein Pro- beheft zusenden könnten, sind wir stets dankbar.

Gerichtsstand ist A-1170 Wien.

ABONNEMENT

	ÖS/DM/SFr
JURIDIKUM-Normalabo	120,-/26,-/23,-
JURIDIKUM-Förderabo	200,-/40,-/37,-
JURIDIKUM-Ermäßigungsabo	90,-/22,-/19,-

Übriges Ausland: Inlandspreise zzgl. Versandkosten

Die Preise für das Ermäßigungsabo gelten für StudentInnen SchülerInnen, LeserInnen oh- ne Einkommen, Zivil- und Präsenziener (bitte Nachweis!). Das Abo für LeserInnen, die sich im Strafvollzug befinden, ist kostenlos.

Das Abo verlängert sich automatisch um 5 Ausgaben, wenn nicht vor Ablauf der Abo- Periode schriftlich gekündigt wird. Das Abo ist gegen Rechnung im voraus zahlbar.

KOMPLETTE JAHRGÄNGE

Jahrgang 1989 (ohne Nullnummer)	40,- öS / 5,50 DM / 5,- SFr
Jahrgang 1990 (vollständig)	40,- öS / 5,50 DM / 5,- SFr
Jahrgang 1991 (ohne Heft 2/91)	60,- öS/8,50 DM/ 7,50 SFr
Jahrgang 1992 (vollständig)	80,- öS/11,50 DM/10,- SFr
Jahrgang 1993 (vollständig)	80,- öS/11,5 DM/10,- SFr
Jahrgang 1994 (vollständig)	120,- öS/26,- DM/23,- SFr

LIEFERBARE HEFTE

Bestellungen mittels des Bestellscheins auf dieser Seite

	ÖS/DM/SFr
1/89: Frauen und Recht: Ist Justitia ein Mann?	10,-/1,50/1,-
2/89: Medien und Recht: Freiheit ohne Vielfalt?	10,-/1,50/1,-
3/89: Strafen - oder leben lassen	10,-/1,50/1,-
4/89: Umweltrecht: Verwaschen und verschlupft	10,-/1,50/1,-
5/89: Sozialismus und Recht	10,-/1,50/1,-
1/90: Schreie der Freiheit	10,-/1,50/1,-
2/90: Verwaltung der Armut	10,-/1,50/1,-
3/90: Freiheit und Demokratie	10,-/1,50/1,-
4/90: Sexualität und Sittlichkeit	10,-/1,50/1,-
5/90: Das Gesicht der Macht	10,-/1,50/1,-
1/91: Schöner Wohnen	20,-/3,-/2,50
3/91: Juristen - ein (Zu)Stand	20,-/3,-/2,50
4/91: Verspielter Staat	20,-/3,-/2,50
5/91: Macht spielt Staat	20,-/3,-/2,50
1/92: Die Fremden	20,-/3,-/2,50
2/92: Verrägliches Kind	20,-/3,-/2,50
3/92: Gestellte Aufnahme	20,-/3,-/2,50
4/92: Der Prozeß	20,-/3,-/2,50
5/92: Welkausbesserung	20,-/3,-/2,50
1/93: Gift & Geld	20,-/3,-/2,50
2/93: Subsidiarität	20,-/3,-/2,50
3/93: Arbeit in Europa	20,-/3,-/2,50
4/93: Frauen Recht Politik	20,-/3,-/2,50
5/93: Der Traum von Sicherheit	20,-/3,-/2,50
1/94: Föderalismus in Europa	30,-/4,50/4,-
2/94: Wider den Notstand	30,-/4,50/4,-
3/94: Risiko Ges.m.b.H.	30,-/4,50/4,-
4/94: Grenzen des Rechtsstaats	30,-/4,50/4,-
5/94: Neue Weltordnung	30,-/4,50/4,-
1/95: Cyberlaw - Digitales Recht	30,-/4,50/4,-
2/95: Desintegration	30,-/4,50/4,-
3/95: Republik: Ö3?	30,-/4,50/4,-

zuzüglich Porto

BUCHHANDLUNGEN

Klagenfurt: Drava; Graz: ÖH-Service-Center; Salzburg: Rupertusbuchhandel; Wien: 1, Kolisch; 1, Winter; 1, Süd- wind; 1, Juristenshop/Juridicum; 7, Frauenzimmer; 9, Reisebuchladen; 9, Löwenherz

CONTEXT-VERTRIEB JURIDIKUM-NACHBESTELLUNG

Ich bestelle

- ... JURIDIKUM-Einzelheft(e) Nr.
- ... JURIDIKUM-Jahrgänge:
- ... Stück JURIDIKUM-Index
- ... Stück „Menschen Rechte Polizei“
- ... Stück „Datenspiegel Rechtsgeschichte“
- ... Stück „Kriminalität in Österreich“
- ... Stück „...endet mit dem Tode – Die lebenslange Strafe in Österreich“

- gegen Rechnung (plus Porto)
- per Nachnahme (plus Porto und öS 15,- NN-Gebühr)

Datum: _____ Unterschrift: _____

Senden Sie bitte ein kostenloses Probeexemplar an:

Name:

Anschrift:

Gerichtsstand ist A-1170 Wien.

JURIDIKUM-ABONNEMENT

Ich bestelle

- ein JURIDIKUM-Abo (120,- öS/26,-DM/23,- SFr)
- ein JURIDIKUM-Förderabo (200,- öS/40,-DM/37,- SFr)
- ein JURIDIKUM-Ermäßigungsabo (90,- öS/22,-DM/19,- SFr) ab der nächsterreichbaren Ausgabe.

Senden Sie bitte ein kostenloses Probeexemplar an:

Name:

Anschrift:

Das Abo gilt für 5 Ausgaben (1 Jahr) – es verlängert sich jeweils um eine weitere Periode, wenn es nicht innerhalb der laufenden Periode gekündigt wird. Gerichtsstand ist A-1170 Wien.

Datum: _____ Unterschrift: _____

Das nächste JURIDIKUM erscheint am 2. Oktober 1995

Thema: Politik und Kriminalität
(Manuskriptschluß: 8.9. 1995)

Interessierte laden wir zu den Redaktionssitzungen (20. Juni; Sommerpause, ab September alle zwei Wochen, jeweils um 19³⁰ im Amerlinghaus – Teestube, Stiftgasse 8, 1070 Wien) ein.

Bergsteiggasse 43/16,
A-1170 Wien
Redaktion: 40 89 019
Verlag & Vertrieb: 40 36 993
Fax: 40 88 985

IMPRESSUM

Redaktion: Wien: Mag. Josef Bischof, Mag. Matthias Blume, Mag. Katharina Echsel, Patricia Heindl, Mag. Iris Kugler, Klaus Richter, Andreas Schlitzler, Michael Wimmer, Robert Zöchling, Mathäus Zinner; Graz: Dr. Martin Fill, Salzburg: DDr. Nikolaus Dimmel, Veronika Sengmüller
Ständige MitarbeiterInnen: Dr. Nikolaus Benke, Michael Genner, Mag. Susanne Jaquemar, Martina Thomasberger
Chefredaktion: Thomas Sperlich, Valentin Wedl, Mag. Maria Windhager
Sehen/Hören/Lesen: Barbara Steiner
Bildredaktion: Wolfgang Beran, Peter-Andreas Linhart, Werner Wendt
Produktionsleitung: Mag. Katharina Echsel & Mathäus Zinner
Satz & Korrektur: Redaktion

AutorInnen dieser Ausgabe:
Martin Berger, Dr. Sepp Brugger, Dipl.-Ing. Angela Diewald, Mag. Nikolaus Forgó, Mag. Helmut Graupner, Mag. Elisabeth Holzleithner, Dr. Brigitte Hornyik, Dr. Hans Köchler, Dr. Karin König, Mag. Nadja Lorenz, Mag. Ewald Scheucher, Dr. Alexander Somek

Herausgeberin: Context – Initiative für freie Studien und brauchbare Information

Medieninhaber: Context – Verein für freie Studien und brauchbare Information, Bergsteiggasse 43/16, 1170 Wien

Geschäftsführung: Klaus Richter (Vertrieb) & Robert Zöchling (Verlags- und Anzeigenleitung)

Context Salzburg: Veronika Sengmüller, J.A. Lux Straße 6a, 5020 Salzburg

Bankverbindungen: Österreich: Creditanstalt-Bankverein (BLZ 11 000) Kto.Nr. 0223/ 05882-00, Deutschland: Postgiroamt München (BLZ 700 100 80) Kto.Nr. 5427 96-803

Produktion: Context Grafik & Produktion, Bergsteiggasse 43/16, 1170 Wien, Telefon 40 36 993, Telefax 40 88 985

Herstellung: Offset-Team Rudolf Gröbner, Huglgasse 13-15, 1150 Wien, Telefon & Telefax 985 41 88

DVR-Nr. 0650871

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

Brauchbare Information



5,50

An
Context
Vertrieb

Bergsteiggasse 43/16
A-1170 Wien

AbsenderIn:

Alles, was Recht ist



5,50

An
JURIDIKUM
Vertrieb

Bergsteiggasse 43/16
A-1170 Wien

AbsenderIn:



ABSOLVENTENSERVICE

“Geschafft! Herzliche Gratulation zum Studienabschluß. Gelesen! Holen Sie sich die schönsten Seiten des Bank Austria Absolventen-Service. Geschenkt! Mit einem Gutschein für 8 stilvolle Riedelgläser.”

Die Broschüre „Absolventen-Service“
gibt's in jeder Zweigstelle.

Bank Austria
Die beste Verbindung.