

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat nr 3. 2006

thema 

und Justiz Kinder

recht & gesellschaft

(Nicht)vergleichbar?

Frauen und Politik

Finaler Rettungsabschluss

Fremdenrecht neu

Toleranz – abseits der Utopie

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · Euro 12,- · ISSN 1019-5394

 VERLAG
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

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

Gleiches Recht für alle

Alexia Stuefer

Drei Jahre sind mittlerweile vergangen, seit der EGMR mit seinem Urteil vom 24.07.2003 im Fall *Karner gg Österreich* (Nr. 40016/98, vgl ÖJZ 2004, 36) ausgesprochen hat, dass eine unterschiedliche Behandlung nach dem Geschlecht oder nach der sexuellen Orientierung ohne ernstliche Gründe ihrer Rechtfertigung eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes iSd Art 14 EMRK darstellt. Im konkreten Fall hatte der OGH dem hinterbliebenen Partner einer homosexuellen Lebensgemeinschaft das Eintrittsrecht in ein Mietverhältnis nach § 14 Abs 3 MRG verwehrt. Das Urteil des EGMR hat innerstaatlich mehrfach Wirkungen gezeigt. Der VfGH hat durch sein Erkenntnis vom 10.10.2005 (G 87/05 ua, V 65/05 ua) jene Bestimmungen des ASVG und des GSVG als verfassungswidrig aufgehoben, die eine Mitversicherung nur für andersgeschlechtliche haushaltsführende (Lebens-)PartnerInnen vorsahen. Ganz im Sinne der Entscheidung des EGMR – und in Abkehr zur bisherigen Rechtsprechung des VwGH (vgl VwGH vom 04.10.2001, 98/08/0218) – führte der VfGH im erwähnten Erkenntnis aus: „Folgt man nämlich der Rechtsansicht des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall *Karner* (...) – einem Fall zwar aus dem Anwendungsbereich des Art 8 EMRK, der aber für das Benachteiligungsverbot als solches von allgemeiner Bedeutung sein dürfte –, so scheint dann, wenn das Gesetz nicht auf die Ehe abstellt, sondern das Bestehen einer Lebensgemeinschaft genügen lässt, eine Differenzierung nach dem Geschlecht oder nach der sexuellen Orientierung in Ermangelung besonders schwerwiegender Gründe („weighty reasons“,

„serious reasons“) eine Verletzung des Art 14 EMRK zu sein und als diskriminierend auch gegen den Gleichheitssatz zu verstoßen.“ Jüngst ist auch der OGH der Rechtsansicht des EGMR gefolgt. In seinem Urteil vom 16.05.2006 (5 Ob 70/06i, vgl Die Presse vom 14.08.2006, Rechtspanorama, 6) betont das Höchstgericht (nunmehr) die Notwendigkeit einer MRK-konformen Auslegung der Bestimmung des § 14 Abs 3 MRG, die „die Bejahung eines Eintrittsrechtes – unter Gegebenheit der sonstigen Voraussetzungen – auch für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften [gebietet].“ Bekanntlich kommt nach der Rechtsprechung des OGH Urteilen des EGMR zwar keine innerstaatliche Wirkung in dem Sinne zu, dass sie rechtskräftigen innerstaatlichen Urteilen gleichgestellt und dass deshalb die im materiellen Recht an die Rechtskraft geknüpften materiell- und verfahrensrechtlichen Folgen in vollem Umfang auf sie anzuwenden wären. Wohl aber kommt ihnen innerstaatlich Wirkung insofern zu, als die vom EGMR festgestellte Konventionsverletzung die Staatsgewalt in all ihren Ausprägungen – also sowohl die Gesetzgebung wie auch die Vollziehung (Gerichtsbarkeit und Verwaltung) – bindet (vgl etwa OGH vom 25.11.1997, 1 Ob 190/97s = JBl 1998, 370). Insofern ist die Entscheidung des OGH, ebenso wie jene des VfGH, nicht revolutionär, sondern rechtsstaatlich nur konsequent. Dennoch verdienen es beide Entscheidungen, beachtet zu werden. Die Höchstgerichte setzen damit ein deutliches Zeichen für die rechtliche Anerkennung einer längst zur Realität gewordenen – aber von vielen noch immer totgeschwiegenen, verachteten oder verniedlichten – Le-

bensform zweier Menschen. Anhand der Entscheidungen wird offenbar, dass keine sachlichen Gründe im Tatsächlichen auffindbar sind, die eine unterschiedliche Behandlung von heterosexuellen und homosexuellen Lebensgemeinschaften rechtfertigen würden. Als ein weiterer wichtiger Schritt in Richtung einer umfassenden (auch rechtlichen) Anerkennung von gleichgeschlechtlichen PartnerInnen-schaften ist auch die Entscheidung des VfGH vom 08.06.2006 (V 4/06), mit dem der sogenannte „Transsexuellen – Erlass“ als gesetzwidrig aufgehoben worden ist, anzusehen. Einer transsexuellen Person wurde nach ihrer Geschlechtsumwandlung die Eintragung der Änderung des Geschlechtes von „männlich“ auf „weiblich“ im Geburtenbuch verwehrt, da sie in aufrechter Ehe lebte und auch nicht vor hatte, sich scheiden zu lassen. Der Erlass sah nämlich vor, dass die Eintragung der Änderung des Geschlechtes nur dann erfolgen durfte, wenn der Antragsteller oder die Antragstellerin nicht verheiratet war. Neben dem Mangel an gehöriger Kundmachung, der an sich bereits zu Aufhebung des Erlasses geführt hätte, entbehrte er überdies – wie der VfGH feststellte – einer gesetzlichen Grundlage: „Das Personenstandsgesetz trifft für den Fall der Änderung des Geschlechtes keine besondere Regelung. Wohl behält § 44 ABGB den Ehevertrag zwei Personen verschiedenen Geschlechtes vor. Es ist aber nicht erfindlich, warum die Änderung des Geschlechtes einer Person, durch welche die Beurkundung im Personenstandsbuch unrichtig wird (weil § 16 PersonenstandsG auf nachträgliche Unrichtigkeit durch spätere Änderung der beurkundeten Tatsache abstellt), nur dann zu einer Änderung der Beurkundung führen soll, wenn diese Person nicht verheiratet ist. Die Beurkundung des Geschlechtes einer Person kann nicht durch den Bestand einer Ehe gehindert werden.“ Damit spricht sich der VfGH implizit für das (Fort-)Bestehen einer gleichgeschlechtlichen Ehegemeinschaft aus. Die (begrüßenswerte) höchstgerichtliche Rechtsprechung zeichnet damit eine (gleichwohl vom EGMR ins Rollen gebrachte) Entwicklung vor, die von der Gesetzgebung nicht unbeachtet bleiben darf!

Inhalt

recht & gesellschaft

Doris Einwallner	Das Fremdenrechtspaket 2005 – eine kritische Analyse	119
Ines Rössl	„Toleranz“ – abseits der Utopie	123
Adebiola Bayer	(Nicht) vergleichbar?	127
C. Binder/I. Eisenberger	Ein Mosaikstein	131
Dietrich Westphal	Der finale Rettungsabschluss – ist das deutsche Luftsicherheitsgesetz verfassungsgemäß?.....	138

thema: justiz und kinder

Stuefer/Reiter/Scheiber	Vorwort	143
Eva Matt	Das Recht auf eine offene Zukunft	144
Marco Nademleinsky	Die Stellung des Kindes bei der Entscheidung über Obsorge und Besuchsrecht im internationalen Vergleich	147
Judit Barth-Richtarz	Obsorge beider Eltern	154
Christian Mosser	Internationale Kindesentführungen – eine differenzierte Betrachtung	159
Maria Windhager	Kinder als Opfer medialer Berichterstattung	163

rubriken

vor.satz	Alexia Stuefer Gleiches Recht für alle	113
merk.würdig	Christian Schacherreiter Falsch, schlecht, schwer verständlich	115
	Oliver Scheiber Wider die Diktatur der Mittelmäßigen	116
	Richard Soyer Für eine neue Kriminal-Politik	117
nach.satz	Florina Platzer Das neue Fremdenrecht aus feministischer Sicht	168
impresum	118

Falsch, schlecht, schwer verständlich

Über einige Ärgernisse des Satzbaus in der juristischen Fachsprache

Nicht nur die Rechtschreibung, auch der Satzbau unterliegt in der deutschen Sprache – so wie in allen Sprachen hoch entwickelter Gesellschaften – relativ klaren Regeln. Innerhalb der grammatikalischen Normen sind allerdings auch Freiheiten gestattet. Erst sie garantieren die vielseitige Anwendbarkeit syntaktischer Normen und individuelle stilistische Profile, die insbesondere in literarischen Texten zum Tragen kommen. Natürlich entwickeln Fachsprachen nicht nur ihr spezifisches Vokabular, sondern auch Eigenheiten in der Handhabung des Satzbaus. Die Syntax der juristischen Fachsprache – wobei ich hier nur vom deutschsprachigen Raum rede – hat im Laufe ihrer Entwicklung leider die eine oder andere Schrulle entwickelt, die ein Ärgernis ist. Dabei geht es nicht nur um stilistische Mängel und Verständnisprobleme, sondern in einem (leider ziemlich verbreiteten) Fall auch um einen Verstoß gegen eine elementare grammatikalische Norm.

Satzklammern und Satzeinschübe

Ich zitiere aus dem Schulunterrichtsgesetz: „§9 (3) In Schulen mit Fachlehrersystem hat der Schulleiter für jedes Unterrichtsjahr (an lehrgangsmäßigen Berufsschulen für jeden Lehrgang) nach Beratung der allgemeinen Gesichtspunkte in der Schulkonferenz die lehrplanmäßig vorgesehenen Wochenstunden der Unterrichtsgegenstände in den einzelnen Klassen den einzelnen Lehrern der Schule unter

Beachtung pädagogischer und didaktischer Grundsätze, unter Bedachtnahme auf die Vorschriften über die Lehrverpflichtung und über die Lehrbefähigung sowie unter Berücksichtigung hiemit vereinbarter Wünsche der Lehrer zuzuweisen.“

Dieses Satzgebilde erschwert das Verstehen. Die Gründe dafür sind der seltsame Ehrgeiz, alle Informationen in eine Satzkonstruktion zu packen und – als sprachliche Folge – eine immens weite Satzklammer. Im vorliegenden Fall wird die Satzklammer vom Finitum „hat“ und vom infiniten Prädikatsteil „zuzuweisen“ gebildet. Zwischen Finitum und infinitem Prädikatsteil stehen nicht weniger als 60 Worte! Löst man dieses monströse Satzgebilde nach den Kriterien der Verständlichkeitsforschung auf, dann bietet sich zum Beispiel folgende Version an: „In Schulen mit Fachlehrersystem hat der Schulleiter den einzelnen Lehrern die lehrplanmäßig vorgesehenen Wochenstunden der Unterrichtsgegenstände in den einzelnen Klassen für jedes Unterrichtsjahr zuzuweisen. Dies erfolgt nach Beratung der allgemeinen Gesichtspunkte in der Schulkonferenz. Pädagogische und didaktische Grundsätze, die Vorschriften über die Lehrverpflichtung und die Lehrbefähigung sind zu beachten, die hiermit vereinbarten Wünsche der Lehrer zu berücksichtigen. (An lehrgangsmäßigen Berufsschulen erfolgt die Zuweisung der Wochenstunden für jeden Lehrgang.)“

Zu ähnlichen Verstehensproblemen wie eine weite Satzklammer führen auch der exzessive Gebrauch von Parenthesen (Satzeinschüben) und der unbedachte Umgang mit so genannten Nominalphrasen (z.B. Unter Bedachtnahme auf ..., Unter der Berücksichtigung der Tatsache, dass ...)

Falsche Stellung des Prädikats

Während das oben angeführte Beispiel nur aus kommunikationspraktischen und stilistischen Erwägungen ein Ärgernis ist, handelt es sich bei folgender Formulierung eindeutig um einen Verstoß gegen eine syntaktische Norm: „Der Lieferumfang der ersten vereinbarungsgemäß erfolgten Lieferung von der klagenden Partei an die beklagte Partei umfasste 17 Lizenzen und wurde über diese Lieferung mit 18.06.2004 auch Rechnung gelegt. Der Einzelpreis einer Lizenz beträgt € 14.200.-, wurde der beklagten Partei jedoch ein Partner-Discount in der Höhe von 25% gewährt.“

Zu den Grundregeln der deutschen Syntax gehört, dass im Aussagesatz das Prädikat (meist) an zweiter Stelle steht. Das erste Satzgebilde im zitierten Beispiel besteht aus zwei durch die Konjunktion „und“ verbundenen Hauptsätzen. Im zweiten Hauptsatz müsste daher das finite Verb „wurde“ an die zweite Stelle verschoben werden, also so: „... und über diese Lieferung wurde mit 18.06.2004 auch Rechnung gelegt.“ Derselbe Regelverstoß folgt gleich darauf im nächsten Satz. Wieder werden zwei Hauptsätze gereiht, diesmal ohne Verbindung durch eine Konjunktion (was unerheblich ist). Folglich müsste der Prädikatsteil, das finite Verb „wurde“ auch hier an die zweite Stelle wandern: „..., der beklagten Partei wurde jedoch ein Partner-Discount in der Höhe von 25 % gewährt.“

Während die Unübersichtlichkeit des Satzbaus vor allem in Gesetzestexten zum Ärgernis für betroffene BürgerInnen wird, ist der grammatikalisch falsche Bau verbundener Hauptsätze eine Spezialität von Rechtsanwaltskanzleien. In Gesetzestexten hat er glücklicherweise noch keinen Einzug gehalten.

*Dr. Christian Schacherreiter
ist Germanist und Kultur-
journalist in Oberösterreich;
c.schacherreiter@utanet.at*

Wider die Diktatur der Mittelmäßigen

Armin Wolfs couragierte Rede zur Lage des ORF war nicht umsonst

Rund vier Monate ist es her, dass ORF-Chefreporter Armin Wolf in der Hofburg den Robert-Hochner-Preis 2006 verliehen bekam. In seiner Dankesrede machte sich Wolf Gedanken über die Struktur des ORF und die politische Einflussnahme auf das Unternehmen; er zitierte im wesentlichen früher geäußerte Kritik von Robert Hochner und Heinrich Neisser und forderte innere Pluralität im ORF ein. Dass diese Pluralität derzeit am Küniglberg nicht zu Hause ist, kann der aufmerksame Gebührenzahler täglich beobachten – lauwarm ist eine für die politische Berichterstattung noch milde Bezeichnung, wenn man sich an so manche *Report-* oder *Offen gesagt-*Sendung erinnert. Die schmeichelweiche Interviewführung hat im Laufe der Jahre zum Quotenabsturz der ORF-Sommergespräche geführt. Im Jahr 2005 hat die ORF-Führung Armin Wolf ins Abenteuer „Sommergespräche“ geschickt und siehe da – Wolf ging akribisch vorbereitet in die Interviews, fragte kritisch, entlarvte Politikerlügen und ließ seine Gegenüber mitunter traurig aussehen. Ohne die Leistung Wolfs zu schmälern – das allgemeine Erstaunen und das öffentliche Lob für seine Interviewführung machten zugleich deutlich, dass man es in Österreich schlicht nicht mehr gewohnt ist, dass ein Journalist kritische Fragen stellt. Es gibt kaum einen Diskurs im Land, weder im Fernsehen, noch in Printmedien – es bestehen ja auch kaum mehr Printmedien, die sich zur Diskursführung anbieten würden. Gratis-U-Bahn-Zeitungen sind das Symbol eines dumpfen Provinzialismus.

In den letzten Jahren wird Kritik an Politikern und öffentlichen Stellen regelmäßig als Nestbeschmutzung ausgelegt; wer eine effiziente Bewachung wertvoller Werke im Kunsthistorischen Museum einfordert oder gar, dass auch der Finanzminister Steuern zahlen und Bauordnungen achten möge, wagt sich schon weit hinaus. Wer selbstbewusst

wesentliche Fragen anspricht, löst Verstörung im Land aus. Bezeichnend zuletzt der Wirbel um Tony Palmers Dokumentarfilm „The Salzburg Festival“ – ein kritischer Film wird zum Schrecken der an Hofberichterstattung gewöhnten Provinzgrößen. Oder die versäumten Möglichkeiten der EU-Präsidentschaft: statt sich anlässlich des EU-Lateinamerika-Gipfels mit den von den südamerikanischen Neo-Revolutionären Chavez und Morales aufgeworfenen Themen wie Ozonloch, Bildungs- und Verteilungsfragen zu befassen, setzt die österreichische Ratspräsidentschaft andere Prioritäten: zum Europatag am 9. Mai erstellte man ein Heftchen mit Süßigkeiten aus allen EU-Staaten.

Armin Wolf hat in seiner Rede darauf hingewiesen, dass gerade ein – im Fernsehinfobereich immer noch – Monopolist wie der ORF auf innere Pluralität angewiesen ist, wenn er seine Rolle in der Gesellschaft, Information und kritische Beleuchtung der Geschehnisse, erfüllen soll. Das gilt in einem kleinen Land in besonderem Ausmaß – nicht nur für den ORF, sondern für alle geschlossenen Systeme: für staatspolizeiliche Dienste genau so wie für Justiz, öffentliches Gesundheits- und Bildungswesen usw. Diese Systeme bedürfen nicht nur der permanenten Kontrolle von außen, sondern auch von innen. Fehlt es an der inneren Kontrolle, an einer gewissen Selbstreinigungskraft, dann kommt es zu Fehlentwicklungen der Systeme wie zuletzt in Deutschland, wo der Bundesnachrichtendienst Journalisten anheuerte, um andere Journalisten bespitzeln zu lassen.

Journalisten, Ärzte, Polizisten, Universitätsprofessoren und andere, die ihre Arbeitsbedingungen im einen oder anderen Aspekt als unbefriedigend empfinden, ziehen es in Österreich zu oft vor, hinter vorgehaltener Hand zu jammern. Ängstlichkeit und Apathie herrschen dort, wo ein klein wenig Zivilcourage helfen

könnte, das eigene Umfeld, den eigenen Alltag spannender und attraktiver zu machen. Der hineingefressene Frust macht den Einzelnen krank; für die Gesellschaft insgesamt ist die seltsame Passivität verhängnisvoll. Die Rückmeldungen der Ärzteschaft und des Pflegepersonals über Entwicklungen auf dem Gesundheitssektor sind für den gesellschaftlichen Fortschritt ebenso wichtig wie Berichte der Professoren über den Zustand der Universitäten. Nur im Dialog und Diskurs der Experten können die öffentlichen Einrichtungen weiterentwickelt werden. Das Schweigen aller zu allem führt dagegen – siehe ORF – zur Diktatur der Mittelmäßigen. Die Zustände im ÖGB sind ein weiteres gutes Beispiel dafür – in welchem anderen Land würde die Masse der zum Kollektivvertrag arbeitenden, so genannten kleinen Leute zusehen, wie eine Hand voll gieriger und unfähiger Funktionäre den über Jahrzehnte angesparten Streikfonds verjuxt?

Armin Wolf hat in seiner Rede auf eine neue Intensität politischer Einflussnahme auf den ORF hingewiesen. Er hat sich für einen unabhängigen, kritischen, engagierten Journalismus ausgesprochen und damit Selbstverständliches formuliert – dass eine solche Äußerung Mut erfordert, ist ein Indiz für die Berlusconiisierung des Landes. Gleichzeitig muss man aber mit der Mär aufräumen, dass jede kritische Äußerung gefährlich, ja existenzbedrohend sei. Beispiele von Werner Vogt über Robert Hochner bis zu Franz Küberl belegen, dass die Verbindung von kritischem Geist und aufrechter Haltung Karrieren vielleicht verlangsamen, aber nicht stoppen kann. Armin Wolfs Mut hat sich gelohnt – er führte dazu, dass viele Journalistinnen und Journalisten im ORF den lange in sich getragenen Unmut artikulierten; er führte zu einem Bericht über Chefredakteur Mück, der weniger von sich selbst eingenommene Personen wie Mück und Lindner zum freiwilligen Rückzug bewegt hätte. Wolf hat den Stein ins Rollen gebracht, der zu einer neuen Geschäftsführung für den ORF geführt hat und Hoffnung auf ein offeneres Klima im ORF gibt. Für Österreich muss man sich viele Nachahmer Wolfs für alle gesellschaftlichen Bereiche wünschen!

Dr. Oliver Scheiber ist Richter in Wien und Redaktionsmitglied des Juridikum; o.scheiber@chello.at

Für eine neue Kriminal-Politik*

Richard Soyer

I. Ich möchte mit einer grundsätzlichen Bemerkung beginnen: Die Kriminalpolitik ist ein besonders *ausagekräftiger Politikbereich* für das demokratisch-liberale, vor allem für das rechtsstaatliche, grundrechtliche Selbstverständnis einer Gesellschaft.

Bei Kriminalpolitik geht es im Kern um den *gesellschaftlichen Umgang mit strafbaren Handlungen*. Also um Fragen wie: Was ist strafbar? Welche Sanktionen werden wofür verhängt? Wie ist es in einer Gesellschaft um die Freiheit bestellt? Gibt es die vielbeschworene staatsanwaltliche Objektivität der Strafverfolgung tatsächlich? Was wird – eingedenk der Knappheit der Ressourcen – von der Polizei verfolgt und was wird nicht verfolgt? Wie ernst werden die Grundrechte von den Strafgerichten genommen?

II. Über Antworten auf diese Fragen und kriminalpolitische Programmsätze bzw. Rechtsprinzipien wie die Unschuldsvermutung, den Anklagegrundsatz oder einen proklamierten „Raum von Freiheit, Sicherheit und Recht“ in Europa kann man auf einer abstrakt-theoretischen Ebene trefflich streiten.

Mein Zugang zum Thema ist ein anderer. *Ähnlich dem Case-Law-System* im anglo-amerikanischen Raum entwickle ich meine kriminalpolitischen Position(en) aus Einzelfällen und aus meinen Erfahrungen als Rechtsanwalt in konkreten Strafverfahren.

III. Ich bin der Meinung, dass die Kriminalpolitik in diesem Land gegenwärtig zum *Stillstand* gekommen und zu einem *Stiefkind der Politik* verkommen ist.

Das war nicht immer so. Das letzte große *kriminalpolitische „Glanzstück“* in Österreich war das im Jahr 1975 in Kraft getretene neue Strafgesetzbuch (StGB) – die sog. Brodasche Strafrechtsreform. Seinerzeit wurde im Bereich des materiellen Strafrechts eine Totalreform durchgezogen, also eine umfassende Antwort auf die Frage: Was alles ist strafbar? gegeben. (Dabei wurden teilweise geradezu mittelalterliche Zustände und Regelungen beseitigt, weshalb man heute noch darüber diskutieren könnte, warum nach dem Ende des 2. Weltkriegs 30 Jahre vergehen mussten bis es zum StGB des Jahres 1975 gekommen ist.)

Natürlich ist in der Folge in den letzten 30 Jahren, seit 1975, einiges reformiert worden. Ich meine aber, dass es sich dabei teils um *ungenügende Teilreformen* handelte und die *großen kriminalpolitischen Herausforderungen der Gegenwart* erst gar nicht in Angriff genommen worden sind.

IV. Welche *Versäumnisse* meine ich? Wie sieht der *status quo* aus?

Die österreichischen Gefängnisse sind *überfüllt und übersichert*. Die Häftlingszahlen sind seit 2001 um ca. 30% gestiegen und seither auf einem Höchststand von 9000 Gefangenen stabil (statt 7000 in den Jahren 1992 – 2002). Der Ausländeranteil in den Justizanstalten beträgt ca. 45%.

Die Ursache für diesen katastrophalen Befund ist nicht eine Zunahme der Kriminalität (die Kriminalitätsentwicklung ist vielmehr in vielen Bereichen konstant bzw. teilweise sogar rückläufig), sondern ein *Versagen der*

Kriminalpolitik und eine sehr *strenge gerichtliche Strafenpraxis*, vor allem im Osten Österreichs.

Das Dilemma, in dem sich der österreichische *Strafvollzug* aufgrund der „hausgemachten“ hohen Belagszahlen befindet, ist bereits nachhaltig thematisiert worden; auch konkrete Verbesserungsvorschläge liegen vor.¹

Aus meiner Sicht möchte ich zum Versagen der Kriminalpolitik zunächst zwei Punkte herausgreifen: Dabei geht es darum, dass die *Toleranzgrenzen im Strafgesetzbuch* nachzusteuern und teils neu zu ziehen sind. In den 30 Jahren seit der Brodaschen Strafrechtsreform 1975 ist da viel zu wenig geschehen:

Ein konkretes Beispiel ist der *Begriff der „gewerbsmäßigen Tatbegehung“*, der im Strafgesetzbuch nicht etwa an objektiven Kriterien wie einer hohen Schadenssumme und mehrfacher Tatwiederholung festgemacht ist, sondern an der subjektiven „Absicht, sich durch eine wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen“ (§ 70 StGB). Die für die Annahme von „Gewerbsmäßigkeit“ erforderliche einzige Tat kann zB schon der Diebstahl einer Flasche Wein oder einer Sonnenbrille sein. Die Beurteilung eines solchen Diebstahls als „gewerbsmäßigen Diebstahl“ führt zu einer Freiheitsstrafandrohung in zehnfacher Höhe (bis zu 5 Jahren FS statt bis zu 6 Monaten). Dass eine solche Gesetzesanwendung durch die Strafgerichte bei ausländischen Dieben besonders häufig anzutreffen ist, brauche ich wohl nicht zu erwähnen.

Die strafrechtlichen Toleranzgrenzen sind – um ein zweites konkretes Beispiel anzuführen – auch im *Drogenstrafrecht* neu zu ziehen. Auch dort finden wir diese „Gewerbsmäßigkeit“ als Qualifikationselement, das von Gesetzes wegen völlig unangemessen für die Weitergabe von kleinen Mengen Suchtgiften zur Anwendung gelangen kann. Die letzte Reform in diesem Bereich hat uns dafür die Einführung der lebenslangen Freiheitsstrafe im Drogenstrafrecht beschert – ein Tabubruch, der seinesgleichen sucht, weil es lebenslange Freiheits-

*) Beim Text handelt es sich um das Eingangsstatement des Verfassers beim *Standard*-Montagsgespräch vom 12. Juni 2006 im Haus der Musik in Wien. Weitere DiskussionsteilnehmerIn am Podium: BM für Justiz Mag.^a Karin Gastingner, Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Gratz; NRBg. Dr. Hannes Jarolim (Moderation: Dr. Gerfried Sperl). Anlass des Montagsgesprächs der Tageszeitung *Der Standard*

war das Erscheinen des Buches: *Richard Soyer, Kriminalpolitik*. NWV Wien Graz 2006.

1) *Grafl / Gratz / Höpfel / Hovorka / Pilgram / Schroll / Soyer*, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! JRP 2004, 61; – Follow up, Juridikum 2005, 66.

strafdrohungen in Österreich bis dahin nur für Tötungsdelikte gab.

Notwendig wäre im Drogenstrafrecht vielmehr eine sachliche, „unpopulistische“ Herangehensweise des Gesetzgebers, die nicht davor zurückscheut, etwa auch den Besitz und Konsum von Haschisch, aber auch die Weitergabe von kleinen Mengen Haschisch ohne einen Vorteil daraus zu ziehen, endlich straflos zu stellen. Haschisch auszuprobieren gehört heutzutage quasi zum Erwachsenwerden; ich sehe keinen Sinn in einer Kriminalpolitik, die die Augen vor dieser Realität verschließt.

Ich belasse es bei diesen beiden Beispielen „populistischer“ *Unterlassungen und Nicht-Reformen*. Das in einem so geförderten gesellschaftlichen *Klima repressiver Kriminalpolitik* vor allem im *Osten Österreich* eine unangemessen strenge Strafenpraxis der Gerichte vorherrscht, verwundert dann eigentlich nicht mehr wirklich.

V. Der zweite Bereich, in dem eklatante Reformdefizite auszumachen sind, hat besonders viel mit meinen praktischen Erfahrungen als Strafverteidiger zu tun: Ich bin der Meinung, dass unser *inquisitorisches Verfahrenssystem* in vielen Punkten überaltert und keineswegs nur in Einzelfällen – sondern geradezu systematisch – unfair und fehleranfällig ist.

Die Strafjustiz hat ein *Flaggschiff der Gerechtigkeit, Fairness und Menschenwürde* zu sein! Tatsächlich handelt es sich dabei aber um eine „Baustelle“ *besondere Art*. Bei dieser harten Beurteilung erkenne ich nicht, was ist in den letzten 15 Jahren reformiert, besser: teilreformiert wurde:

Wir haben seit dem Jahr 1991 ein modernes *Polizeibefugnisgesetz*. Im Jahr 1993 wurde das Recht der Untersuchungshaft reformiert. 1997 wurde der *Lausch- und Spähangriff* sowie die *Rasterfahndung* eingeführt. Seit dem am 1.1.2000 in Kraft getretenen *Diversionsgesetz* wird mit bestimmten Formen von Bagatelldelinquenz zeitgemäß umgegangen. Und dann gibt es vor

allem noch das *Strafprozessreformgesetz 2004*, das das strafrechtliche Verfahren neu regelt und am 1.1.2008 in Kraft tritt (dass bei diesem Gesetz die Neuregelung der Verteidigungsrechte auf der Strecke geblieben sind, kann ich hier nur erwähnen).

Das Strafverfahren besteht aber bekanntlich nicht nur aus einem Vorverfahren, sondern vor allem auch aus einer *Hauptverhandlung* und einem *Rechtsmittelverfahren*. Unsere Strafprozessordnung stammt in ihren Grundzügen aus dem Jahr 1873. Nur das Vorverfahren neu zu regeln, ohne eine Reform unserer überalterten, inquisitorisch ausgestalteten Hauptverhandlung und eine Reform des völlig ungenügenden Rechtsmittelverfahrens in Angriff zu nehmen, ist eine *kriminalpolitische Katastrophe* ersten Ranges!

Warum? Weil dieses Verfahrenssystem als Ganzes immer wieder *Fehlurteile*² zulässt, ja produziert, ich möchte fast sagen „auf laufendem Band“. Das stört aber offenkundig nur die persönlich Betroffenen. Dass in Österreich die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und damit deren Verfahrensgarantien in Verfassungsrang stehen, ersetzt keine moderne Strafprozessordnung. In der EMRK sind *Mindestgarantien* für ein faires Verfahren festgeschrieben, nicht mehr und nicht weniger!

Mein *Resümee*: Ich erwarte mir von einem fairen Strafprozess – in einem zivilisierten europäischen Land wie Österreich – insgesamt andere Standards als ich sie tagtäglich in Gerichtsverfahren erleben muss. Anders gesagt und als Programmssatz formuliert: *Mehr Sicherheit durch mehr Fairness und weniger Haft!*

Dr. Richard Soyer ist Partner im Rechtsanwaltsbüro Soyer Embacher Bischof in Wien, Universitätsprofessor in Graz und Redaktionsmitglied des juridikum;
soyer@anwaltsbuero.at

Impressum

juridikum

Zeitschrift im Rechtsstaat
www.juridikum.at

HerausgeberInnen

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

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandlergasse 21
A-1070 Wien, Tel. 01/610 77
Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589
E-Mail: order@verlagooesterreich.at
www.verlagooesterreich.at

Redaktionsassistent: Mag^a. Ingrid Faber

Preis: Jahresabonnement: Euro 38,-, Studierendenaabonnemnt: Euro 27,-, Förderabonnement Euro: 56,-, Einzelheft: Euro 12,- exkl. Euro 9,90 Porto- und Versandkosten (Inland)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

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

AutorInnen dieser Ausgabe:

Judit Barth-Richtarz, Adebisola Bayer, Christina Binder, Doris Einwallner, Iris Eisenberger, Eva Matt, Christian Mosser, Marco Nademleinsky, Florina Platzer, Michael Reiter, Ines Rössl, Christian Schacherreiter, Oliver Scheiber, Richard Soyer, Alexia Stuefer, Dietrich Westphal, Maria Windhager

Offenlegung

Der Medieninhaber und Verleger ist zu 100 % Eigentümer des **juridikum**. Die grundlegende Richtung des **juridikum** ergibt sich aus den Context-Statuten und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte.
Erscheinungsort: Wien

Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

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

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

2) Unter einem „Fehlurteil“ verstehe ich, dass ein Beschuldigter zu Unrecht verurteilt oder freigesprochen wird. Ein Fehlurteil liegt auch dann vor, wenn ein Urteil in einem wesentlichen Teil unrichtig ist oder eine Verurteilung aus objektiven Gesichtspunkten nicht zu rechtfertigen ist. Kein Fehlurteil ist der Freispruch im Zweifel.

Das Fremdenrechtspaket 2005 – eine kritische Analyse

Doris Einwallner

„Man kann klar sagen: Das Gesetz wirkt, die Zuwanderung kann mit diesem Gesetz klar geregelt werden. Und diese Regelung führt auch zu klaren Ergebnissen“, so die Innenministerin Liese Prokop in der Pressekonferenz am 20.7.2006.

Grund für den Jubel der Innenministerin ist das am 1.1.2006 in Kraft getretene Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG). Es bildet gemeinsam mit dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG 2005) die Eckpfeiler des Fremdenrechtspaketes 2005¹ und löst gemeinsam mit diesem das Fremdengesetz 1997 (FrG) ab.² Die von der Ministerin angesprochenen Wirkungen bzw Ergebnisse des neuen Gesetzes wurden anhand von Zahlen veranschaulicht. Demnach ist der „Zuzug von Fremden im Vergleich zum ersten Halbjahr des Vorjahres um Dreiviertel zurückgegangen. Insgesamt wurden nur mehr 7.085 Aufenthaltstitel bewilligt, im Vorjahr waren es von Jänner bis Juni 26.566.“³

Kaum ein anderer Bereich ist politisch so extrem aufgeheizt wie der Bereich der Zuwanderung. Die Annäherung des politischen Mainstreams an das Thema ist überwiegend davon geprägt, die Zuwanderung zu senken, straffällig gewordene ImmigrantInnen abzuschie-

ben, die sogenannte „Integration“ mit verpflichtenden Kursen und Prüfungen zu erzwingen und somit möglichst viel zu verlangen, gleichzeitig aber möglichst wenig zu geben. Die Pressekonferenz der Innenministerin am 20.7.2006 kam daher, insbesondere in Hinblick auf die Nationalratswahl 2006, wenig überraschend.

Man fragt sich, wie eine derart massive Senkung der Zahlen erreicht werden konnte und vor allem auf wessen Kosten. Bevor ich mich dieser Frage und damit einigen der Auswirkungen des Fremdenrechtspaketes 2005 zuwende, soll ein kurzer historischer Rückblick zunächst die Entwicklung des österreichischen Fremdenrechts in den letzten 40 Jahren veranschaulichen.

Historischer Rückblick

Anfang der 1960er Jahre begann Österreich wegen eines Arbeitskräftemangels sogenannte „GastarbeiterInnen“ anzuwerben, vorrangig aus der Türkei und dem ehemaligen Jugoslawien. Man ging vom Rotationsprinzip aus und verfolgte damit die Idee, dass diese Menschen nicht in Österreich bleiben, sondern früher oder später wieder in ihre Herkunftsländer zurückkehren und durch neue „GastarbeiterInnen“ ersetzt würden.⁴

Diese Annahme sollte sich als verkürzt und damit falsch herausstellen.

In den 1960er Jahren war die Zuwanderung nach Österreich noch rudimentär geregelt. Seit 1954 gab es das Fremdenpolizeigesetz.⁵ Dieses räumte Fremden⁶ das Recht ein, sich grundsätzlich zeitlich unbeschränkt in Österreich aufzuhalten,⁷ wobei dieses Recht aus bestimmten Gründen auch eingeschränkt, an einen Sichtvermerk gebunden oder aberkannt werden konnte.

Eine erste Einschränkung brachte das Paßgesetz 1969 (PaßG),⁸ mit dem die Sichtvermerkpflcht für Österreich eingeführt wurde.⁹

Von 1974 bis 1976 kam es einerseits infolge der Rezession aufgrund der Erdölkrise, andererseits aufgrund der Erkenntnis, dass das sog Rotationsprinzip gescheitert war, die sog „GastarbeiterInnen“ in Österreich blieben und auch ihre Familien nachholten, zu einer restriktiveren Handhabung des Paßgesetzes und damit zu einem Rückgang der Zuwanderung. Im Jahr 1976 trat zusätzlich das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)¹⁰ in Kraft, das erstmals auch den Zugang zum Arbeitsmarkt für ImmigrantInnen einschränkte bzw an eine Bewilligung knüpfte.¹¹

Auch wenn zunehmend eine Reglementierung der Zuwanderung nach Österreich erfolgte, war es aber noch relativ einfach möglich, einen (Wiedereinreise-) Sichtvermerk und auch den Zugang zum Arbeitsmarkt in Österreich zu erlangen.

Aufenthaltsgesetz, Fremdengesetz

Ein drastischer Einschnitt erfolgte im Jahr 1993. Zunächst trat am 1.1.1993 das – inhaltlich dem Fremdenpolizeigesetz nachgebildete – Fremdengesetz (FrG)¹² in Kraft. Dieses sah weiterhin die Sichtvermerkpflcht für Einreise und Aufenthalt vor. Sichtvermerke wurden unterteilt in gewöhnliche Sichtvermerke, Touristensichtvermerke,¹³ Dienstsichtvermerke und Diplomatsichtvermerke.¹⁴ Ein

1) BGBl Nr 100/2005.

2) Abgerundet wird das Paket durch die Staatsbürgerschaftsrechts-Novelle 2005. Vgl dazu Joachim Stern juridikum 1/2006, 6ff.

3) Presseausendung vom 20.7.2006, www.bmi.gv.at.

4) Vgl www.demokratiezentrum.org.

5) BGBl Nr 75/1954.

6) §2 Abs 1 Fremdenpolizeigesetz idF BGBl Nr 75/1954: Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen.

7) § 2 Fremdenpolizeigesetz idF BGBl Nr 75/195.

8) BGBl Nr 422/1969.

9) § 23 Abs 1 PaßG idF BGBl Nr 422/1969: Fremde bedürfen zur Einreise in das Bundesgebiet außer einem gültigen Reisedokument (§ 22) eines österreichischen Sichtvermerkes, soweit nicht etwas anderes durch zwischenstaatliche Vereinbarungen bestimmt wird.

10) BGBl Nr 218/1975.

11) Demokratiezentrum Wien, „Arbeitsmigration nach Österreich in der Zweiten Republik“, www.demokratiezentrum.org.

12) BGBl Nr 838/1992.

13) Sie wurden mit dem FrG erstmals eingeführt.

14) Vgl § 6 FrG idF BGBl Nr 838/1992.

Sichtvermerk konnte auf Antrag erteilt werden, sofern ein gültiges Reisedokument vorlag und kein Versagungsgrund gegeben war. Ein Aufenthaltsverbot, fehlende Unterhaltsmittel, kein ausreichender Krankenversicherungsschutz, unrechtmäßige Einreise oder eine (sonstige) Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit stellten etwa Versagungsgründe dar. Der Sichtvermerk konnte wie bisher befristet oder unbefristet erteilt werden. EWR-BürgerInnen waren zur sichtvermerksfreien Einreise bzw zum sichtvermerksfreien Aufenthalt in Österreich berechtigt. Ihren Angehörigen¹⁵ war ein Sichtvermerk auszustellen.

Die eigentlichen Einschnitte brachte das am 1.7.1993 in Kraft getretene Aufenthaltsgesetz (AufG),¹⁶ das erstmals für alle Drittstaatsangehörigen, die in Österreich einen ordentlichen Wohnsitz begründen wollten, eine eigene Bewilligung vorsah. Ein Sichtvermerk nach dem FrG genügte nicht mehr. Bei Personen, die sich innerhalb eines Kalenderjahres länger als sechs Monate tatsächlich oder zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in Österreich aufhielten, wurde die gesetzliche Vermutung aufgestellt, dass sie in Österreich einen Hauptwohnsitz begründen wollen und somit eine Bewilligung benötigen.

Gleichzeitig sah das AufG sehr strenge Erteilungsvoraussetzungen vor. Erstmals wurde eine jährliche Quote, also eine jährliche Höchstzahl an Bewilligungen, eingeführt. Der/Die AntragstellerIn musste den gesicherten Lebensunterhalt und eine ortsübliche Unterkunft nachweisen können.¹⁷ Für eine Arbeitserlaubnis musste das Landesarbeitsamt bestätigen, dass im Hinblick auf die Aufnahmefähigkeit des Arbeitsmarktes keine Bedenken bestehen. Auch das Verfahren wurde geändert. Für Erstanträge wurde der Grundsatz der Auslandsantragsstellung normiert. Verlängerungsanträge mussten spätestens 4 Wochen vor Ablauf der bisherigen Bewilligung bzw des Sichtvermerks gestellt werden. Bewilligungen konnten wieder aberkannt werden, wenn der Lebensunterhalt nicht mehr gesichert war oder keine ortsübliche Unterkunft mehr

nachgewiesen werden konnte. Dies hatte zur Folge, dass viele Menschen ihren rechtmäßigen Aufenthaltstatus wieder verloren.

Das AufG sah allerdings auch Ausnahmen vor. Bewilligungsfrei waren etwa alle, die sich sichtvermerksfrei in Österreich aufhalten durften oder für die ein (quotenfreier) Sichtvermerk nach dem FrG vorgesehen war. Keine Bewilligung benötigten demnach etwa WissenschaftlerInnen, JournalistInnen, ausübende KünstlerInnen und anerkannte Flüchtlinge bzw AsylwerberInnen.¹⁸

Im Jahr 1993 wurden somit erstmals zwei Formen von Aufenthaltsberechtigungen eingeführt, und zwar die quotenpflichtige Bewilligung nach dem AufG und der quotenfreie Sichtvermerk nach dem FrG.

Fremdengesetz 1997

Mit dem Fremdengesetz 1997 (FrG 1997)¹⁹ wollte man offenbar einige der Härten, die insbesondere das AufG mit sich gebracht hatte, beseitigen. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage wurde dazu ausgeführt: „Die politischen Veränderungen in Europa Ende der 80iger Jahre und der damit verbundene Fall des eisernen Vorhangs haben fast ohne jegliche Vorwarnzeit einen erheblichen Zuwanderungsdruck auf Österreich erzeugt. Der Gesetzgeber hat darauf im Jahre 1992 in der Art von Sofortmaßnahmen (AufG, FrG) in der Weise reagiert, dass Zuwanderung nur mehr innerhalb einer Quote zulässig wurde. Hierzu war es notwendig, jene Gruppen, die die größte Anzahl der nach Österreich kommenden Fremden waren und immer noch sind, nämlich Arbeitsmigranten und Touristen durch spezifische Regelungen so voneinander zu trennen, dass Ordnungsvorstellungen in gebotener MaÙe durchgesetzt werden konnten. Insbesondere waren dies einerseits der Grundsatz der Auslandsantragstellung, des Nachweises einer ortsüblichen Unterkunft für Arbeitsmigranten, andererseits die Touristensichtvermerke, die weder zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit berechtigten, noch im Inland verlängerbar waren und sind.“

Das Aufenthalts- und das Fremdengesetz haben sich, was ihre Intentionen betrifft, in den letzten Jahren bewährt, eine unkontrollierte Zuwanderung konnte vermieden werden. Allerdings haben sich in der Praxis Probleme ergeben, die mit dem zur Verfügung stehenden Instrumentarium nicht abschließend und zur Zufriedenheit aller Beteiligten gelöst werden konnten. Es wurden daher Änderungsvorschläge erarbeitet, die einerseits eine sehr begrenzte Neuzuwanderung von Fremden und andererseits die Integration der in Österreich lebenden Fremden erleichtern und so ein Miteinander der Österreicher und Österreicherinnen mit ausländischen Mitbürgerinnen und Mitbürgern ermöglichen sollen. Hinzukommt das Erfordernis, die österreichische Rechtslage an nunmehr geänderte europäische Standards anzupassen. Es ist dies insbesondere das gesamte Schengener Vertragswerk.“²⁰

Das FrG sah als inhaltliche Schwerpunkte unter anderem die Kategorisierung der Aufenthaltstitel in Visa, Aufenthaltserlaubnis und Niederlassungsbewilligung, die Schaffung eines Rechtsanspruches auf Familiennachzug sowie die Gleichstellung der Angehörigen österreichischer StaatsbürgerInnen mit den Angehörigen anderer EWR-BürgerInnen vor.²¹ Die Unterscheidung in Aufenthaltserlaubnis und Niederlassungsbewilligung ist insofern bis heute von besonderer Bedeutung, als damit erstmals auch eine Unterscheidung zwischen dem vorübergehenden, von vornherein zeitlich befristeten Aufenthalt in Österreich (mit Aufenthaltserlaubnis) und dem auf Dauer ausgerichteten Aufenthalt (mit Niederlassungsbewilligung) getroffen wurde. Die Niederlassungsbewilligung war schwieriger zu erlangen, brachte aber aufenthaltsrechtlich einen wesentlich besseren Status mit sich.

Das FrG 1997 wurde in den nachfolgenden Jahren mehrfach novelliert, wobei als wesentlichste Änderung sicherlich die Einführung der verpflichtenden Integrationsvereinbarung und die damit verbundenen Sanktionen bei nicht rechtzeitiger Erfüllung zu erwähnen ist.²²

15) § 29 AufG idF BGBl Nr 466/1992: EhegattInnen und Kindern bis Vollendung des 20. Lebensjahres, sonstigen Verwandten in auf- und absteigender

18) § 1 AufG idF BGBl Nr 466/1992.
19) BGBl Nr 1997/75.
20) Allgemeiner Teil der Erläuterungen zur RV 685 XX.GP.

21) Vgl Allgemeiner Teil der Erläuterungen zur RV 685 XX.GP.
22) FrG-Novelle 2002, BGBl Nr 2002/126.



Blawg Austria

□□ Juristisches Tagebuch

Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz

Zur bisher letzten Änderung des österreichischen Fremdenrechts kam es mit dem Fremdenrechtspaket 2005, das am 01.01.2006 in Kraft trat. Wie schon eingangs erwähnt, sind das FPG und das NAG die Eckpfeiler dieses Pakets. Sie lösen das FrG 1997 ab, sodass wie schon 1993 wieder eine Zweiteilung in fremdenpolizeiliche und niederlassungs-/aufenthaltsrechtliche Aufgaben besteht.

Die neuerlichen Änderungen im Fremdenrecht wurden im wesentlichen mit der notwendigen Umsetzung von EU-Richtlinien begründet.²³ Nach meiner Einschätzung wurde die anstehende Umsetzung europarechtlicher Vorgaben aber auch und vor allem zum Anlass genommen, offenbar unliebsame Immigrationsentwicklungen der letzten Jahre zu regulieren, wobei man in der Wahl der Mittel nicht gerade zimperlich war.

Was gleich ins Auge sticht, ist die massive Schlechterstellung Angehöriger von EWR-BürgerInnen mit österreichischer Staatsbürgerschaft im Vergleich zu Angehörigen anderen EWR-BürgerInnen. Während beiden Gruppen im FrG 1997 die selben Rechte zukamen, insbesondere die Niederlassungsfreiheit in Österreich und das Recht der Inlandsantragstellung sowie nach dem AuslBG der freie Zugang zum Arbeitsmarkt, wurden diese Rechte für Angehörige von österreichischen

StaatsbürgerInnen durch das Fremdenrechtspaket 2005 (wiederum) massiv eingeschränkt.

Als Kriterium für die Ungleichbehandlung der beiden Gruppen dient aber nicht etwa eine Unterscheidung anhand der Staatsangehörigkeit des/der zusammenführenden EWR-Bürgers/in.²⁴ Die unterschiedliche Rechtsstellung ergibt sich vielmehr daraus, ob der/die Zusammenführende sein/ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat und aufgrund dieses Rechts in Österreich aufhältig ist.²⁵ Das trifft gerade auf österreichische StaatsbürgerInnen regelmäßig nicht zu.

Die Konsequenzen dieser scheinbar objektiven und sachlichen Unterscheidung sind massiv. Den Angehörigen von „nicht freizügigkeitsberechtigten“ EWR-BürgerInnen kommt nicht, wie noch nach dem FrG 1997, Niederlassungsfreiheit in Österreich zu. Der Erstantrag darf grundsätzlich nicht in Österreich gestellt²⁶ und die Erteilung des Aufenthaltstitels auch nicht in Österreich abgewartet werden. Der freie Zugang zum Arbeitsmarkt steht nur noch EhegattInnen und minderjährigen Kindern, aber auch ihnen nur mit einem Aufenthaltstitel nach dem NAG offen.²⁷

Volljährigen Kindern, Enkelkindern, Eltern und Schwiegereltern sowie sonstigen Angehörigen kann bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen zwar eine

Niederlassungsbewilligung erteilt werden. Die Voraussetzungen dafür sind allerdings nicht leicht zu erfüllen²⁸ und ein freier Zugang zum Arbeitsmarkt ist mit dieser Niederlassungsbewilligung nicht (mehr) verbunden.

Als besondere Hürde hat sich dabei auch das Erfordernis des gesicherten Lebensunterhaltes entpuppt. Was darunter zu verstehen ist, wird im NAG erstmals definiert. Es müssen feste und regelmäßige eigene Einkünfte vorliegen, die dem/der AntragstellerIn eine Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften ermöglichen und der Höhe nach den Richtsätzen des § 293 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) entsprechen.²⁹ Damit müssen derzeit, auch im Fall der Verlängerung (des Aufenthaltstitels), monatlich netto EUR 690,00 für eine alleinstehende Person, EUR 1.056,00 für ein Ehepaar, weitere EUR 79,00 für ein minderjähriges Kind bzw EUR 690,00 für ein volljähriges Kind oder sonstige Angehörige vorliegen.³⁰ In der Praxis ergeben sich aufgrund dieser Vorgaben nicht nur bei den Erstanträgen Schwierigkeiten, sondern auch bei der Verlängerung von Aufenthaltstiteln.³¹

Basierend auf dieser Rechtslage ergibt sich beispielsweise die Situation, dass eine/ein österreichische/r StaatsbürgerIn drei von vier volljährigen Kindern in den letzten Jahren nach Ös-

23) Vgl. Allgemeiner Teil RV 952 XXII. GP; unter anderem RL 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten; RL 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen; RL 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

24) Zusammenführende sind EWR BürgerInnen, SchweizerInnen oder Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten und von denen ein (Aufenthalts-) Recht nach dem NAG abgeleitet wird; in der vorliegenden Konstellation EWR-BürgerIn.

25) Vgl. § 51 NAG idGF.

26) Zu den Ausnahmen vgl. § 21 Abs 2 NAG.

27) Vgl. § 1 Abs 2 lit m AuslBG idGF.

28) Vgl. § 47 Abs 3 NAG.

29) Vgl. § 11 Abs 5 NAG idGF.

30) Diese Beträge ändern sich jährlich durch Anpassung des § 293 Abs 1 ASVG.

31) Zu Problemen führen diese Vorgaben nicht nur beim Familiennachzug von österreichischen StaatsbürgerInnen, sondern auch beim Familiennachzug von Dritt-

staatsangehörigen. Bezieht eine Frau beispielsweise *nur* Kinderbetreuungsgeld, so kann es zu ersten Problemen kommen, wenn es um die Verlängerung ihres Aufenthaltstitels, und jenen ihres Kindes oder ihres Gatten geht. Nicht selten landen derartige Fälle zunächst bei der Fremdenpolizei, um die Ausweisung aus Österreich zu überprüfen.

terreich nachholen konnte. Diese drei hatten und haben auch weiterhin freien Zugang zum Arbeitsmarkt, was ihnen die Möglichkeit eröffnet, auch die eigene Familie nachzuholen. Basierend auf der Rechtslage des NAG kann das vierte, volljährige Kind nur mehr dann nachgeholt werden, wenn der/die Zusammenführende ein bestimmtes Mindesteinkommen vorweisen kann, zB derzeit Euro 1.746,- netto/monatlich, wenn er/sie in Österreich auch für einen EhegattIn sorgspflichtig ist. Hat der/die Zusammenführende in Österreich noch weitere Sorgpflichten, so erhöht sich der Betrag entsprechend. Das volljährige Kind darf – anders als noch die Geschwister – in weiterer Folge aber nicht in Österreich arbeiten und hat damit auch keine Möglichkeit, die eigene Familie nachzuholen.

Neben den volljährigen Kindern, (Schwieger-)Eltern und Enkelkindern österreichischer StaatsbürgerInnen sind von den genannten Regelungen insbesondere auch EhegattInnen österreichischer StaatsbürgerInnen betroffen, die ursprünglich als AsylwerberInnen nach Österreich gekommen waren. Während es ihnen bis Ende letzten Jahres noch erlaubt war, nach der Heirat den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels in Österreich zu stellen und die Erteilung ungeachtet einer allfälligen unrechtmäßigen Einreise bzw eines bis dahin allenfalls unrechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich abzuwarten,³² ist dies seit 1.1.2006 nicht mehr möglich. Sie sind nunmehr grundsätzlich gezwungen, für den Aufenthaltstitel in ihr Herkunftsland zurückzukehren, um dort den Antrag zu stellen bzw die Erteilung abzuwarten. Verdient der/die EhegattIn nicht genug oder schöpft die Behörde den Verdacht einer Aufenthaltsehe, ist die Chance, in naher Zukunft wieder nach Österreich zu kommen, derzeit allerdings verschwindend klein. Mangels Übergangsbestimmungen gilt die neue Rechtslage auch für die, die ihren Antrag bereits im Vorjahr gestellt haben. Auch sie dürfen die Bewilligung

grundsätzlich nicht mehr in Österreich abwarten.

Angehörige sogenannter freizügigkeitsberechtigter EWR-BürgerInnen haben im Gegensatz dazu bereits aufgrund ihrer Angehörigeneigenschaft das Recht auf Inlandsantragstellung, Niederlassungsfreiheit in Österreich und freien Zugang zum Arbeitsmarkt.³³ Auf ein bestimmtes Mindesteinkommen des/der Zusammenführenden kommt es – anders als im Falle österreichischer StaatsbürgerInnen – grundsätzlich nicht an. Diese Rechte kommen auch volljährigen Kindern, Enkelkindern sowie den Eltern und Schwiegereltern zu.

Eine weitere Gruppe ist sehr einschneidend von den Neuregelungen des NAG betroffen. KünstlerInnen, WissenschaftlerInnen, JournalistInnen hatten seit jeher die Möglichkeit, sich quotenfrei in Österreich niederzulassen. Diese Möglichkeit wurde ihnen nun aberkannt. Es kann zwar weiterhin ein quotenfreier Aufenthaltstitel erlangt werden, aber nur mehr in Form einer Aufenthaltsbewilligung. Diese berechtigt allerdings nur zum vorübergehenden Aufenthalt in Österreich. Damit ist weder ein Daueraufenthalt noch eine Aufenthaltsverfestigung möglich. Eine Niederlassungsbewilligung, für den auf Dauer ausgerichteten Aufenthalt in Österreich, ist – anders als noch nach dem FrG 1997 – für sie nicht mehr vorgesehen. Das betrifft allerdings nicht etwa nur Erstanträge. Will beispielsweise eine bereits in Österreich lebende Künstlerin ihre Niederlassungsbewilligung verlängern, erhält sie nur noch eine Aufenthaltsbewilligung und wird damit rechtlich massiv „zurückgestuft“, obwohl sich an ihren Lebensumständen nichts geändert hat.

Es fällt auf, dass die dargestellten Änderungen ausschließlich Fälle quotenfreier Zuwanderung betreffen. Auf der Suche nach den Gründen liefern die Zahlen des Innenministeriums, etwa für das Jahr 2005, einen klaren Hinweis. So wurden im Vorjahr insgesamt 6.258 quotenpflichtige Erstniederlassungsbewilligungen erteilt. Dieser Zahl stehen

25.908 quotenfreie Erstniederlassungsbewilligungen gegenüber, wobei an Angehörige österreichischer StaatsbürgerInnen 23.444, an Angehörige anderer EWR-BürgerInnen 655 und an KünstlerInnen/Medienbedienstete/WissenschaftlerInnen 821 Erstniederlassungsbewilligungen vergeben wurden.³⁴

Während die quotenpflichtige Zuwanderung nach Österreich in den letzten Jahren eingeschränkt und mehr oder weniger auf den Familiennachzug Drittstaatsangehöriger sowie den Zuzug von Schlüsselkräften beschränkt wurde, fand die überwiegende Zuwanderung somit außerhalb der Quote statt. Angesichts der bereits dargestellten Regelungen im NAG kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass jede Form der quotenfreien Niederlassung in Österreich künftig möglichst hintangehalten werden soll.

Die aktuellen Zahlen scheinen das zu bestätigen. Die Statistik des Innenministeriums³⁵ für den Zeitraum 1.1.2006 bis 31.7.2006 zeigt nämlich, dass bis 31.7.2006 erst 5.056 quotenfreie Erst-Aufenthaltstitel³⁶ erteilt wurden. Anteilig bedeutet das ca. 722 quotenfreie Aufenthaltstitel pro Monat im Jahr 2006 gegenüber ca. 2.159 quotenfreien Erst-Aufenthaltstiteln monatlich im Vorjahr.

Die Regierungsparteien³⁷ versuchen nun aus diesen Zahlen politisches Kapital zu schlagen, verschweigen aber, dass die Frage der Verfassungsmäßigkeit der dargestellten Rechtslage, gerade in Hinblick auf Art 8 EMRK, den Gleichheitssatz bzw das BVG zur Durchführung des internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 390/1973, mehr als fraglich und bisher keineswegs abschließend geklärt ist. Die Beurteilung durch den Verfassungsgerichtshof bleibt abzuwarten.

Mag.^a Doris Einwallner ist Rechtsanwältin in Wien und Redaktionsmitglied des juridikum; doris.einwallner@chello.at

32) Vgl etwa VwGH ZI 99/18/0399 vom 31.5.2000.

33) Ausgenommen sind die Angehörigen sogenannter „neuer EU-BürgerInnen“. Hier es darauf an, ob der/die Zusam-

menführende nach § 32a AuslBG selbst schon freien Zugang zum Arbeitsmarkt hat.

34) www.bmi.gv.at Asyl- und Fremdenwesen Jahresstatistik 2005.

35) www.bmi.gv.at Asyl und Fremdenwesen Statistik 2006.

36) Niederlassungsbewilligungen und Aufenthaltstitel Familienangehörige.

37) Im Vorfeld der Nationalratswahl 2006.

„Toleranz“ – abseits der Utopie

Ines Rössl

1. „Toleranz“ in der Multikulturalismus-Debatte

Es ist zunächst festzuhalten: Menschen haben mit manchen Verhaltensweisen anderer „ein Problem“ – ob gerechtfertigt oder nicht, sei vorerst dahin gestellt. Wie soll man mit diesem Gefühl des Nicht-Einverstanden-Seins umgehen? Hat man das Recht, abgelehnte Verhaltensweisen öffentlich zu kritisieren, sie einzudämmen oder zu verbieten, bloß weil sie den eigenen Werthaltungen oder auch nur Gewohnheiten nicht entsprechen?

Angesichts derartiger Fragestellungen entspinnen sich Debatten, in denen der Begriff der „Toleranz“ Hochkonjunktur hat. Insbesondere die sogenannte Multikulturalismus-Debatte führt den Begriff in ihrem Fahrwasser. Sollen Sikhs, die als Polizisten arbeiten, ihre traditionelle Kopfbedeckung tragen dürfen oder muslimische Richterinnen den Hijab? Soll die Beschneidung von Frauen aus kulturellen Gründen zulässig sein? Wie ist damit umzugehen, wenn eine kulturelle Gruppe¹ Mitglieder, die nicht „orthodox“ im Sinne der Tradition leben, benachteiligt oder „vulnerable members“ diskriminiert (zB Frauen den Zugang zu Bildung verwehrt)? Soll der Staat aus Rücksicht auf „Kultur“ dulden?

2. Der theoretische Diskurs

Nicht nur LeitartiklerInnen fordern „Toleranz“ oder rufen das „Ende der Toleranz“ aus, sondern auch die liberale politische Philosophie arbeitet sich an dem Begriff ab. Es wird von ethnischen Minderheiten gesprochen, deren Anliegen man berücksichtigen will, von liberalen Grundsätzen, die man nicht verraten möchte, und schlussendlich soll eine konfliktfreie und glückliche Zukunft für alle entworfen werden.

Aber wo stehen diese Wirs, die sprechen? Sie wollen nicht den Staat vertreten, denn schließlich nehmen sie sich als moralische Pflicht das Recht heraus, auch für die Marginalisierten sprechen zu wollen. Sie wollen und können aber auch nicht bloß für die Marginalisierten sprechen, denn die Diskussion rund um den Toleranz-Begriff ist dadurch geprägt, dass sie von jenen geführt wird, die sich selbst als Tolerierende verstehen. Es ist eine Diskussion des in Texten verkörperten Gewissens des modernen Rechtsstaates. Die Empfindung, das Gewissen des Rechtsstaates zu sein, impliziert einen Blickwinkel. Die Frage: „Was soll unser Staat tun, damit er legitim und glaubwürdig bleibt?“ hat letztendlich systemerhaltende Funktion in dem Sinn, als die theoretischen Deutungen des Toleranz-Begriffs bestrebt

sind, diesen in Einklang mit den moralischen Ansprüchen eines „richtig verstandenen“ Liberalismus – dh mit den behaupteten ideologischen Grundlagen des liberalen Staates – zu bringen.

3. Ein „veralteter“ Begriff?

Provokant gesprochen könnte man sich ja darüber wundern, dass das Wort „Toleranz“ im politischen Kontext nicht längst ausgestorben ist. Den modernen Demokratien und ihren Legitimationserzählungen steht doch mittlerweile ein spezifisches Argumentationsinstrumentarium zur Verfügung, das auf Konflikte zwischen der Mehrheitsgesellschaft und abweichenden Lebensentwürfen zugeschnitten scheint: Nämlich insbesondere der Grundrechtsdiskurs und die Prinzipien der Gleichheit und Freiheit.² Warum kursiert weiterhin der Toleranz-Begriff, obwohl die liberalen Demokratien die *historischen* Forderungen nach Toleranz (zB religiöser Toleranz) im Laufe der Zeit in die Gestalt legaler Rechte (zB Recht auf Religionsfreiheit) gegossen haben?³

4. Toleranz als sichtbare Überwindung

Toleranz zeichnet sich dadurch aus, dass man etwas duldet, was man eigentlich ablehnt.⁴ Der Akt des Tolerierens ist also durch eine Ablehnungs- und durch eine Anerkennungskomponente (Trotzdem-Duldung) gekennzeichnet.⁵ Darin liegt das Schmerzhafte und Mühsame der Toleranz: Man schätzt ein Verhalten nicht oder hält etwas nicht für richtig und duldet es trotzdem. Der/die Tolerierende unternimmt eine moralische Anstrengung, etwas zu dulden; ihm/ihr ist das tolerierte Verhalten nicht einfach egal.⁶

In diesem Zusammenhang schleicht sich immer wieder der Begriff der „Tugend“ ein⁷ und täuscht leicht darüber hinweg, dass es in Hinblick auf staatliche

1) Ich verstehe darunter jene Gruppen, die sich unter Berufung auf ihre ethnische Herkunft oder Religion als distinkte Kultur begreifen und als solche gegenüber der „Mehrheitsgesellschaft“ auftreten. Dies kann auch ein Reflex auf Zuschreibungen der Mehrheitsgesellschaft sein. Zu Konstruktion von „Kultur“ als homogenes, abgrenzbares Ganzes durch den „culture talk“ der Mehrheitsgesellschaft vgl ua *Benhabib*,

The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era (2002) 4f.

2) Für einen Verzicht auf den Toleranz-Begriff zugunsten von auf „Gleichheit“ gestützte Argumente *Hiebaum*, Die Tücken der Toleranz. Manuskript (2005) 19ff.

3) *Galeotti*, Identity, Difference, Toleranz. Manuskript (2005), versucht, dem Begriff eine problemlösende Funktion zu erhalten, indem sie ihn als öffentliche

Anerkennung der Differenz fasst. 4) Ua *Forst*, Toleranz, Gerechtigkeit und Vernunft; *Raz*, Autonomie, Toleranz und Schadensprinzip; *Williams*, Toleranz – eine politische oder moralische Frage? (Alle in: *Forst* [Hrsg.], Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend [2000]); *Gerdes*, Toleranz, Neutralität und Anerkennung. Working-Papers – Center on Migration, Citizenship

and Development, No.4. www.comcad-bielefeld.de/downloads/workingpaper_4.pdf (4.10.2005); *Hiebaum*, Tücken der Toleranz.

5) Unter Bezug auf *King*, Toleranz (1976) *Forst*, Toleranz 120.

6) Ua *Williams*, Toleranz 104.

7) Vgl nur Titel, Klappentext und Einleitung zu *Forst* [Hrsg.], Toleranz, sowie *Raz*, Autonomie, Toleranz und das Schadensprinzip 85.

Toleranz nicht um eine innere Haltung gehen kann, sondern nur um ein nach Außen tretendes Handeln, um eine tolerante *Praxis*. Bedeutsam ist lediglich, wie das dulddende Verhalten des Staates von Seiten der Betroffenen *verstanden* wird. Wenn es um staatliche Toleranz geht, muss sich daher auch der charakteristische Zwiespalt zwischen Anerkennung- und Ablehnungskomponente äußerlich manifestieren, damit von „Toleranz“ gesprochen werden kann.

5. Opportune Toleranz vs obligatorische Toleranz

Für Tolerierende gibt es Gründe dafür, nicht einzugreifen, obwohl sie ein Verhalten ablehnen. Man mag sich zB aus „pragmatischen oder strategischen Klugheitserwägungen“⁸ zurückhalten, um den Frieden (den reibungslosen Gang der Dinge) nicht zu gefährden.⁹ Man könnte aber auch der Meinung sein, dass eine Person, die X für richtig hält, ein Recht darauf hat, dementsprechend zu leben, auch wenn man selbst X für falsch hält. Man gesteht ihr dieses Recht zu, weil man X als von der Person „autonom gewählt“ respektiert, oder weil X „nicht unmoralisch oder ungerecht“ ist.¹⁰

Was in der Vielfältigkeit der immer wieder angeführten Motive für Toleranz auffällt, ist eine regelmäßige Gegenüberstellung von Toleranz als Ausdruck eines Kompromisses (zB aufgrund von Friedenssicherungsüberlegungen) und von Toleranz als Ausdruck einer aktiv positiven Haltung gegenüber den Tolerierten als Personen. Eine tolerante Haltung als Ausdruck eines Kompromisses erscheint nicht als „echte Toleranz“, sondern als zähneknirschendes Stillhalteabkommen, das zwar einer früheren historischen Epoche angemessen gewesen sein mag, jedoch heutzutage nicht mehr zeitgemäß sei.

Die Toleranz-TheoretikerInnen wollen keine Duldung aus Opportunitätsgründen, sondern Duldung aus Prinzip. Sie sind bemüht, Toleranz-Gebote als verbindliche Pflichten des Staates zu formulieren, denen ein *Recht* der BürgerInnen auf Toleranz gegenübersteht.¹¹ Aber mit diesem Versuch, den historisch bedeutsamen Toleranz-Begriff als positiv konnotierten *Gerechtigkeits*-Begriff in die aktuellen Debatten hinüber zu retten, entleeren die TheoretikerInnen „Toleranz“ ihrer ureigenen Bedeutung, nämlich dass geduldet wird, was gleichzeitig abgelehnt wird. Eine als obligatorisch gedachte Toleranz entbehrt der Ablehnungs-Komponente. Dies lässt sich anhand einer auf dem Prinzip individueller Autonomie fußenden Toleranz-Konzeption – wie sie zB *Kymlicka* vertritt – zeigen.

6. Liberale Toleranz als Anwendung des Autonomieprinzips

Individuelle Autonomie ist nach *Kymlicka* der liberale Grundwert, und diesem sei die liberale Toleranz-Konzeption verpflichtet. Bei anderen Formen staatlicher Duldung handle es sich nicht um Toleranz, die sich mit liberalen Grundsätzen vereinen ließe.

Als Prototyp führt er das „Millet System“ des osmanischen Reiches an.¹² Dieses respektierte die verschiedenen Traditionen und Praktiken jeder religiösen Gruppe, die einzelnen Gruppen hatten jedoch große Normierungsmacht über ihre Mitglieder.

„[I]t was not a liberal society, for it did not recognize any principle of *individual* freedom of conscience. [...] Hence there was little or no scope for individual dissent within each religious community, and little or no freedom to change one's faith. While the Muslims did not try to suppress the Jews, or vice

versa, they did suppress heretics within their own community.”¹³

Dem stellt *Kymlicka* die liberale Toleranz gegenüber. Diese erfordere eine Differenzierung: Gruppenrechte, welche die Gruppe und ihre Mitglieder vor Benachteiligungen gegenüber der Mehrheitsgesellschaft schützen sollen, sind aus liberaler Sicht zulässig und sogar geboten. Denn Mitglieder minoritärer Gruppen hätten sonst reduzierte Entscheidungsoptionen (mithin weniger sinnvolle Autonomie) als Mitglieder der Mehrheitsgesellschaft¹⁴ (bspw ist es für einen religiösen Sikh keine Option, Buschauffeur zu werden, wenn er dafür seinen Turban ablegen muss). Beispiele für solche „external protections“ sind Repräsentationsrechte, Selbstverwaltungsrechte, bestimmte Ausnahmen von bestehenden Gesetzen (zB die Ausnahme von bestimmten Uniformierungscodes) und die Förderung kultureller Aktivitäten.¹⁵

Andererseits erfordert laut *Kymlicka* eine liberale Toleranz-Konzeption, dass staatliche Toleranz dort ihre Grenze findet, wo die Autonomie des Individuums durch eine kulturelle Gruppe in unzulässiger Weise eingeschränkt wird. In diesem Sinne steht er „internal restrictions“ ablehnend gegenüber. Dabei handelt es sich um bestimmte Normierungsrechte einer Gruppe gegenüber ihren Mitgliedern „[to] limit the freedom of individual members within the group to revise traditional practices.”¹⁶ Wenn also zB eine Gruppe Mitglieder benachteiligt, die nicht mehr den Gruppentraditionen anhängen, oder geschlechtsspezifische Diskriminierung praktiziert, könne dies nicht toleriert werden;¹⁷ die „Grenze der Toleranz“ ist erreicht. Sobald Kultur die Autonomie der Individuen bedroht, darf der liberale Staat nicht mehr tolerant sein, sondern muss eingreifen.¹⁸

8) *Forst*, Einleitung zu *Forst* [Hrsg], Toleranz 16.

9) Sei es, dass „aus Mangel an überlegener Macht“ oder „um des Friedens selbst willen“ toleriert wird. (*Höffe*, Toleranz: Zur politischen Legitimation der Moderne, in: *Forst* [Hrsg], Toleranz 65.)

10) Vgl *Forst*, Toleranz 127f, wobei *Forst* zufolge „nicht unmoralische oder ungerechte“ Verhaltensweisen in dem Sinn zu verstehen sind, dass sie einer für alle akzeptablen Grundstruktur der politischen Ge-

meinschaft entsprechen.

11) Diese Wertungstendenz lässt sich ua bei *Williams*, *Gerdes*, *Höffe* und *Forst* beobachten.

12) Vgl *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* (1995) 156ff.

13) *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* 157.

14) Vgl *Strecker*, *Multikulturalismus*, in: *Göhler/Iser/Kerner* [Hrsg.], *Politische Theorie* (2004), 280-296.

15) Vgl *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* 37f; *Levy*, *The Multicul-*

turalism of Fear (2000) 127-156, dessen Kategorisierung von Gruppenrechten von jener *Kymlickas* abweicht.

16) *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* 153.

17) Vgl *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* ua 39f.

18) Wohlwissend, dass es sich um eine Interpretation „zwischen den Zeilen“ handelt (ua *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* 165), ist festzuhalten: *Kymlicka* diskutiert den Toleranz-Begriff immer als eine

Frage der (Nicht)-Anwendung von staatlichem Zwang, wobei er ein enges Verständnis von „Zwang“ zu haben scheint: Es beschränkt sich auf gesetzliche Verbote, deren Nichtbefolgung gerichtliche Sanktionen nach sich ziehen. Von staatlicher Toleranz ist daher bereits dann zu sprechen, wenn ein Verhalten gesetzlich nicht sanktioniert wird, unabhängig davon, ob staatlicherseits anderweitig Druck ausgeübt wird.

Der Umkehrschluss ergibt: Ein Verhalten, das zwar von den Gepflogenheiten der Mehrheitsgesellschaft abweicht (zB bestimmte religiöse Bräuche oder Kleidungsvorschriften), aber die individuelle *Autonomie nicht bedroht, muss geduldet* werden. Handelt es sich bei dieser Duldung um Toleranz? Duldet der Staat in diesem Fall etwas, was er eigentlich ablehnt?

7. „Weak toleration“ und die fehlende Ablehnungskomponente

Aus Sicht des liberalen Staates ist ein Verhalten, das die Autonomie Dritter nicht bedroht, nicht unmoralisch oder ungerecht¹⁹. Einem solchen Verhalten steht der Staat „morally indifferent“ gegenüber und darf daher nicht eingreifen. Diese „weak toleration“ ist ein Grundelement der liberalen Weltanschauung.²⁰ Was Teil der staatlichen Weltanschauung ist, kann dem Staat jedoch nicht „schwer fallen“. Es kommt nicht zu dem für Toleranz charakteristischen Konflikt zwischen eigener und fremder Weltanschauung. Die Unzulässigkeit eines Eingriffs ist a priori ausgemacht und verordnet.

Wenn die Duldung deshalb erfolgt, weil ein bestimmtes Verhalten (zB zuge-spitzt: eine bestimmte Art zu gehen) nicht in Form von staatlichen Eingriffen abgelehnt werden darf, dann fehlt dieser Duldung die für Toleranz charakteristische Ablehnungskomponente. Denn der Staat greift gerade deshalb nicht ein, weil er ein Verhalten *nicht* ablehnt (nicht ablehnen darf). Toleranz bedeutet die *Unterdrückung des legitimen Wunsches*, einzugreifen. Wenn ein Eingriff *von vornherein als illegitim gedacht* wird, ist eine daraus folgende Duldung nicht als „Toleranz“ zu bezeichnen.

Sie entbehrt die für Toleranz spezifische Zwiespältigkeit, weil sie in

ein Gerechtigkeitsystem eingepasst wird, das vorschreibt, was legitim/illegitim ist. In diesem Fall haben die BürgerInnen einerseits ein moralisches *Recht* auf „Toleranz“, andererseits geht das Charakteristische von Toleranz verloren²¹ und erscheint der Begriff zudem überflüssig, weil er auch als liberale Prinzipientreue (Einhaltung des Prinzips staatlicher Enthaltensamkeit im Sinne des Autonomieprinzips) formuliert werden kann²².

8. Ein gehaltvoller Toleranz-Begriff

Zurück zu *Kymlicka*: Er hat festgestellt, dass autonomiefeindliche kulturelle Praktiken aus der Perspektive der „liberal principles“ nicht zu dulden sind, und bezeichnete das als Grenze der „Toleranz“.

In einem zweiten Schritt opfert er die Prinzipien einer schwer zu definierenden Einzelfallgerechtigkeit. Er stellt die Frage, ob politische HandlungsträgerInnen tatsächlich immer Zwang anwenden dürfen, wenn die liberale Toleranzgrenze überschritten wird, und gelangt zu einem Ergebnis, das viel mehr mit der ursprünglichen Zwiespältigkeit des Toleranz-Begriffs zu tun hat.

Kymlicka kommt zu dem Schluss, dass Beziehungen zu kulturellen Minoritäten „should be determined by peaceful negotiation, not force“²³: Man solle auf indirektem Weg auf eine Liberalisierung minoritärer Gruppen hinarbeiten. Das Schema der von *Kymlicka* vorgeschlagenen Toleranz (auch wenn er in diesem Zusammenhang nicht explizit von „toleration“ spricht) sieht folgendermaßen aus:

1. Gegenstand der Toleranz: Praktiken, welche die liberale Toleranzgrenze überschreiten.

2. Auf Seite der Anerkennungskomponente: Sichtbare staatliche Reaktion: Es wird kein direkter Zwang zur Verhinderung besagten Verhaltens ausgeübt.

3. Auf Seite der Ablehnungskomponente: Sichtbare staatliche Reaktion: Indirekte Anreize hin zu einer Liberalisierung, öffentlich ausgedrückte Missbilligung der fraglichen Praktiken, Unterstützung interner liberaler Reformkräfte etc.²⁴

Durch die Kombination aus dem Verzicht auf direkte gesetzliche Verhinderung eines unerwünschten Verhaltens und dem Ausdruck von Missbilligung durch indirekte Steuerungsinstrumente wird genau jene Zwiespältigkeit nach außen getragen, die für Toleranz charakteristisch ist. Anders als auf der Ebene der liberalen Prinzipien haben wir es also hier mit Toleranz im strengen Sinn zu tun.

9. Pragmatische Motive: Effektivität und Nachsicht

Das Motiv für diese Form der Toleranz ist aber diesmal nicht das Autonomie-Argument. Eine Begründung, die *Kymlicka* gegen die Oktroyierung liberaler Prinzipien anführt, ist die Tatsache, dass minoritäre Gruppen eine solche vielfach als Akt der Aggression ansehen. Aus diesem Grund schlägen derartige Versuche häufig fehl oder wären sogar kontraproduktiv. Liberale Institutionen wären zudem nur dann effektiv, wenn liberale Überzeugungen internalisiert worden sind, weshalb auf indirektem Weg auf einen solchen inneren Lerneffekt hingearbeitet werden sollte.²⁵ Diese beiden Argumente sind pragmatischer Natur; liberale Grundsätze sollten aus reinen *Effektivitätsgründen* nicht erzwungen werden.

Ein weiteres Argument operiert mit der Behauptung, dass es illegitim sei, Er-

19) Dies ergibt sich aus der theoretischen Neutralitäts-Ideologie des liberalen Staates. Der „reale Staat“ verhält sich auch gegenüber nicht autonomiefeindlichem Verhalten nicht neutral, sondern begünstigt bestimmte Lebensformen. Wir bewegen uns in diesem Text aber in Argumentationen innerhalb der idealen liberalen Prinzipiengebäude. Dass einige TheoretikerInnen die soziologische Realität des Staates als Machtstruktur zu wenig ins Bild bekommen, ist eine andere Frage.

20) Vgl. *Fitzmaurice*, *Autonomy as a Good: Liberalism, Autonomy and Toleration*. *The Journal of Political Philosophy*, Vol.1, Nr.1 (1993) 2ff.

21) Die Ablehnungskomponente wird nur im *Entscheidungsprozess* in Form des Abwägens von Ablehnungs- und Duldungsmotiven sichtbar (zB in Urteilsbegründungen). Der Abwägungskonflikt ist der staatlichen Entscheidung (zB einem Urteil) einerseits vorgelagert und andererseits wohnt der duldenden Entscheidung im-

mer noch die Erinnerung an das Ringen um sie inne und bleiben die gegen die Duldung sprechenden Gründe „aufgehoben“. So gelangt man zu einem *prozessualen* Toleranzbegriff, der ein Begründungsverfahren charakterisiert, das auch den Gegenargumenten respektvolle Berücksichtigung zukommen lässt. Diese prozessuale Toleranz ist dem Grundrechtsdiskurs immanent: Über die Bedeutung von Rechten wird erst durch die Abwägung der im konkreten Fall konfligierenden Rechte ent-

schieden (siehe die Bezeichnungen dieses fairen Abwägens: Verhältnismäßigkeit, Sachlichkeit, gute Gründe).

22) Ähnlich *Kukathas*, *Cultural Toleration*, in: *Shapiro/Kymlicka* (Hrsg), *Ethnicity and Group Rights* (1997) 69-104.

23) *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* 167.

24) Vgl. *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* 168.

25) Vgl. *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* 167.

wartungshaltungen zu brechen: *Kymlicka* zufolge könnten ImmigrantInnen eher zur Konformität gezwungen werden, soweit sie im Voraus wüssten, „worauf sie sich einlassen“, wenn sie einreisen. Heikler seien hingegen die Fälle „alteingesessener“ Minderheiten – Fälle, in denen über Generationen hinweg bestimmte illiberale Praktiken staatlicherseits geduldet wurden.²⁶ Hier argumentiert er mit dem über lange Zeit gewachsenen Vertrauen in die Erlaubtheit bestimmter Praktiken. Anders gesagt: Es wird mit Tradition argumentiert.

Toleranz erscheint in diesem Fall eher als *Akt der Nachsicht*²⁷, auf den die Tolerierten kein Recht haben. Es handelt sich dabei um einen Toleranz-Begriff, den *Heyd* gerade deswegen nicht auf der politischen (die nach heutigem Verständnis von Rechten geprägt ist), sondern auf der moralischen Ebene ansiedelt, weil er „in many cases amounts to refraining from insisting on our rights and to acting indulgently towards others who are wrong.“²⁸ Man verzichtet darauf, konkreten Menschen plötzlich durch starke staatliche Eingriffe, „den kulturellen Boden unter den Füßen wegzuziehen“, weil man ihnen das „nicht zumuten“ will.

Man befindet sich also weit weg von einer unproblematischen „idyllischen“ Toleranz, die dem Gegenüber ein *Recht* auf Anderssein zuerkennt, sondern näher bei Konzepten, die auf die Ursprünge christlicher Toleranz verweisen, nämlich jene der Gnade und des Wohlwollens.

10. Ein Zugeständnis an die Realität der Gegenwart

Sowohl pragmatisch mit Effizienz und Machbarkeit begründete Toleranz als auch Toleranz als „liebende Nachsicht“ haben Folgendes gemeinsam: Sie beruhen nicht auf einem übergeordneten Prinzip der Gerechtigkeit. Sie erscheinen insofern als Zugeständnisse an die Realität. Diese ermöglicht es einerseits nicht, die idealen Prinzipien der Freiheit und Gleichheit aller sofort in vollem Maße durchzusetzen (Menschen sind nun mal nicht so biegsam, und langfristige Internalisierung ist effektiver als kurzfristiger Zwang). Andererseits lässt diese Realität selbst legitimen Zwang zur Durchsetzung der Freiheit und Gleichheit aller vielfach als „unerträglich“ erscheinen (Menschen leiden).²⁹

So gefasst ist Toleranz ein Zugeständnis an die realen Menschen der Gegenwart. Könnte man sich die subjektiv beste mögliche Welt aussuchen und die ideale Zukunft sofort installieren, wäre das Konzept der Toleranz überflüssig. Denn dann würden zB – in den Utopien der liberalen Theorien gesprochen – alle Menschen den Wert der individuellen Autonomie hochhalten, und es gäbe kein Problem. Toleranz wirft aber gerade die Frage auf, wie weit man auf die Durchsetzung von Utopien und idealen Gerechtigkeitskonzepten verzichten kann.

Eine solche Toleranz wird zähneknirschend geübt. Weiters impliziert sie immer eine Geste der Macht, weil ihr der Beigeschmack des „wir könnten auch

anders, ohne unsere liberalen Grundsätze zu verraten“ und des „sei dankbar für die Nachsicht“ innewohnt.³⁰

Daher hat der Toleranz-Begriff auf normativer Ebene (mithin die Forderung nach Toleranz), nur begrenzt emanzipatorisches Potential, weil er per se nicht auf Utopien, sondern auf pragmatische interimistische Übereinkünfte des Zusammenlebens verweist.

Man mag es „nicht schön“ finden, dass Toleranz nicht nur eine Anstrengung bedeutet, sondern auch von politischen TheoretikerInnen scheinbar angesehene Gesten der Macht und des Pragmatismus verkörpert; man mag deshalb dafür plädieren, den „Toleranz“-Begriff „zum alten Eisen zu werfen“, oder ihn von vornherein ganz anders zu definieren. Aber: Toleranz im klassischen Sinn ist nun einmal ein pragmatischer Begriff, dem man viel von seiner spezifischen Aussagekraft nimmt, wenn man ihn zu einer Tugend der Gerechtigkeit stilisiert.

Mag.^a Ines Rössl ist Juristin in Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*;
ines.roessler@univie.ac.at

26) Vgl. *Kymlicka*, Multicultural Citizenship 170.

27) Vgl. *Heyd*, Tolerant: Moral, Not Political. Manuskript (2005) 3.

28) *Heyd*, Tolerant 12.

29) Hier geht es nicht darum, ob das im konkreten Fall *tatsächlich* ein zulässiger Grund für Toleranz sein kann, sondern um den Begriff selbst.

30) *Brown*, Reflexionen über Toleranz im Zeitalter der Identität. In: *Forst* [Hrsg.], Toleranz 263, bezeichnet Toleranz als „Luxus der Macht“.

(Nicht) vergleichbar?

Formelle versus materielle Gleichheit im europäischen Arbeitsrecht

Adebiola Bayer

Einleitung

Während bis vor relativ kurzer Zeit lediglich Frauen im europäischen Arbeitsrecht als benachteiligte Gruppe wahrgenommen und vor Diskriminierung geschützt wurden, so wurde die Anzahl der geschützten Gruppen mit Einführung des Art 13 EG und den beiden darauf basierenden Antidiskriminierungs-Richtlinien erheblich ausgedehnt. Daher gewinnt die Frage nach der größeren Bedeutung, wie das Vorliegen einer Diskriminierung festgestellt wird. Auf europäischer Ebene ist dafür nach wie vor Aristoteles' Formel relevant, wonach Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden soll. Doch wann ist etwas gleich und wann ungleich? Um diese Frage zu beantworten, ist es notwendig, einen Vergleich zu ziehen: Daher nimmt das Kriterium der Vergleichbarkeit in vielen Entscheidungen des EuGH eine zentrale Rolle ein. Der vorliegende Artikel setzt sich damit kritisch auseinander und hinterfragt, inwiefern ein strenges Festhalten an diesem Erfordernis noch zweckmäßig und sinnvoll ist.

1. Diskriminierung im europäischen Arbeitsrecht

Der Schutz vor Diskriminierung benachteiligter Gruppen wird im europäischen Arbeitsrecht zunehmend wahrgenommen. Dies zeigte sich vor allem durch die Einführung des jetzigen Art 13 EG im Zuge des Vertrags von Amsterdam: Diese Bestimmung bietet eine rechtliche Grundlage für Maßnahmen gegen

Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Da Art 13 selbst nicht direkt anwendbar ist, äußerte sich nur vorsichtiger Optimismus über die Durchschlagskraft dieser Bestimmung¹. Dies geschah zu Unrecht: Denn mit Erlass der „Rahmen“- und der „Anti-Rassismus“-RL² wurde die Möglichkeit wahrgenommen, einen umfassenden Diskriminierungsschutz im Bereich des Arbeitsrechts zu bieten. In Österreich wurden diese Richtlinien auf Bundesebene durch eine Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes, des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes und durch das neu erlassene Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft umgesetzt.

Nun stellt sich die Frage, wann eine Diskriminierung vorliegt. Beide RL sehen vier Formen von Diskriminierung vor: Unmittelbare Diskriminierung, mittelbare Diskriminierung, Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung. Die Anweisung zur Diskriminierung ist nur in Zusammenhang mit einer anderen Art der Diskriminierung möglich; und um festzustellen, ob eine Belästigung vorliegt, ist das Anstellen von Vergleichen nicht relevant, da nach diesem relativ neuem Konzept das Anstellen von Vergleichen generell abgelehnt wird³. Deshalb werden diese beiden Formen der Diskriminierung nicht in diesem Beitrag behandelt.

Anders ist der Fall jedoch bei der unmittelbaren und bei der mittelbaren Diskriminierung: Hier wird nämlich das Vornehmen eines Vergleiches, um festzustellen, ob eine Diskriminierung vorliegt, als zentrales Kriterium betrachtet⁴. Dies ist auf Aristoteles' Formel von Gleichheit zurückzuführen, wonach Gleiches gleich zu behandeln ist und Ungleiches – im Ausmaß der Ungleichheit – ungleich. Um zu beantworten, wann etwas gleich und wann etwas ungleich ist, und um herauszufinden, ob eine Diskriminierung vorliegt, ist es unerlässlich, einen Vergleich anzustellen. Daher betrachtet der EuGH das Kriterium der Vergleichbarkeit noch heute im europäischen Arbeitsrecht bei der Geschlechterdiskriminierung als zentral: Als Beispiele werden im Folgenden die beiden Entscheidungen *Larsson* und *Helmig* besprochen. Während in *Larsson* die Frage behandelt wird, ob eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt, geht es in *Helmig* um das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung⁵.

2. Vergleichbarkeit in der Judikatur des EuGH

2.1 Unmittelbare Diskriminierung: *Larsson*

Frau Larsson⁶ war bei der Firma Fotex angestellt, als sie schwanger wurde und ihren Arbeitgeber über diesen Umstand informierte. Zudem litt sie an einer Krankheit, die durch ihre Schwangerschaft verursacht war, und war deshalb zwei Mal im Krankenstand. Nach der Geburt ihres Kindes und nach Ende des Mutterschutzes musste sie aufgrund derselben Krankheit nochmals in Krankenstand gehen. Aufgrund Frau Larssons langer Abwesenheit vom Arbeitsplatz und ihres schlechten Gesundheitszustands wurde sie schließlich gekündigt. Hier musste der EuGH klären, ob dies eine unmittelbare Diskriminierung begründete. Dazu führte er aus, dass männliche und weibliche ArbeitnehmerInnen in gleichem Ausmaß

1) Siehe zB *Bulterman*, The chapter on fundamental rights and non-discrimination of the Draft Treaty of Amsterdam, Netherlands Quarterly of Human Rights 1997, 397.

2) Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG.

3) Siehe *MacKinnon*, Reflections on Sex Equality under Law, The Yale Law Journal 1990/1991, 1281.

4) Siehe zB *Tobler*, Indirect Discrimination, Antwerpen 2005, 43.

5) Bei einer mittelbaren Diskriminierung wird nicht das verbotene Kriterium selbst, wie hier das Geschlecht, herangezogen, sondern ein scheinbar neutrales Kriterium, das sich negativ auf eine benachteiligte Gruppe, wie zB Frauen, auswirkt.

6) EuGH 29. 5.1997, Rs C-400/95 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, im Namen von Helle Elisabeth Larsson, gegen Dansk Handel & Service, im Namen von Fotex Supermarked A/S*, Slg 1997, I-2757.

einem Arbeitsrisiko ausgesetzt seien: „Auch wenn bestimmte Beschwerden spezifisch für das eine oder das andere Geschlecht sind, so kommt es doch nur darauf an, ob eine Frau unter den gleichen Bedingungen wie ein Mann aufgrund von Fehlzeiten wegen Krankheit entlassen wird; ist dies der Fall, so liegt keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor.“⁷

Um festzustellen, ob Frau Larssons Kündigung eine Diskriminierung darstellte, hat der EuGH einen Vergleich angestellt und einen kranken Mann als hypothetischen Vergleichsmaßstab herangezogen. Das Ergebnis dieser Prüfung war, dass die Situation der beiden *vergleichbar* ist: Denn auch ein Mann, der zu lange im Krankenstand ist, wäre gekündigt worden. Somit ist in diesem Fall Gleiches gleich behandelt worden, was zu einer Verneinung einer Diskriminierung führte. Der Hintergrund, dass die Krankheit durch eine Schwangerschaft verursacht wurde, fand jedoch keine Berücksichtigung. Hätte der EuGH diesen Umstand als relevant erachtet, hätte er zu dem Ergebnis kommen müssen, dass Frau Larssons Situation eben nicht mit der Situation eines kranken Mannes vergleichbar ist: Demnach wäre nach dem zweiten Teil von Aristoteles' Formel eine Ungleichbehandlung im Ausmaß der Ungleichheit geboten gewesen. Dass der EuGH jedoch rein nach der Formel „Gleiches ist gleich zu behandeln“ vorgegangen ist, spiegelt ein formelles Verständnis von Gleichheit wider. *Fredman*⁸ bemerkt an diesem Konzept kritisch, dass es keine spezielle Behandlung bestimmter benachteiligter Gruppen, wie in diesem Fall Frauen, erfordert: Damit werden die besonderen Umstände und Hintergründe dieser Gruppen außer Acht gelassen. Genau das ist durch die Herangehensweise des EuGH in *Larsson* geschehen.

2.2 Mittelbare Diskriminierung: *Helmig*

Eine weitere Entscheidung des EuGH, die den Zusammenhang zwischen dem Anstellen eines Vergleiches und einem formellen Verständnis von Gleichheit demonstriert, ist *Helmig*⁹. Frau *Helmig* war eine teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmerin: Für Mehrstunden erhielt sie zwar den normalen Stundenlohn, jedoch keine Überstundenzuschläge. Daher verlangte sie für Mehrstunden dieselben Zuschläge, wie sie Vollzeitbeschäftigte für Überstunden erhalten. Der EuGH hatte zu klären, ob die Praxis ihres Arbeitgebers eine mittelbare Diskriminierung darstellte und kam zu der Schlussfolgerung, dass dies nicht der Fall war: „Im vorliegenden Fall erhalten Teilzeitbeschäftigte jedoch für die gleiche Anzahl geleisteter Arbeitsstunden genau die gleiche Gesamtvergütung wie Vollzeitbeschäftigte.“¹⁰ Als Beispiel wurde angeführt, dass eine teilzeitbeschäftigte Person mit einer vertraglichen Arbeitszeit von achtzehn Stunden für eine neunzehnte geleistete Arbeitsstunde genauso viel vergütet erhält wie eine vollzeitbeschäftigte Person für neunzehn Arbeitsstunden.

Diese Herangehensweise des EuGH zieht nicht den Umstand in Betracht, dass überwiegend Frauen Teilzeit arbeiten: Diese haben kaum die Möglichkeit, Überstundenzuschläge zu erhalten, obwohl eine höhere als die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung mindestens genauso viele Unannehmlichkeiten für sie bereitet wie das Leisten von Überstunden für Vollzeitbeschäftigte. Dies ist besonders deshalb der Fall, weil Frauen meist aufgrund von Kinderbetreuungspflichten eine Teilzeitbeschäftigung annehmen: Müssen sie mehr Stunden arbeiten als vertraglich vorgesehen, kann dies das Organisieren einer alternativen Kinderbetreuung notwendig machen, was zumeist schwierig und teuer ist.

Wie auch in *Larsson* führt in *Helmig* das Anstellen eines Vergleiches zu lediglich formeller Gleichheit: Ein vollzeitbeschäftigter Mann wird als Vergleichsmaßstab herangezogen und es wird festgestellt, dass beide für zB neunzehn Arbeitsstunden gleich viel erhalten; diesem Ergebnis liegt die Formel „Gleiches ist gleich zu behandeln“ zu Grunde. Es hätte jedoch in *Larsson* und *Helmig* vielmehr festgestellt werden müssen, dass die Situationen nicht gleich sind: Wird, wie es hier der Fall ist, Ungleiches gleich behandelt, dann stellt dies nach dem zweiten Teil von Aristoteles' Formel eine Diskriminierung dar.

2.3 Schlussfolgerung

Diese beiden Entscheidungen des EuGH, die die zentrale Rolle von Vergleichbarkeit in dessen Judikatur widerspiegeln¹¹, führen deutlich vor Augen, wie problematisch dieses Konzept ist.

Erstens entsteht der Eindruck, dass sich der EuGH der Vergleichbarkeit bedient, um unangenehmen Fragen auszuweichen, die sonst auf der Ebene der Rechtfertigung behandelt werden müssten. Denn vor allem bei der unmittelbaren Diskriminierung, wie sie bei *Larsson* zur Debatte stand, kann es besonders schwierig sein, eine adäquate Rechtfertigung zu finden: Hier werden nämlich nur diejenigen Rechtfertigungsgründe akzeptiert, die im Primär- oder Sekundärrecht niedergeschrieben und ausdrücklich als Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot deklariert sind¹²; keinesfalls können ökonomische Gründe eine Rechtfertigung darstellen¹³.

Zweitens zeigte sich bei den Vergleichen, die der EuGH in *Larsson* und *Helmig* vorgenommen hat, wie wenig transparent und schwer nachvollziehbar dieses Konzept ist: So ist der EuGH nicht darauf eingegangen, nach welchen

7) Rz 18.

8) *Fredman*, Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality, in: *Fredman* [Hrsg], Discrimination and Human Rights, 2001, 9.

9) EuGH 15. 12. 1994, Rs C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 und C-78/93 (verbundene Rs), *Stadt Lengerich gegen Angelika Helmig*, Slg 1994, I-5727.

10) Rz 27.

11) Weitere Beispiele aus dem Bereich der Geschlechterdiskriminierung sind ua EuGH 27. 3. 1980, Rs 129-79 *Macarthy's Ltd gegen Wendy Smith*, Slg 1980, 1275; EuGH 8. 11. 1990, Rs 179-88 *Handels- und Kontorfunktionärernes Forbund i Danmark (Hertz) gegen Dansk Arbejdsgiverforening*, Slg 1990, I-3979; EuGH 13. 1.2004, Rs C-256/01 *Debra Allonby gegen Accrington & Rossendale College*, Slg 2004, I-873.

12) Die Ausnahmen, die zB Artikel 2 der „alten“ Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG vorsah, waren, dass das Geschlecht nach „Art oder [...] Bedingungen“ der Tätigkeit eine „unabdingbare Voraussetzung“ darstellte, dass es sich um „Vorschriften zum Schutz der Frau“ oder dass es sich um „Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen“ handelte.

13) EuGH 8. 11. 1990, Rs 177/88 *Elisabeth Pacifica Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Slg 1990, I-3941; EuGH 3. 2. 2000, Rs C-207/98 *Silke-Karin Mahlburg gegen Land Mecklenburg-Vorpommern*, Slg 2000, I-549; EuGH 4. 10. 2001, Rs C-109/00 *Tele Danmark A/S gegen Handels- und Kontorfunktionärernes Forbund i Danmark (HK)*, Slg 2001, I-6993.

Kriterien bestimmt wurde, ob die Situation der Klägerinnen mit derjenigen eines Mannes vergleichbar ist¹⁴.

Drittens fällt auf, dass das Anstellen von Vergleichen durch den EuGH mit einem formellen Verständnis von Gleichheit einhergeht: Gleiches wird gleich behandelt und spezielle Bedürfnisse und Umstände benachteiligter Gruppen finden keine Berücksichtigung. Anders war das Ergebnis in Fällen, bei denen der EuGH auf das Anstellen von Vergleichen verzichtet hat. Ein Beispiel ist die Rs *Thibaut*¹⁵: In diesem Fall wurde Frau Thibaut die Möglichkeit verweigert, sich einer Leistungsbeurteilung zu unterziehen, die eventuell einen beruflichen Aufstieg mit sich gebracht hätte. Begründet wurde dies mit ihrer langen Abwesenheit aufgrund des Mutterschaftsurlaubs, den sie in Anspruch genommen hatte. Hier hat der EuGH darauf verzichtet, Frau Thibaut mit einem Mann zu vergleichen, und stellte zudem klar, dass es auf „eine inhaltliche, nicht auf eine formelle Gleichheit“¹⁶ ankommt. Schließlich hat der EuGH das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung festgestellt. Die Entscheidung *Thibaut* ist kein Einzelfall: Auch in anderen Fällen, welche die Schwangerschaft von Frauen betrafen, hat der EuGH keine Vergleiche vorgenommen und kam zu dem Schluss, dass eine Diskriminierung vorliegt¹⁷. Entscheidungen wie *Thibaut* führen vor Augen, dass es möglich ist, auf die Vornahme von Vergleichen zu verzichten und dass dadurch ein materielles Konzept von Gleichheit gefördert wird.

3. Vergleichbarkeit in den beiden Antidiskriminierungs-RL

Nachdem unter die Lupe genommen wurde, wie der EuGH in seiner Judikatur zur Geschlechterdiskriminierung mit dem Erfordernis der Vergleichbarkeit umgeht, soll ein Blick auf die „neue Generation“¹⁸ von Diskriminierung im

europäischen Arbeitsrecht, die beiden Antidiskriminierungs-RL 2000/43/EG und 2000/78/EG geworfen werden: Welche Rolle hat Vergleichbarkeit nach deren Definitionen von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung?

Nach Art 2 Abs 2 lit a von 2000/43/EG und 2000/78/EG liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, „wenn eine Person [...] in einer *vergleichbaren* Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“. Auch in der englischen, der französischen und der italienischen Version dieser Bestimmung wird auf Vergleichbarkeit Bezug genommen¹⁹. Dieses Gebot, *vergleichbare* Situationen gleich zu behandeln, beinhaltet dieselbe Aussage wie der erste Teil von Aristoteles' Formel: Gleiches ist gleich zu behandeln. Auf den zweiten Teil dieser Formel, welche eine Ungleichbehandlung von Ungleichem verlangt, geht Art 2 Abs 2 lit a nicht ein. Auch in den beiden Entscheidungen *Larsson* und *Helmig* wurde lediglich die Formel „Gleiches ist gleich zu behandeln“ angewendet, ohne auf Ungleichheiten einzugehen, die auf die strukturelle Benachteiligung bestimmter Gruppen zurückzuführen und daher zu berücksichtigen sind. Somit bietet diese Definition eine Grundlage für die Fortsetzung der oben kritisierten Judikatur: Die Möglichkeit, ein verfeinertes Konzept der unmittelbaren Diskriminierung in den Text der beiden Richtlinien aufzunehmen, wurde nicht wahrgenommen.

Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach Art 2 Abs 2 lit b der RL 2000/43/EG²⁰ vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen [...] in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforder-

lich“. Anders als bei der unmittelbaren Diskriminierung wird hier kein Bezug auf Vergleichbarkeit genommen. Ein anderer Eindruck entsteht jedoch beim Lesen der englischen, der französischen und der italienischen Version²¹, wo ein Bezug auf Vergleichbarkeit genommen wird – dies ist auch für die Interpretation des deutschen Textes als relevant zu betrachten. Dass das Erfordernis der Vergleichbarkeit auch bei den Definitionen der mittelbaren Diskriminierung aufrecht erhalten wurde, gibt Anlass zu Kritik: So bemerkten *Barnard* und *Hepple*²², dass dadurch formeller gegenüber materieller Gleichheit der Vorrang eingeräumt und zudem die benachteiligte Gruppe selbst gegenüber Einzelpersonen vernachlässigt werde. Es muss tatsächlich festgestellt werden, dass nach einem solchen Verständnis von mittelbarer Diskriminierung eine Vorschrift, ein Kriterium oder ein Verfahren, das zwar an sich geeignet ist, eine geschützte Gruppe besonders zu benachteiligen, aber dieser Nachteil in einem bestimmten Fall nicht auf eine einzelne Person dieser Gruppe zutrifft, eben keine Diskriminierung begründet. Daher ist das Konzept der mittelbaren Diskriminierung der beiden RL nicht dazu geeignet, systematisch gegen strukturelle Benachteiligung geschützter Gruppen vorzugehen, sondern bietet lediglich einen punktuellen Schutz für Einzelfälle. Zudem geht auch diese Definition nicht auf den zweiten Teil von Aristoteles' Formel ein, der eine Ungleichbehandlung von Ungleichem gebietet.

Zusammenfassend ergibt sich der Eindruck, dass die Herangehensweise des EuGH in Fällen wie *Larsson* und *Helmig* die Grundlage für die beiden Definitionen von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung gebildet hat. Somit wurde das Erfordernis, einen Vergleich vorzunehmen, um eine Diskriminierung festzustellen, beibehalten.

14) *Prechal*, Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes, Common Market Law Review 2004, 533.

15) EuGH 30. 4. 1998, Rs C-136/95 *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) gegen Evelyne Thibault*, Slg 1998, I-2011.

16) Rz 26.

17) EuGH 8. 11. 1990, Rs 177/88 *Elisabeth Pacifica Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Slg 1990, I-3941; EuGH 5. 5. 1994 *Gabriele Habermann-Beltermann gegen Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e. V.*, Slg 1994, I-1657; EuGH 14. 7. 1994, Rs C-32/93 *Carole Louise Webb gegen EMO Air Cargo (UK)*

Ltd, Slg 1994, I-3567; EuGH 4. 10. 2001, Rs C-109/00 *Tele Danmark A/S gegen Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, Slg 2001, I-6993.

18) *Tobler*, Indirect Discrimination, Antwerpen 2005, 284.

19) „comparable situation“, „situation comparable“ bzw. „situatione analoga“.

20) Vgl auch Artikel 2 Abs 2 lit b der RL 2000/78/EG.

21) „compared with other persons“, „par rapport à d'autres personnes“ bzw. „rispetto ad altre persone“.

22) *Barnard/Hepple*, Substantive Equality, Cambridge Law Journal 2000, 562.

4. Ausblick: Die künftige Rolle von Vergleichbarkeit im europäischen Arbeitsrecht

Nach einer Betrachtung der Definitionen von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung in den beiden Antidiskriminierungs-RL stellt sich die Frage, wie in Zukunft mit dem Kriterium der Vergleichbarkeit umgegangen werden soll. Grundsätzlich bieten sich drei Alternativen an: Vergleichbarkeit wird genauso wie bisher beibehalten, es wird ein verfeinertes Konzept von Vergleichbarkeit entwickelt oder es wird längerfristig vollkommen auf dieses Kriterium verzichtet, um das Vorliegen einer Diskriminierung zu prüfen.

Nach den obigen Schlussfolgerungen zu Art 2 Abs 2 von 2000/43/EG und 2000/78/EG scheint es derzeit am naheliegendsten zu sein, dass der EuGH an seiner Judikatur festhält und weiterhin Vergleichbarkeit in seiner jetzigen Form als Kriterium anwendet. Die Schwierigkeiten, die sich dadurch ergeben, wurden bereits besprochen: So wird dieses Konzept vereinzelt angewendet, um Fragen auszuweichen, die sonst auf der Ebene der Rechtfertigung erwohnen werden müssten, es ist wenig transparent und geht mit einem rein formellen Verständnis von Gleichheit einher. Zudem zeigt das Abgehen des EuGH vom Kriterium der Vergleichbarkeit in einzelnen Situationen, wie zB bei Schwangerschaft, dass dieses Erfordernis einem effektiven Diskriminierungsschutz entgegensteht.

Die zweite Alternative wäre, dass ein verfeinertes Konzept entwickelt wird, das mehr Transparenz garantiert und auch materielle Gleichheit zulässt. Dafür ist es unerlässlich, Kriterien für die Prüfung der Vergleichbarkeit festzulegen. Eine solche könnte zB folgendermaßen aussehen und zweistufig sein: Im Rahmen der ersten Stufe wird geprüft, ob zwei Situationen *prima facie* vergleichbar sind. In einem gleich gelagerten Fall wie *Larsson* wäre das Ergebnis einer solchen *prima facie*-Prüfung positiv: Frau Larssons Krankheit ist mit der Krankheit eines Mannes vergleichbar. Wenn auf dieser ersten Stufe eine Vergleichbarkeit bejaht wird, dann wird im Rahmen der zweiten Stufe Folgendes geprüft: Befindet sich diejenige Person, die einer geschützten Gruppe angehört, aufgrund von Umständen in einer vergleichbaren Situation, die in keinem Zusammenhang mit der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe stehen? Wird dies verneint, dann ist auch das Vorliegen von Vergleichbarkeit abzulehnen. In einer Situation wie in *Larsson* hätte die zweite Frage verneint werden müssen, weil ihre Krankheit durch eine Schwangerschaft verursacht wurde, also einen Umstand, der im Zusammenhang mit ihrem Geschlecht steht. Somit wäre das Ergebnis gewesen, dass Frau Larssons Situation nicht mit der Situation eines kranken Mannes vergleichbar ist.

Die letzte und weitgreifendste Alternative wäre, auf das Erfordernis von Vergleichbarkeit vollkommen zu verzichten.

Diesen Weg hat der kanadische Supreme Court bereits 1989 in *Andrews*²³ eingeschlagen, wo er Folgendes feststellt: „The ‘similarly situated should be similarly treated’ approach will not necessarily result in equality nor will every distinction or differentiation in treatment necessarily result in inequality.” Auch in der Lehre gibt es Stimmen²⁴, die den Verzicht von Vergleichbarkeit fordern: So schlägt *Prechal* vor, dass *prima facie* eine Diskriminierung angenommen werden soll, wenn eine tatsächliche oder potenzielle Benachteiligung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe festgestellt wird. Anschließend wäre zu prüfen, ob eine Rechtfertigung vorliegt: Im Falle einer unmittelbaren Diskriminierung hält sie es für möglich, dass ein flexibleres System für Rechtfertigungen als das derzeit bestehende gestaltet werden könnte.

Wie bereits eingeräumt wurde, erscheint es im Moment wenig wahrscheinlich, dass im europäischen Arbeitsrecht diese Entwicklung eingeschlagen wird: Viel eher ist davon auszugehen, dass der *status quo* beibehalten wird. Allerdings sollen diese Überlegungen zum Kriterium der Vergleichbarkeit einen Denkanstoß für künftige Entwicklungen im Bereich des Diskriminierungsschutzes geben.

Drⁱⁿ. Adebola Bayer ist derzeit Huygens-Stipendiatin an der Rijksuniversiteit Groningen; biola.bayer@gmx.at

23) *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143.

24) *Prechal*, Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes, *Common Market Law Review* 2004, 533; *Tobler*, Indirect Discrimination, *Antwerpen* 2005, 432ff.

Ein Mosaikstein ...

Internationale Wahlbeobachtung und die politische Partizipation von Frauen am Beispiel der OSZE

Christina Binder und Iris Eisenberger

1. Einleitung

Kaum ein Bereich spiegelt das Bild der Frauen bzw deren Stellung in einer Gesellschaft so klar wider, wie ihre politischen Partizipationsmöglichkeiten. So durchbricht gerade eine gelungene Teilnahme am politischen Prozess das traditionell ausgeformte Rollenbild, welches Frauen in den privaten Bereich verweist, während es Männern den öffentlich/politischen Bereich zuordnet und reflektiert somit den Grad an erreichter Gleichberechtigung innerhalb einer Gesellschaft. Ermöglicht eine aktive Mitbestimmungsmöglichkeit und Gestaltung öffentlicher Agenden doch eine entsprechende Selbstbestimmung und Regelung eigener Lebensbereiche, die dementsprechend nicht den Männern überlassen bleiben. Die Bedeutung für Frauen, eine gleichberechtigte Teilnahme am politischen Prozess zu erreichen, ist entsprechend groß. Das zentrale Instrument zur Verwirklichung dieser Teilnahme am politischen Prozess ist wohl das aktive und passive Wahlrecht, welches deswegen im Mittelpunkt dieses Beitrags stehen wird.

Das Recht auf politische Partizipation verwirklicht durch das Wahlrecht

von Frauen ist relativ jung. So sprach die französische Nationalversammlung 1789 in ihrer Deklaration von den Rechten des Mannes und Bürgers („*de l'homme et citoyen*“); von Frauen war keine Rede. Von der französischen Revolutionärin *Olympe de Gouges* stammt bekanntlich der Satz „*Die Frau hat das Recht, das Schafott zu besteigen. Sie muss gleichermaßen das Recht besitzen, die Rednertribüne zu besteigen*“. Zeitgleich mit der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte schrieb sie die Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin („*Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne*“). Ihre Worte und Schriften wurden aber weitgehend ignoriert, weshalb diese auch immer heftiger ausfielen und sie schließlich 1793 geköpft wurde, ohne jemals selbst die Rednertribüne bestiegen zu haben.¹

Im 19. Jahrhundert war das aktive wie passive Wahlrecht (wo gewährt) weitgehend auf Männer beschränkt. Soweit ersichtlich war der Mormonenstaat Utah der erste, der 1869 ein Wahlrecht für Frauen einführt.² In Neuseeland erkämpften Frauen dieses Bürgerrecht 1893. 1902 folgte Australien und 1906

Finnland als erstes europäisches Land. In Österreich erlangten Frauen 1918 das aktive und passive Wahlrecht, 11 Jahre nach den Männern.³ US-Frauen erhielten 1920 mit der Verabschiedung des 19. Verfassungszusatzes das vollständige Wahlrecht. Großbritannien kam am 2. Juli 1928 hinzu. In der Türkei haben die Frauen seit 1934 (nach einigen Quellen auch erst 1935) das Wahlrecht. Der Schweizer Kanton Appenzell Innerrhoden, in dem erst 1990 das Frauenwahlrecht eingeführt wurde, steht als unrühmliches Beispiel in Europa.

Auf internationaler Ebene wurde die politische Partizipation von Frauen knapp nach dem 2. Weltkrieg, im Rahmen des menschenrechtlichen Diskurses, aktuell.⁴ Auch in der 1979 Konvention zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW) finden sich Bestimmungen über die gleichberechtigte politische Partizipation von Frauen. Doch trotz der 180 Vertragsparteien von CEDAW⁵ ist, wie zu zeigen sein wird, die diskriminierungsfreie und gleiche Beteiligung von Frauen am politischen Prozess auch heute nicht voll realisiert. Vor allem in manchen arabischen Staaten sind die politischen Rechte von Frauen praktisch inexistent. So wird in Kuwait das Wahlrecht für Frauen zum Parlament erst 2007 eingeführt,⁶ während in Saudi-Arabien das aktive wie passive Wahlrecht von Frauen gänzlich fehlt.⁷

In der Region der OSZE, mit ihren 55 Mitgliedstaaten,⁸ scheint formalrechtlich die gleichberechtigte Beteiligung von Frauen am politischen Prozess abgesichert.⁹ Allerdings sind gesetzliche Beschränkungen nicht das einzige Hindernis auf dem Weg zur politischen Gleichberechtigung. Auch in Staaten, in denen das Frauenwahlrecht gesetzlich schon längst vorgesehen ist, ist die effektive Beteiligungsmöglich-

1) Siehe dazu etwa *Noack*, *Olympe de Gouges*. 1748-1793. Kurtisane und Kämpferin für die Rechte der Frau (1992).

2) *Hoff*, *Law, Gender and Injustice*. A legal History of US-Women (1991). Allerdings ist auch dieses Frauenwahlrecht nicht primär für die Rechte der Frauen eingeführt worden, sondern sollte die Mehrheit der Mormonen im Bundesstaat absichern.

3) Ein Mehrheits-, Klassen-, und Zensuswahlrecht gab es schon seit 1873. Siehe dazu *Adamovich/Funk/Holzinger*, *Österreichisches Staatsrecht* Bd 1 (1997) 68 ff.

4) Ein eigenes Übereinkommen über die politischen Rechte der Frau wurde 1952 von der GV angenommen und trat 1954 mit 6 Ratifikationen in Kraft.

5) Webseite des UNHCHR, <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/8.htm>.

6) MEMRI, *Frauenwahlrecht bedeutet tiefgehende Veränderung kuwaitischer Politik*, 1. August 2005.

7) Auch Männer sind in Saudi Arabien nur bei Kommunalwahlen wahlberechtigt.

8) Das sind die europäischen Staaten, die Nachfolgestaaten der ehemaligen Sowjetunion, die USA und Kanada.

9) So verankern die Verfassungen der OSZE Mitgliedstaaten die Menschenrechte und statuieren die prinzipielle Gleichheit aller Menschen. (Vgl. *OSCE/ODIHR*, *Handbook for Monitoring Women's Participation in Elections* [2004] 15).

keit von Frauen oft gering und ihre politischen Rechte sind entsprechend beschnitten.

Nicht zuletzt aufgrund dieser Problematik fokussiert die im Rahmen der OSZE für Demokratie und Menschenrechte zuständige *Office for Democratic Institutions and Human Rights* (ODIHR) bei ihren Wahlbeobachtungsmissionen ua auf Frauenbeteiligung am politischen Prozess.¹⁰

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Möglichkeiten dieser frauenzentrierten Dimension der Wahlbeobachtung der ODIHR auseinander. Ausgehend von den relevanten internationalen Standards werden kurz die Hauptprobleme, mit denen Frauen konfrontiert sind, diskutiert, um in der Folge Möglichkeiten und Grenzen der ODIHR aufzuzeigen, mit den genannten Herausforderungen und Problematiken umzugehen. Es sei allerdings an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Schlussfolgerungen auf die Staaten der OSZE anzuwenden sind und in anderen Regionen oder gesellschaftlichen Kontexten entsprechend anders ausfallen können.¹¹

2. Internationale Standards

2.1 Universelle Standards

Schon die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 1948 sieht in Art 21 das Recht jedes Menschen vor (also von Frauen und Männern), an der Gestaltung öffentlicher Angelegenheiten teilzunehmen. Noch expliziter ist Art 25 CCPR (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte), der das Recht auf Teilnahme am politischen Prozess für alle Staatsbürger

normiert¹². Er verweist ausdrücklich auf das Diskriminierungsverbot des Art 2 Abs 1 CCPR und verbietet die gleichberechtigte Teilnahme von (ua) Frauen am politischen Prozess. Die Modalitäten, wie Wahlen auszusehen haben, sind in Art 25 para b CCPR geregelt. Sie müssen „echt, wiederkehrend, allgemein, gleich und geheim“ sein, was ebenso für Frauen von Bedeutung ist.

Speziell auf Frauen bezogen ist, neben dem 1952 Übereinkommen über die politischen Rechte der Frau (*Convention on the Political Participation of Women*), vor allem CEDAW relevant. Die Konvention verankert in Art 7 und 8 ausdrücklich das Recht auf gleiche politische Teilnahme von Frauen im nationalen wie internationalen Rahmen.¹³ CEDAW sieht zudem zeitlich begrenzte spezielle Maßnahmen vor, die über eine *de jure* Gleichstellung hinaus auch eine faktische Gleichstellung der Frauen im politischen Prozess bewirken sollen.¹⁴ Als Beispiele für solche Maßnahmen nennt die *General Recommendation No 23* des CEDAW Ausschusses etwa finanzielle Unterstützung und spezielles Training weiblicher Kandidatinnen ebenso wie Quotenregelungen.¹⁵

2.2 Regionale Standards im Raum der OSZE

CEDAW ist ebenso wie der CCPR von den OSZE Staaten weitgehend ratifiziert. Zusätzlich enthält das 1990 *Copenhagen Document*¹⁶, das die zentralen Wahlstandards der OSZE Mitgliedstaaten weiter detailliert¹⁷, auch ein *commitment* der Mitgliedstaaten, Diskriminierung zu verbieten.¹⁸ Weitere *commitments* zur *gender equality* sind im 1991 *Moscow Document* und

in der 1999 *Charter for European Security* enthalten. Obwohl die OSZE Dokumente nicht rechtlich sondern nur politisch verbindlich sind, werden sie doch von den Mitgliedstaaten als zentrale Standards anerkannt.

Weiter detailliert und expliziert in der Form von „best practices“ werden die erwähnten Standards im Rahmen der Wahlbeobachtungstätigkeit der ODIHR. Dementsprechend bietet etwa das OSCE/ODIHR *Handbook for Monitoring Women's Participation in Elections* eine umfassende Darstellung und Methodologie einer gender-bewussten Beobachtung und gibt entsprechende Empfehlungen ab, wie eine höhere Frauenbeteiligung am politischen Prozess zu erreichen ist.

Doch trotz dieser weitgehenden und detaillierten Standards, zu denen sich die OSZE Mitgliedstaaten rechtlich, politisch und moralisch verpflichtet haben, ist auch in der Region der OSZE eine gleichberechtigte Teilnahme von Frauen am politischen Prozess noch lange nicht gewährleistet.

2.3 Frauenbeteiligung im Rahmen der Europäischen Union

Im engeren Kreis der 25 EU-Mitgliedstaaten ist das Europäische Parlament das einzige Organ, das sich aus gewählten Mitgliedern zusammensetzt. Da man sich bislang auf kein einheitliches Wahlverfahren einigen konnte, werden die Wahlen nach nationalen Wahlgesetzen iVm dem Direktwahlakt¹⁹ abgehalten. Bei Genderfragen oder Gendersensibilität ist man in diesem Zusammenhang deshalb auf die nationalen Rechtsordnungen verwiesen. Für Quotenregelungen bzw af-

10) Vgl ebenda 6ff.

11) Vgl *Bucher*, Was nützen ausländische Wahlbeobachter?, Neue Zürcher Zeitung, 19.9.2005, der Wahlbeobachtungen im afrikanischen Kontext kritisch beleuchtet.

12) Art 25 CCPR: „Jeder Staatsbürger hat das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den im Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen a) an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen; b) bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen

die freie Äußerung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden; c) unter allgemeinen Gesichtspunkten der Gleichheit zu öffentlichen Ämtern zugelassen zu werden.“

13) Art 7 CEDAW: „States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the political and public life of the country and, in particular, shall ensure to women, on equal terms with men, the right: (a) To vote in all elections and public referenda and to be eligible for election to all publicly elected bodies; (b) To participate in the formulation of government policy and the implementation

thereof and to hold public office and perform all public functions at all levels of government; (c) To participate in non-governmental organizations and associations concerned with the public and political life of the country.“

Art 8: „States Parties shall take all appropriate measures to ensure to women, on equal terms with men and without any discrimination, the opportunity to represent their Governments at the international level and to participate in the work of international organizations.“

14) Vgl Art 4 CEDAW; ebenso wie die *General Recommendation No 23* des CEDAW Ausschusses (1997), die in para 15 ausdrücklich

auf „temporary special measures“ verweist. (Abrufbar unter <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom23>.)

15) Ebenda.

16) *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, 1990. Text des Dokuments unter: www.osce.org.

17) Ebenda para 6, 7 und 8.

18) „...[to] prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground.“ (Ebenda para 5.9.)

19) ABI 1976 L 278, 1 iDF ABI 1997 C 340, 1.

Pleischl/Soyer
**Strafprozessordnung idF des
 Strafprozessreformgesetzes**

In-Kraft-Treten: 1. 1. 2008, Stand: 1. 7. 2004
 592 Seiten, geb., 3-7046-4410-2, € 48,-

Das **Strafprozessreformgesetz** wird am 1. 1. 2008 in Kraft treten. Es **ändert das strafprozessuale Vorverfahren grundlegend**.

Die Textausgabe enthält die **Strafprozessordnung in der Fassung dieses umfassendsten Reformgesetzes** seit ihrem Entstehungsjahr 1873. Überdies werden aus den **Materialien** (Erläuterungen zur Regierungsvorlage und Bericht des Justizausschusses) zu den jeweiligen Paragraphen jene Passagen übersichtlich – und zitierfähig – wiedergegeben, welche den **Wortlaut und die Struktur des neuen Gesetzes** erläutern. Das Werk ist daher sowohl zum Nachschlagen geeignet als auch als Lernbehelf für Studenten und Praktiker, die sich mit dem neuen Vorverfahren vertraut machen wollen.



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

VERLAG
 ÖSTERREICH

firmative action von Seiten der Union bleibt entsprechend wenig Spielraum. Augenblicklich, nach den Wahlen zum Europäischen Parlament 2004, sind unter den 732 Abgeordneten 222 Frauen.²⁰

Im Hinblick auf Gendersensibilität im Bereich der Sprache kann im europäischen Zusammenhang noch auf die Formulierungen der Grundrechte-Charta verwiesen werden. Bei der Formulierung der Bürgerrechte (*ie* Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament und bei den Kommunalwahlen) spricht die Grundrechte Charta in Art 39 und 40 ausdrücklich von Unionsbürgerinnen und -bürgern. Auch sonst verwendet sie Ausdrücke, welche die weibliche und männliche Form integrieren, wie „Angehörige“, „Personen“ bzw. „Mitglieder“ (vgl etwa Art 41).

3. Nationale Standards am Beispiel Österreichs

In Österreich gibt es seit der B-VG Novelle 1998²¹ eine Staatszielbestimmung (also kein subjektives Recht) mit dem Ziel der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Diese Bestimmung (Art 7 para 2 B-VG) zielt zum einen darauf ab, eine solche Gleichstellung herbeizuführen und soll andererseits entsprechende Förderungsmaßnahmen verfassungsrechtlich legitimieren. Positive Diskriminierungsmaßnahmen sind insofern zulässig, wenn sie tatsächliche Benachteiligungen von Frauen beseitigen können und verhältnismäßig sind.²²

Hinsichtlich der Wahlen zu den gesetzgebenden Körperschaften gibt es keine wie auch immer gearteten Regelungen, um den Frauenanteil in diesen

zu erhöhen oder die politische Beteiligung von Frauen zu verbessern. Der Statistik der Abgeordneten zum Nationalrat ist zu entnehmen, dass von einer Gleichstellung nicht die Rede sein kann. Von den 183 Abgeordneten sind 60 Frauen, das entspricht rund 33 Prozent.²³ Sieht man sich die einzelnen Fraktionen an, so sind lediglich bei den Grünen²⁴ die Frauen stärker vertreten als die Männer, bei allen anderen Parteien (ÖVP²⁵, SPÖ²⁶, FPÖ²⁷) sind die Männer beinahe doppelt so viele. Ein Blick in die Parteiprogramme gibt Aufschluss darüber, wie es zu diesen Zahlen kommt. Im ÖVP-Grundsatzprogramm steht etwa zu lesen, dass eine Gleichberechtigung von Frauen in der Politik durch die Einführung von Mindestquoten von einem Drittel bei öffentlichen Mandaten erreicht wer-

20) Webseite des Europäischen Parlaments, http://europa.eu.int/institutions/parliament/index_en.htm.
 21) BGBl I 1998/68.
 22) Siehe dazu etwa *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁶ (2005) 348.

23) Nationalratswahlen 2002. Vergleicht man die Statistiken seit der Provisorischen Nationalversammlung mit einem Frauenanteil von 0 Prozent, so kann gesagt werden, dass sich der Frauenanteil seit damals kontinuierlich gesteigert hat.

24) 9 Frauen, 8 Männer.
 25) 21 Frauen, 58 Männer.
 26) 24 Frauen, 45 Männer.
 27) 6 Frauen, 12 Männer.

den soll. Fixe Quotenregelungen sehen die Statuten der Grünen vor.

4. Hindernisse zum gleichen Frauenwahlrecht

Im Kreis der OSZE Staaten ist die generell erreichte formalrechtliche Gleichstellung der Frauen im Faktischen nicht voll verwirklicht: weder beim passiven (gewählt zu werden) noch beim aktiven Wahlrecht (selbst zu wählen). Die Gründe hierfür sind mannigfaltig.

Zunächst hindern schon gesellschaftliche Faktoren in patriarchalisch aufgebauten Gesellschaften eine entsprechende Verwirklichung/Umsetzung des Frauenwahlrechts. Fehlende Bildung, fehlende Zeit und Arbeit erschweren eine entsprechend informierte Beteiligung der Frau am politischen Geschehen.

Dies zeigt sich zunächst auf der Ebene des passiven Wahlrechts, beim Recht gewählt zu werden. So genannte „Diskriminierungsfallen“ in Gesetzen unterwandern die generelle Gleichstellung von Frauen nur allzu oft bzw hebeln sie auch gänzlich aus. So laufen eine hohe Kautio oder sehr viele Unterstützungserklärungen als Bedingungen für eine Kandidatur beispielsweise Gefahr, Frauen überproportional zu benachteiligen. Dies insbesondere in Staaten, in denen Frauen traditionell nicht politisch in Erscheinung traten oder wo das Einkommen von Frauen unter jenem der Männer liegt. Letzten Endes präsentieren sich so oftmals nur wenige Frauen als Kandidatinnen. Nach dem Zerfall der UdSSR verschwanden in den GUS-Nachfolgestaaten mit der Wirtschaftskrise Frauen weitgehend aus dem öffentlichen Leben, da sie sich um die Erhaltung ihrer Familien kümmern mussten.²⁸

Hinsichtlich des Wahlsystems ist dabei generell davon auszugehen, dass die Verwirklichung eines Verhältnis-

wahlrechts für Frauen von Vorteil ist.²⁹ Bieten doch KandidatInnenlisten eine größere Möglichkeit, Frauen in aussichtsreiche Positionen zu bringen. Die „first past the post“ Methode des Mehrheitswahlsystems, bei dem ein Kandidat/ eine Kandidatin sich in einem Wahlkreis durchzusetzen hat, bietet entsprechend weniger Anreiz für Parteien, eine Frau an die erste Stelle zu setzen, wenn ein Mann aussichtsreicher erscheint.

Allerdings behindern Parteienstrukturen Frauenkandidaturen oftmals anstatt sie zu fördern. Sind beispielsweise Parteien um eine Persönlichkeit zentriert und ist diese keine Frau, ist es verhältnismäßig schwerer für Frauen, in entsprechende Positionen zu kommen. Zudem werden Frauen oft an nicht wählbare Positionen in der KandidatInnenliste gereiht.³⁰ Generell scheinen sozial progressive Parteien Frauen eher zu fördern als konservative.³¹

Im Wahlkampf ist der Frauen in den Medien zur Verfügung gestellte Raum oft geringer als jener von Männern. Sie sind weniger in politischen Programmen präsent und werden auch entsprechend weniger befragt. Zudem werden weibliche Kandidatinnen oft in ihrer traditionellen Rolle – als Hausfrau und Mutter – dargestellt. Ihre Kompetenz und Professionalität wird demgegenüber vernachlässigt.

Dies führt zu einer geringen Zahl von Frauen in hohen politischen Positionen. Im Raum der OSZE Mitgliedsstaaten liegt der Anteil von Frauen in nationalen Parlamenten bei rund 15 Prozent.³² Im exekutiven Bereich liegt der Frauenanteil in den OSZE Staaten bei 7 Prozent.

Auch hinsichtlich des aktiven Wahlrechts, bei der Stimmabgabe, ist die freie/ gleichberechtigte Teilnahme von Frauen am politischen Prozess oft erschwert. Faktoren wie fehlende Zeit

und Bildung hindern sie, den Wahlkampf entsprechend zu verfolgen und eine informierte Stimme abzugeben; zudem gibt es Fälle faktischer Beeinflussung von Frauen durch ihre Männer. So kommt es vor allem in ländlichen Gebieten oft vor, dass Frauen und Männer gemeinsam wählen (sogenanntes *family-voting*)³³ oder der Mann zwei Stimmzettel abgibt (*proxy-voting*). Fälle dieser Art der „Entrechtung“ (*disenfranchisement*) von Frauen waren beispielsweise in Albanien, bei den Parlamentswahlen vom Juli 2005³⁴ oder bei den Parlamentswahlen in Aserbaidschan im November 2005³⁵ zu finden.

Ganz besonders problematisch ist die Ausübung des Wahlrechts für Frauen, die Minderheiten (ethnischen, religiösen etc) angehören. Da zu ihrer Benachteiligung als Frau auch noch ihre Minderheitsangehörigkeit hinzukommt, wird von „double discrimination“ gesprochen; von „triple discrimination“ dann, wenn die betreffenden Frauen zudem noch arm sind.

5. Wahlbeobachtungsmissionen und Frauenbeteiligung

Die OSCE/ODIHR hat unterschiedliche Möglichkeiten, die Teilnahme von Frauen am politischen Prozess zu beobachten und auch zu fördern.

5.1 Ablauf/Organisation einer Mission

Die fallweise Begutachtung des gesetzlichen Rahmens im Vorfeld Monate, auch Jahre vor der Wahl lässt Raum, etwaige Benachteiligungen von Frauen aufzuzeigen und nationalen Autoritäten und Gesetzgebern Hinweise bei Reformbedarf zu geben.

Die Wahlbeobachtungsmissionen selbst umfassen eine Langzeit- und eine Kurzzeit- Komponente. Das *Core Team* und die LangzeitbeobachterInnen (LTOs) kommen schon etwa 6 Wochen

28) Vgl etwa *Strasser* die dies am Beispiel Armeniens veranschaulicht. (*Strasser*, Globale Netzwerke – lokale Perspektiven: Frauenrechte und deren Anwendung im armenischen Kontext, in *Riegler* (Hrsg), Kulturelle Dynamik der Globalisierung. Ost- und westeuropäische Transformationsprozesse aus sozialanthropologischer Perspektive (2005) 153ff.

29) Vgl *OSCE/ODIHR*, Handbook for monitoring Women's Participation in Elections, supra 9, 20f.

30) Ebenda 22f.

31) Vgl dazu etwa die oben angeführten Zahlen im österreichischen Parlament.

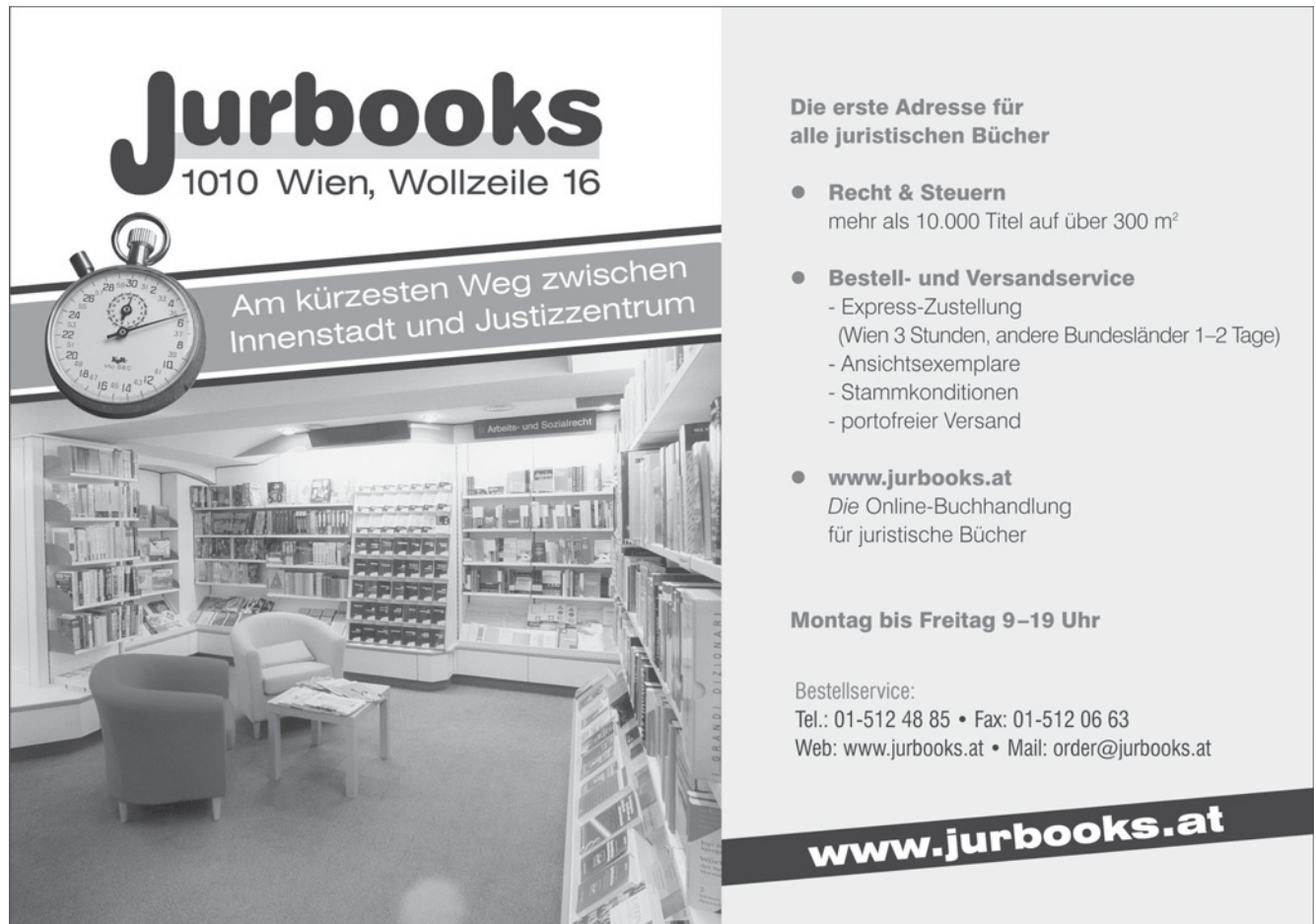
32) Weltweit sind es rund 13%. (Vgl *OSCE/ODIHR*, Handbook for monitoring Women's Participation in Elections, supra 9, 9f.) Das UNDP (United Nations Develop-

ment Programme) hat berechnet, dass ein Frauenanteil von 30% nötig wäre, um entsprechenden Einfluss von Frauen auf die Politik zu garantieren.

33) Dies lässt sich allerdings auch dadurch erklären, dass Wahlen als Familienangelegenheit angesehen werden und das geheime Wahlrecht entsprechend wenig wichtig genommen werden.

34) *OSCE/ODIHR*, Final Report, Republic of Albania, Parliamentary Elections, 3 July 2005, 18.

35) *OSCE/ODIHR*, Final Report, Republic of Azerbaijan, Parliamentary Elections, 6 November 2005, 19.



Jurbooks
1010 Wien, Wollzeile 16

Am kürzesten Weg zwischen
Innenstadt und Justizzentrum

Die erste Adresse für
alle juristischen Bücher

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

Montag bis Freitag 9–19 Uhr

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

www.jurbooks.at

vor der Wahl ins jeweilige Land und beobachten auch die Vorwahlzeit. Das *Core Team* besteht aus ExpertInnen, die für unterschiedliche Bereiche zuständig sind und im Rahmen derselben auch gender relevante Aspekte berücksichtigen können. Der *political analyst* kümmert sich um Parteienlandschaft uä, der *election analyst* nimmt das Wahlsystem unter die Lupe, der *legal analyst* kümmert sich um die Bewertung der gesetzlichen Rahmenbedingungen und dem/r Medienexperte/in obliegt die Auswertung der medialen Berichterstattung. (Ton und Sendezeit aufgeteilt auf die unterschiedlichen Parteien). Je nach Situation vor Ort kommen bisweilen auch Minderheiten- oder e-voting Spezialisten hinzu. Die gender Komponente ist dabei im Mandat aller ExpertInnen, wobei gerade in jüngerer Zeit ein Mitglied des *Core*

Teams oft gänzlich für Frauen zuständig ist (*gender analyst*).³⁶

Bleibt das *Core Team* in der Hauptstadt, werden die LTOs über das gesamte Land verteilt (in Zweierteams). Sie sollen die Situation in den Regionen beurteilen und berichten regelmäßig an das *Core Team* zurück. Weiters ist es Aufgabe der LTOs, Kontakt zu lokalen Wahlbehörden und der Zivilbevölkerung ebenso wie zu den NGOs vor Ort aufzubauen.³⁷ Sie dienen dementsprechend ua als Ansprechpartner für Frauen(organisationen) und haben neben ihrer Beobachtungs- auch eine Stärkungs- und Unterstützungsfunktion.

Die KurzzeitbeobachterInnen (STOs) kommen einige Tage vor den Wahlen ins Land und beobachten den Wahlvorgang flächendeckend über das ganze Land verteilt. Sie fahren am Wahltag ca 10-15 Wahllokale ab. Durch ihre große Zahl (150-1300 [Ukraine]) eignen sie sich

ausgezeichnet, ein umfassendes Bild (mögliche Diskriminierungsmuster etc) der gesamten Wahl zu geben. So erfassen STOs auf ihren Fragebögen etwa Vorfälle des erwähnten *family-* oder *proxy-votings*. Zudem wird die Zahl der in den Wahlkommissionen tätigen Frauen von den STOs festgehalten und festgestellt, ob vielleicht sogar eine Frau die Vorsitzende derselben ist. Die solcherart vornehmlich statistisch/quantitative Erfassung des Wahlvorgangs, ergänzt die eher qualitativen Beobachtungen der LTOs in der Vorwahlzeit.

Die Ergebnisse der Beobachtung werden zumeist am Tag nach der Wahl im Rahmen einer Pressekonferenz in einem *Preliminary Statement* veröffentlicht. Ein detaillierter Endbericht wird etwa 6 Wochen später publik gemacht. Insbesondere rezente Endberichte (nach dem Jahr 2000) enthalten auch ein Kapitel über die Teilnahme

36) Die erste Genderbeauftragte war die Österreicherin Elisabeth Gatterer bei den Parlamentswahlen in Kasachstan 2004.

37) Zudem bereiten Os die Ankunft der KurzzeitbeobachterInnen logistisch vor und arrangieren Unterkünfte, Dolmetscher und Fahrer.

von Frauen, das einen kurzen und systematischen Abriss ihrer Beteiligung zeichnet. Aufbauend auf diesen werden entsprechende Empfehlungen zur Verbesserung der Situation gegeben und Gesetzesreformen initiiert.

5.2 Möglichkeiten der OSZ/ODIHR zur Verbesserung der Stellung von Frauen

a. Dokumentation

Im Rahmen der OSZE Wahlbeobachtungsmissionen wird der Wahlprozess flächendeckend beobachtet. Wie erwähnt liegt insbesondere bei jüngeren Missionen ein Fokus auf der Beteiligung von Frauen am politischen Prozess. Dieser umfasst eine Splittung/Desaggregation von Daten, die dann entsprechend in den Endberichten wiedergegeben und bewertet werden.³⁸ Insbesondere die in jüngster Zeit erfolgende Bestellung einer eigenen Frauenbeauftragten (*gender analyst*) ermöglicht ein besonderes Augenmerk auf Erfassung und Auswertung der Frauenbeteiligung. „Best practices“ Modelle, die die in zahlreichen Missionen gemachten Erfahrungen spiegeln,³⁹ unterstützen die entsprechende Gewichtung der Beobachtungen.

Die ODIHR vermag so ein umfassendes Bild der politischen Partizipation von Frauen in einem Land zu geben. Diese detaillierte Dokumentation ist ein guter Ausgangspunkt, Aktionsstrategien und Ansatzpunkte zu finden, um Frauen im politischen Prozess zu stärken.

b. Ex ante, nicht ex post/ Präventionsfunktion

Da die ODIHR schon vor den Wahlen aktiv ist (zB im Rahmen der Begutachtung des gesetzlichen Rahmens) können für Frauen negative Elemente frühzeitig erkannt und diskutiert werden. Teilweise wird ODIHR überhaupt schon bei der Erstellung des gesetzlichen Rahmens herangezogen und kann entsprechend dazu beitragen, dass Frauenanliegen angemessen berücksichtigt werden.

Auch hier helfen die entwickelten *best practice* Modelle, Expertenwissen und vergleichende Erfahrungen.

Beispielsweise wurden in Wahlgesetzen, an deren Ausarbeitung die ODIHR/die internationale Gemeinschaft entsprechend beteiligt war, wie etwa in Kosovo und Bosnien Herzegowina, fixe Frauenanteile/Quotenregelungen für Frauen festgelegt. Diese *affirmative action/temporary special measures* trugen zur faktischen – nicht nur theoretischen Gleichstellung von Frauen bei den jeweiligen Wahlen bei.

c. Internationale Präsenz

Die flächendeckende Wahlbeobachtungs-Präsenz vor Ort macht zunächst eine enge Kooperation mit nationalen Behörden (zB der zentralen Wahlbehörde) möglich. Schon in der Vorwahlzeit vermögen das *Core Team* in der Hauptstadt und die LTOs in den Regionen Probleme aufzuzeigen und mit den entsprechenden Stellen zu diskutieren. Gleichzeitig fungieren die Beobachter auch als Ansprechpartner von NGOs und der Zivilbevölkerung. Der durch die internationale Präsenz ausgeübte Druck sollte dementsprechend einer Stärkung von Frauenorganisationen ebenso wie der Zivilbevölkerung/NGOs allgemein dienen.

d. Umsetzung/Implementierung von Frauenrechten

Auch weiterreichender politischer Druck kann von der ODIHR dahingehend genützt werden, Defizite bei der Frauenbeteiligung zu begegnen. Hierzu böte sich die mediale Aufmerksamkeit bei der Pressekonferenz nach dem Wahltag an. Zudem wird ja in den jüngeren Endberichten⁴⁰ ein Kapitel der Beteiligung von Frauen gewidmet. Da die jeweiligen Berichte im Ständigen Rat der OSZE diskutiert werden, wäre entsprechender politischer Druck möglich.

Einschränkend ist hier allerdings anzumerken, dass die der Frauenbeteiligung gewidmeten Teile der Endberichte

eher kurz gehalten sind. (Im Schnitt etwa eine Seite des etwa 35 Seiten langen Gesamtberichts.) Zudem wird das vom Ständigen Rat (*Permanent Council*) erwartete *follow up* grundsätzlich als zu schwach kritisiert.⁴¹

e. Technische und finanzielle Unterstützung

Weitergehende Unterstützung zur besseren Verwirklichung der Frauenbeteiligung wird im Rahmen der *technical* und *financial assistance* gegeben. So ist die ODIHR nicht „nur“ beobachtend tätig, sondern leistet auch technische und finanzielle Unterstützung auf Basis gezielter Kooperation. Beispielsweise ist ODIHR seit einigen Jahren im „*leadership training and network building for women*“ in den ländlichen Gebieten des Kaukasus und Zentralasiens involviert. Weiters unterstützt die ODIHR die Stärkung von NGO Koalitionen, um die politische Partizipation von Frauen zu stärken.⁴² In Albanien wiederum wurde im Juni 2003 ein regionaler Workshop zur „*participation of women in elections*“ mit Unterstützung der OSZE organisiert. VertreterInnen der Zivilgesellschaft von Albanien, Kosovo, Serbien und Montenegro, Mazedonien, Rumänien und Moldau nahmen teil und tauschten Erfahrungen aus, wie die Teilnahme von Frauen am politischen Prozess verstärkt werden könnte.

6. Schlussbemerkung

OSZE Wahlbeobachtungsmissionen vermögen, ein zunehmend klareres Bild der Stellung von Frauen im politischen Prozess zu zeichnen. Weiters ist es möglich, durch mehrmalige Beobachtungen aufeinander folgender Wahlen im gleichen Staat, auch Tendenzen und Entwicklungen festzustellen. Das politische *follow up* (zB im Rahmen des Ständigen Rates) ist jedoch verbesserungswürdig. Ebenso könnte der gender Komponente (in Missionen und Berichten) noch mehr Raum gegeben werden. Doch vermag insbesondere bei reformwilligen Regierungen umfas-

38) Vgl etwa OSCE/ODIHR, Final Report, Republic of Albania, Parliamentary Elections, 3 July 2005, 17ff; OSCE/ODIHR, Final Report, Republic of Kazakhstan, Parliamentary Elections, 19 September and 3 October 2004, 17ff.

39) Vgl etwa die im Handbook for

monitoring women's participation in elections entwickelte Methodologie. (OSCE/ODIHR Handbook for Monitoring Women's Participation in Elections, supra 9).

40) So etwa in den Endberichten zu den Parlamentswahlen in Kasachstan (Supra note 38) und

Kirgisien. (OSCE/ODIHR, Final Report, Parliamentary Elections, 27 February and 13 March 2005, Kyrgyz Republic, 20.

41) Vgl in diesem Sinn die Anmerkungen *Strohals* am OSCE Supplementary Human Dimension Meeting „Electoral Stand-

ards and Commitments“, 15-16 Juli 2004, Final report, http://www.osce.org/documents/odihr/2004/10/3765_en.pdf, 3.

42) Information der OSCE/ODIHR <http://www.osce.org/odihr/13458.html>.

Zeder
Mediengesetz

Stand: Novelle 2005, 180 Seiten, br., 3-7046-4737-3, € 35,-

Mit 1. Juli 2005 ist die bisher umfangreichste Novelle des seit 1982 geltenden Mediengesetzes in Kraft getreten. Das MedienG ist nun ausdrücklich auf elektronische Medien anwendbar.

Die Textausgabe soll die Anwendung und das Verständnis der neu gefassten Bestimmungen erleichtern. Die Änderungen des Gesetzestextes sind durch Unterstreichungen gekennzeichnet. Im Anschluss an die geänderten Bestimmungen sind die relevanten Materialien – unter Angabe der Seite und daher zitierfähig – abgedruckt. Einleitend wird ein kurzer Überblick über die Neuerungen gegeben.



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

VERLAG
 ÖSTERREICH

sendes *feed back* an die nationalen Autoritäten, in Verbindung mit gezielter Kooperation und entsprechender Unterstützung, die politische Partizipation von Frauen sehr wohl zu verbessern.

Gleichzeitig sind die Möglichkeiten der OSCE/ODIHR klarerweise begrenzt. So sind die politische Partizipation von Frauen ebenso wie der Wahlvorgang selbst ein Ausdruck des gesellschaftlichen Gesamtbildes. Sie reflektieren die Rolle der Frau in einer Gesellschaft und sind Ausdruck gesellschaftlicher Grundstrukturen. Wie erwähnt verhindern ja zumeist tief verwurzelte Traditionen, soziale und kulturelle Stereotypen, dass Frauen ihr Recht auf politische Teilnahme ausüben.

Ebenso beschneiden soziale und wirtschaftliche Faktoren das Recht von Frauen auf Teilnahme am politischen Prozess.⁴³ Geht es um die Veränderung bzw. um ein Umdenken hinsichtlich jener gesamtgesellschaftlicher Fundamente stößt Wahlbeobachtung natürlicherweise an ihre Grenzen. Ein sehr viel größer angelegter Prozess, der auch wirtschaftliche und soziale Problematiken ebenso wie traditionelle Rollenbilder aufgreift, erscheint nötig.

Internationale Wahlbeobachtung ist somit ein Mosaikstein zur Verwirklichung der politischen Rechte von Frauen. Doch ist die Bedeutung von Wahlen, die gleichermaßen Symptom eines Gesellschaftsbildes sind und auch

dessen Reform ermöglichen (durch wahlbedingten Wechsel der Eliten), zentral genug, sie entsprechend wichtig zu nehmen.

*Dr.ⁱⁿ Christina Binder, E.MA und Dr.ⁱⁿ Iris Eisenberger, M.Sc. sind Assistentinnen an der Universität Wien, am Institut für Europarecht, internationales Recht und Rechtsvergleichung und am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht und haben wiederholt an Wahlbeobachtungsmissionen teilgenommen;
 christina.binder@univie.ac.at;
 iris.eisenberger@univie.ac.at*

43) Vgl die oben erwähnten Hintergrundfaktoren der oft doppelten Arbeitsbelastung und finanziellen Zwänge (Zeitmangel) als Gründe, die eine informierte Wahlentscheidung verhindern.

Der finale Rettungsabschluss – ist das deutsche Luftsicherheitsgesetz verfassungsgemäß?

Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Februar 2006*

Dietrich Westphal

A. Einleitung

Mit dem Luftsicherheitsgesetz vom 11. Januar 2005 reagiert Deutschland auf neue Problemlagen, die den Normalbetrieb hoheitlicher Gefahrenabwehr zu übersteigen scheinen. Das Bundesgesetz regelt im Wesentlichen „Sicherheitsmaßnahmen“ sowie die „Unterstützung und Amtshilfe durch die Streitkräfte“. Über das Kernproblem dieses Gesetzes hat mittlerweile der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) judiziert¹. Seiner Auffassung nach ist die in § 14 Abs 3 enthaltene „Ermächtigung der Streitkräfte, Luftfahrzeuge, die als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden sollen, durch unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt abzuschließen“, verfassungswidrig. Auch andere Regelungen des Gesetzes werfen verfassungsrechtliche Fragen auf. So hat

das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht im letzten Jahr entschieden, dass die in § 8 Abs 1 Satz 1 Nummer 5 normierten Kontrollpflichten der Flugplatzbetreiber verfassungsgemäß seien².

Dieser Beitrag beschränkt sich aufgrund der Fülle der berührten Probleme allerdings auf die verfassungsrechtliche Prüfung des § 14 Abs 3. Zunächst sind die wesentlichen formellen und materiellen Aspekte des höchstrichterlichen Urteils zu rekapitulieren, bevor einzelne Begründungselemente hinterfragt und übergreifende Problemstellungen angesprochen werden können.

B. Urteil des BVerfG vom 15. Februar 2006

I. Formelle Verfassungswidrigkeit

Das Bundesverfassungsgericht verneint die formelle Verfassungsmäßigkeit des

§ 14 Abs 3 aus zwei Gründen: Erstens fehle es an der Gesetzgebungsbefugnis des Bundes³, zweitens lasse sich die Vorschrift nicht auf Art 35 Abs 2 Satz 2 oder Abs 3 Grundgesetz (GG) stützen.

1. Fehlende „Gesetzgebungsbefugnis des Bundes“

Die Gesetzgebungsbefugnis folge zum einen nicht aus Art 73 Nummer 1 GG. Dem Bund gehe es primär um die „Hilfe bei der Bewältigung einer den Ländern obliegenden Aufgabe im Rahmen der Gefahrenabwehr“, nicht um „Verteidigung“.

Zum anderen handele es sich „um Ausführungsregelungen zum Streitkräfteinsatz in den Konstellationen des Art 35 Abs 2 Satz 2 und Abs 3“ GG. Daraus ergebe sich die Regelungskompetenz des Bundes unmittelbar, nicht aber aus Art 73 Nummer 6 GG, der den „Luftverkehr“ betrifft.

2. Unvereinbarkeit mit wehrverfassungsrechtlichen Vorgaben

Aber auch jener Kompetenzbereich des Bundes decke § 14 Abs 3 nicht ab, „weil sich die Vorschrift nicht mit den wehrverfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes vereinbaren“ lasse, vor allem nicht im Lichte von Art 87a Abs 2 GG⁴.

a) Zulässiger Regelungsinhalt

Zwar sei an § 14 Abs 3 *erstens* nicht zu beanstanden, dass er als „besonders schweren Unglücksfall“ auch ein „Schadensereignis von großem Ausmaß“ versteht, dass „absichtlich herbeigeführt werden soll“. Das legten insbesondere Wortlaut, telos und Staatspraxis nahe⁵. *Zweitens* müsse das Schadensereignis „noch nicht eingetreten“ sein⁶. Ausreichend seien „Vorgänge, die den Eintritt einer Katastrophe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwar-

*) Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser im Rahmen seines mit Summa cum Laude bewerteten Rigorosums am 27. März 2006 an der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München hielt. Prüfungsvorsitzender war Prof. Dr. Stefan Koriath, mitprüfender Betreuer RiBVerfG Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio. Für ihre Bereitschaft zur

Diskussion und für ihre konstruktiven Anregungen im Zusammenhang mit der Ausarbeitung des Vortrages ist Christof Gramm, Friederike Lange, Oliver Lepsius und Christoph Möllers zu danken. Die folgenden Ausführungen geben gleichwohl allein die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. 1) Urteil vom 15.02.2006, Aktenzeichen: 1 BvR 357/05, NJW

2006, 751 ff; abrufbar auch über www.bundesverfassungsgericht.de. Zum Urteil nunmehr etwa *Baldus*, NVwZ 2006, 532 ff; *Baumann*, JURA 2006, 447 ff; *Gramm*, DVBl. 2006, 653 ff; *Hecker*, Kritische Justiz, 2006, 179 ff; *Lepsius*, in: German Law Journal 9/2006, abrufbar über www.germanlawjournal.com; *JuS* 2006, 448 ff; *Schenke*, NJW

2006, 736 ff; *Winkler*, NVwZ 2006, 536 ff. Im Folgenden sind §§ ohne nähere Bezeichnung solche des Luftsicherheitsgesetzes (LuftSiG).

2) Urteil vom 03.05.2005, Aktenzeichen: 12 MS 132/05.

3) Rdnrn 89 ff.

4) Rdnrn 92 ff.

5) Rdnrn 99 f.

6) Rdnrn 101 ff.

Rill/Schäffer

Bundesverfassungsrecht

Grundwerk inkl. 4. Lieferung,

Stand: 30. 6. 2006, 1.832 Seiten,

Loseblatt, 3-7046-2000-9, Gesamtwerk € 218,-

Fortgeführt wird die Bearbeitung des Gemeindeverfassungsrechts (Kahl) und des Kapitels über den Rechtsschutz im öffentlichen Recht (Rill/Schäffer). Die Herausgeber haben ferner den Art 42 Abs 5 B-VG und die damit zusammenhängenden Verfassungsfragen bearbeitet. Im Bereich der Grundrechte finden sich zentrale Themen behandelt, nämlich das Recht auf Leben (Kneihls) und der Grundsatz "Keine Strafe ohne Gesetz" (Lewisch).

Neu: Erstmals werden alle bisher vorliegenden Kommentierungen durch ein Sachverzeichnis erschlossen.

Dr. Heinz Peter Rill

em. o. Univ.-Prof. für Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien

Dr. Heinz Schäffer

o. Univ.-Prof. für Öffentliches Recht, Universität Salzburg, Ersatzmitglied des Verfassungsgerichtshofes



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

VERLAG
 ÖSTERREICH

ten lassen“. Schließlich seien auch bei Naturkatastrophen Präventivmaßnahmen grundsätzlich zulässig.

b) Unzulässiger Regelungsinhalt

aa) Jedoch, so das Gericht, wahrt die Einsatzmaßnahme der unmittelbaren Einwirkung auf ein Luftfahrzeug mit Waffengewalt nicht den Rahmen des Art 35 Abs 2 Satz 2 und Abs 3 GG, weil beide Vorschriften einen „*Kampfeinsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Waffen*“ untersagen⁷.

Bereits die sinngleichen Formulierungen „Zur Hilfe“ und „zur Unterstützung“ verdeutlichten, dass der Streitkräfteeinsatz auf die den Ländern obliegende Aufgabe der Gefahrenabwehr ausgerichtet sei. Die vom Bund verwendeten Hilfsmittel dürften folglich nicht von qualitativ anderer Art sein als die der Landespolizei zur Verfügung stehenden Einsatzmittel. Dass kein Einsatz der Streitkräfte als bewaffnete

Macht gewollt sei, zeige aber vor allem die Entstehungsgeschichte.

bb) Im Übrigen setze § 13 Abs 3 für den Fall des § 14 Abs 3 nicht durchweg eine vorherige Einsatzentscheidung der Bundesregierung als Kollegialorgan voraus⁸. Genau dies verlange jedoch Art 35 Abs 3 Satz 1 in Verbindung mit Art 62 GG, nicht zuletzt zur Sicherung der Länderbelange.

II. Teilweise materielle Verfassungswidrigkeit

Materiell-rechtlich sieht das Gericht § 14 Abs 3 insoweit als verfassungswidrig an, als er den Staat ermächtigt, am Angriff auf die Sicherheit des Luftverkehrs unbeteiligte Menschen zu töten. Damit sei die Vorschrift im Hinblick auf die Menschenwürdegarantie des Art 1 Abs 1 GG in Verbindung mit dem durch Art 2 Abs 2 Satz 1 GG geschützten Recht auf Leben unvereinbar⁹.

1. Maßstab des Art 2 Abs 2 Satz 1 iVm Art 1 Abs 1 Grundgesetz

Zwar stehe das Grundrecht auf Leben nach Art 2 Abs 2 Satz 3 GG unter einem Gesetzesvorbehalt. Das einschränkende Gesetz müsse aber im Lichte des Rechts auf Leben und der Menschenwürde, deren vitale Basis das Lebensgrundrecht bilde, beurteilt werden¹⁰.

2. Verletzung von Art 2 Abs 2 Satz 1 iVm Art 1 Abs 1 Grundgesetz

Durch die Abwehrmaßnahme mache der Staat die Passagiere und Besatzungsmitglieder, welche ihm „wehr- und hilflos ausgeliefert“ seien, zum bloßen Objekt seines Handelns. Dadurch, dass ihre vorsätzliche „Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird“, würden sie „*verdinglicht und zugleich entrechtlicht*“¹¹. Das aber sei unter der Geltung des Art 1 Abs 1 GG „schlechterdings unvorstellbar“, zumal Prognosesicherheit aufgrund von Zeitdruck und „kom-

7) RdNr 105 ff., 115 ff.
 8) RdNr 112-114.

9) RdNr 118 ff.
 10) RdNr 119.

11) RdNr 124, Hervorhebungen hier.

plizierten Kommunikationswegen“ nicht zu erwarten sei¹².

Schließlich weist das Gericht sämtliche Einwände zurück, die für eine materielle Verfassungsmäßigkeit des § 14 Abs 3 in Stellung gebracht worden waren: Vor allem könne von einer mutmaßlichen Einwilligung der Passagiere und Besatzungsmitglieder nicht ausgegangen werden – hierbei handele es sich um eine „lebensfremde Fiktion“¹³. Zudem sei menschliches Leben ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz geschützt¹⁴. Weiters bestehe jedenfalls in der Konstellation des § 14 Abs 3 keine Pflicht des Einzelnen, solidarisch „sein Leben aufzuopfern“¹⁵. Schließlich helfe auch der Rekurs auf die staatliche Schutzpflicht zugunsten der avisierten Opfer am Boden nicht weiter. Grundsätzlich bestehe zwar eine solche Schutzpflicht, sie könne aber nur mithilfe von Mitteln erfüllt werden, „deren Einsatz mit der Verfassung in Einklang stünden“¹⁶.

III. Teilweise materielle Verfassungsmäßigkeit

Dagegen sei § 14 Abs 3 insoweit materiell verfassungsgemäß, als sich die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt gegen ein unbemanntes Luftfahrzeug oder ausschließlich gegen Personen richtet, die das Luftfahrzeug als Tatwaffe gegen Menschenleben einsetzen wollen¹⁷.

Vor allem liege kein Verstoß gegen Art 2 Abs 2 Satz 1 GG in Verbindung mit Art 1 Abs 1 GG vor. „Wer Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift“, so das Gericht, „wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität in Frage gestellt“. Vielmehr entspreche es „im Gegenteil gerade seiner Subjektstellung, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden“. Als ultima ratio-Maßnahme sei das auch verhältnismäßig und mit Art 19 Abs 2

GG wegen der gewichtigen Schutzinteressen Dritter vereinbar.

IV. Gesamtnichtigkeit nach § 95 Abs 3 Satz 1 BVerfGG

Aufgrund der fehlenden Gesetzkompetenz des Bundes erklärte das Gericht § 14 Abs 3 dennoch für in vollem Umfang verfassungswidrig.

C. Würdigung

Das Urteil überzeugt zwar im Großen und Ganzen. Es gibt jedoch auch Veranlassung zu einigen Fragen und Anmerkungen.

I. Materiell-verfassungsrechtliche Prüfung an sich überflüssig

Zunächst fragt sich, warum der erste Senat seine Prüfung nicht nach dem Befund fehlender Bundeskompetenz beendet hat, wie es dem Urteilsstil entspräche. So erweitert der Senat die ratio decidendi auch um seine grundrechtlichen Erwägungen¹⁸.

II. Interpretation von Art 35 Abs 2 Satz 2 und Abs 3 GG suboptimal

Zudem erscheint die Interpretation von Art 35 GG in dreierlei Hinsicht suboptimal.

1. Erstens verwendet der erkennende Senat auf die genetische Auslegung erstaunlich viel Energie. Das auf diesem Weg kreierte, ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „spezifisch militärischen Waffen“ reduziert die Streitkräfte in diesem Kontext auf bloße Ersatz-Polizeikräfte. Dagegen lässt sich allerdings einwenden, dass die ursprünglich vorgesehene Formulierung „als Polizeikräfte“ gerade nicht Verfassungstext geworden ist, wie der Senat selbst einräumt¹⁹. Zudem weisen wichtige Wortlautelemente in die Gegenrichtung. Art 35 Abs 3 Satz 1 GG will die „wirksame Bekämpfung“ der Katastrophe durch Länder und Bund ermöglichen; darin mag man – gleichsam als telos der Norm – eine Art rechtsstaatliches Effektivitätsgebot sehen²⁰.

Unterbindet man aber die Möglichkeit, die Bekämpfungskapazitäten der Länder durch die Streitkräfte des Bundes und deren auch militärisches Kampfgerät zu erweitern, läuft das Postulat effektiver Hilfe leer²¹.

2. Andererseits überspannt der Senat die auch in Art 35 Absätze 2 und 3 GG durchscheinende Figur der Amtshilfe. Denn § 14 Abs 3 überantwortet der Bundeswehr eine selbständige, dauerhafte, hoheitliche und exklusive Aufgabe. Hilfeleistung im Amtswege zeichnet sich dagegen durch bloß punktuell und ausnahmsweises Zusammenwirken aus.

3. Drittens irritiert die Diktion des Senats, soweit sie auf ein Verständnis von Art 35 Abs 2 Satz 2 und Abs 3 GG als Gesetzgebungsbefugnis hindeutet. Aufgrund des Wortlauts und der systematischen Stellung der Regelungen läge es vielmehr nahe, von bloßen Verwaltungskompetenzen auszugehen²².

III. Menschenwürdegarantie

Zum Umgang mit der Menschenwürdegarantie durch den erkennenden Senat ist Folgendes zu bemerken²³:

1. Erstens setzt der Senat Menschenwürde und Lebensgrundrecht nahezu in eins, obgleich die Systematik des Grundgesetzes es nahe gelegt hätte, das Verhältnis beider Garantien näher zu bestimmen. So versäumt es der Senat, durch eine stärker differenzierende Argumentation die Konsistenz der verfassungsgerichtlichen Konzeption der Menschenwürde zu stärken.

2. Zweitens ist die hier durchaus mit moralischem Impetus verbundene Verwendung der Objektformel zwar auf den ersten Blick wenig dazu angetan, sie vom Odium der Leerformel zu befreien. Nicht ohne Grund hatte der zweite Senat bereits im Jahre 1970 eingeräumt, der Mensch sei nicht selten Objekt auch des Rechts²⁴. Jedoch stellt der erste Senat zu Recht hier nicht die simple Frage: „Objekt oder nicht Objekt“, sondern arbeitet

12) RdNr 125-130. Bedenkenswert kritische Erwägungen hierzu bei Baldus, NVwZ 2006, 532, 534, und Baumann, JURA 2006, 447, 452.

13) RdNr 131.

14) RdNr 132.

15) RdNr 135.

16) RdNr 137-139.

17) RdNr 140-154.

18) Das Vorgehen des BVerfG begrüßt Baumann, JURA 2006, 447, 453.

19) RdNr 107.

20) Eindrücklich und Zustimmungswürdig insofern Gram, DVBl. 2006, 653, 654, der Art 35 Abs 3 GG den rechtsstaatlich verwurzelten „Grundsatz der effektiven Gefahrenbekämpfung“ ent-

nimmt. Ähnlich auch Baldus, NVwZ 2006, 532, 535.

21) Zu den Problemen, welche die Argumentation des BVerfG für die Staatspraxis aufwirft, instruktiv Gram, DVBl. 2006, 653, 655 ff. 22) So auch Schenke, NJW 2006, 736, 737.

23) Kritisch insoweit vor allem Gram, DVBl. 2006, 653, 657 ff.

Uneingeschränkte Zustimmung „im Ergebnis und in den entscheidungsrelevanten Wertungen“ kommt dagegen von Winkler, NVwZ 2006, 536, 538. Zur rechtspolitischen Bedeutung der grundrechtlichen Aspekte des Judikats Hecker, KJ 2006, 179, 184 ff. 24) BVerfGE 30, 1, 25.

– wie gesehen – in hinreichend abstrakter Manier heraus, ab wann der Mensch in *unzulässiger* Weise zum Objekt staatlichen Handelns, zur fremdbestimmten Manövriermasse wird.

3. Drittens impliziert die in § 14 Abs 3 normierte Ermächtigung des Staates zum finalen Rettungsabschluss seine Berechtigung, von unschuldigen Bürgern die solidarische Selbstaufopferung zu verlangen. Der erste Senat deutet an, dass er dies nicht von vornherein ausschließen will und zitiert *Christoph Enders*, der sich für eine „allgemeine, solidarische Einstandspflicht“ ausspricht, soweit die „Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“ dadurch bewahrt werden kann²⁵. Gleichwohl meint der Senat, bei § 14 Abs 3 ginge es nicht um einen solchen Fall. Diese Schlussfolgerung erfolgt ohne Begründung und erscheint nicht ohne Weiteres zwingend. Denn die der Vorschrift erkennbar zugrunde liegenden Geschehnisse des 11. September 2001 wurden nicht nur von vielen Staaten, sondern auch von internationalen Organisationen als ein Angriff auf die „staatliche Rechts- und Freiheitsordnung“ gewertet. Auch gibt es Anhaltspunkte dafür, dass manche Bürger in dem hier diskutierten Szenario zur Selbstaufopferung bereit wären und eine entsprechende Solidarpflicht empfinden. Allerdings – vielleicht pragmatischer – in Bezug auf das Leben Vieler, für das sich die betroffenen Wenigen hingäben, während *Enders* als Schutzgut der Abschlussmaßnahme alleine den „Fortbestand des Gemeinwesens“ gelten lässt. Ähnliche Abwägungsüberlegungen finden sich im Kontext der staatlich verantworteten Katastrophen- und Militärmedizin (insb. Triage).

4. Vor diesem Hintergrund drängt sich – viertens – die Frage auf, was der wirkliche, gleichsam ‚subkutane‘ Beweggrund des ersten Senats für seinen vergleichsweise rigorosen Umgang mit der Menschenwürdegarantie war. Es scheint, als atme die ganze Entschei-



dung die Sorge, dass der Staat sonst völlig entgrenzt würde und es kein Maß mehr gäbe für den Einsatz des allerletzten, weil absichtlich das Leben unschuldiger Menschen vernichtenden Mittels. Das Gericht mag auch deshalb ein materiell-rechtlich positives Votum unterlassen haben, weil es den Befürwortern der Rettungsfolter²⁶ keinerlei argumentative Hilfe gewähren wollte²⁷. Denn viele Art 1 Abs 1 GG als Sperre

aus, wäre folgende These denkbar: Wenn schon die absichtliche Tötung Unschuldiger zur Rettung vieler anderer Unschuldiger zulässig ist, dann doch erst recht – als milderes Mittel – die Folter des Schuldigen zum Zwecke der Befreiung einer Geisel oder Entschärfung einer Bombe.

Schon die Meinung, Folter sei ein milderes Mittel, greift angesichts Art 104 Abs 1 Satz 2 GG nicht durch.

25) Rdnr 135 mwN.

26) Vgl nur *Brugger*, Freiheit und Sicherheit, 61. Eine Ausstrahlung der „Ausführungen des BVerfG zur

Absoluteit der Menschenwürdegarantie“ auch in diese Richtung konstatiert ebenfalls *Baumann*, JURA 2006, 447, 454.

27) Die Relevanz der Entscheidung für die Diskussion über die Rettungsfolter zu Recht betonend *Hecker*, KJ 2006, 179, 186 f.

Thema Heft 4/2006
Recht und Psychoanalyse
 Thema Heft 1/2007
Urheberrechtsdebatten

Aber die Sorge des Gerichts ist auch grundsätzlich berechtigt: In einer Lebenswelt, die uns nicht mehr den Gefallen tut, große Bedrohungsszenarien auf den Krieg zu beschränken und die uns in vielerlei Hinsicht ethisch herausfordert, kann dem Staat des Grundgesetzes nicht jedes Mittel recht sein, will er nicht sein maßgeblich durch die Menschenwürdegarantie geprägtes Antlitz verlieren²⁸.

IV. Bedeutung für das Gefahrenabwehrrecht

Im Übrigen hätten die durch § 14 Abs 3 in Gesetzesform gegossenen Überlegungen auch für das Gefahrenabwehrrecht erhebliche Auswirkungen. Sein Umgang mit Unbeteiligten war bislang aus guten Gründen vom Grundsatz geprägt, dass äußerstenfalls deren bewusste Gefährdung zum Zwecke der Gefahrenabwehr zulässig ist²⁹. Die gezielte Tötung von an der Gefahrentstehung unbeteiligten Menschen erlauben weder die Polizeigesetze einschließlich des Musterentwurfs noch UZwG und UZwGBw. Wäre sie zulässig, so würde

auch die rationalitätsfördernde sowie grundrechtsschützende Unterscheidung zwischen Störern und Nichtstörern eingeebnet.

V. Praktische Konsequenzen der Entscheidung

1. Da sich die globale wie nationale Gefährdungslage allerdings kaum verbessert hat³⁰, fragt sich schließlich, welches die praktischen Konsequenzen des Urteils sind. Was wäre passiert, wenn es Terroristen geschafft hätten, ein Flugzeug zu entwenden, mit erheblichen Mengen Sprengstoff zu beladen und dann samt mindestens einer – als solcher erkennbaren – unschuldigen Geisel auf das vollbesetzte Berliner Olympiastadion zu lenken, in dem gerade das Endspiel der Fußball-Weltmeisterschaft stattfand³¹?

Nach dem Urteil dürften weder der Verteidigungsminister einen Abschuss befehlen noch Kampfpiloten einen solchen vornehmen³². Wird er dennoch – zum Beispiel aus Gewissensgründen – durchgeführt und an die hunderttausend Menschen gerettet, käme es wohl

unter anderem zu einem Strafprozess. Das Gericht kann die Verantwortlichen immerhin – unter Umständen – nach den Regeln des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands freisprechen, sie aber auch verurteilen. Im letzteren Falle wäre das Recht zwar am Ende, das politische System hielte aber das Ventil des Gnadenrechts bereit. Dies zeigt: Es gibt neben dem Recht – etwa mit Politik und Moral – noch andere Rationalitäten, die in solchen Fällen der tragic choices fruchtbar gemacht werden und nach denen Mut sowie Zivilcourage anerkannt werden können. Auch deshalb muss die Menschenwürde nicht auf dem utilitaristischen Altar geopfert werden, sondern sie bleibt als Fixpunkt des freiheitlichen Rechtssystems unüberwindbare Hürde für den Verfassungsstaat jedenfalls dann, wenn er das Leben unschuldiger Bürgerinnen und Bürger für Zwecke der Gefahrenabwehr instrumentalisieren will³³.

2. So bleibt zuletzt die Frage zu beantworten, wie eine Grundgesetzänderung den zwei vom Verfassungsgericht zugelassenen Abschuss-Konstellationen Rechnung tragen könnte³⁴. Hier läge eine sparsame Verfassungsergänzung im Bereich des Art 87d GG nahe. Allerdings spricht ebenso einiges dafür, bei Art 87a GG anzusetzen und eine Formulierung zu finden, die sich nicht auf Angriffe aus der Luft beschränkt.

Dr. Dietrich Westphal,
 M. Jur. (Oxford), Bonn;
 westphald@gmail.com

28) Baldus, NVwZ 2006, 532, 534, warnt allerdings davor, dass durch das Urteil des BVerfG „die Handlungsoptionen potenzieller Attentäter deutlich verbessert“ würden.

29) Hierzu instruktiv und gründlich Odendahl, Die Verwaltung 2005, 425 ff.

30) Eindringlich zur „neuen Qualität“ der „sicherheitspolitischen Realitäten und Gefahrenlagen“ Baldus, NVwZ 2006, 532, 535. Eine „Neubestimmung des Verteidigungsbegriffs“ unternimmt vor diesem Hintergrund Gramm, DVBl. 2006, 653, 656. Maßgeblich solle in Zukunft die Frage sein, „welche Wucht der Angriff hat und wer bei abstrakter Betrachtung die Fähigkeit zur Abwehr hat“. So

könne die „Sperrung, welche Art 87 a Abs 2 GG für den Streitkräfteeinsatz im Innern errichtet“, überwunden werden.

31) Während der Abschlussfeier der Olympischen Spiele 1972 rechnete der damalige Bundesverteidigungsminister Leber kurzzeitig mit einem Angriff aus der Luft und erwog einen Abschuss „gegen die Verfassung“, zitiert nach Gramm, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 2003, 89, dort weitere Einzelheiten.

32) Näher Gramm, DVBl. 2006, 653, 657.

33) Es bleibt allerdings zu hoffen, dass sich die Debatte um den Abschuss gekidnappter Flugzeuge aus technischen Gründen in naher Zukunft erübrigt: Nach neu-

esten Meldungen arbeiten derzeit rund 30 europäische Firmen und Institute an einer Software, die führerlose Maschinen vom Boden aus steuert und unerwünschte Richtungsänderungen verindert. Das Notfallvermeidungssystem solle selbständig die Kontrolle an Bord übernehmen, wenn eine audiovisuelle Überwachung automatisch Alarm gibt sie es wegen einer Entführung, sei es, weil Piloten plötzlich ausfallen. Auch Computer-Hacker an Bord hätten keine Chance, weil die Maschinen lenkbar seien und den nächsten geeigneten Flughafen anflögen. Beteiligt an dem von Brüssel mit erheblichen Mitteln geförderten Entwicklungsprogramm „Safee“

seien unter anderem Airbus, Siemens und die Technische Universität München. Erste Resultate würden im Oktober im Windsor (Großbritannien) vorgestellt (dpa-Meldung vom 22.07.2006).

34) Nach jüngeren Agenturmeldungen hat die Bundesjustizministerin Zypries eine baldige Verfassungsänderung in Aussicht gestellt. Im Gegensatz zu Bundesverteidigungsminister Jung lehnt sie allerdings eine Neudefinition des Verteidigungsfalles ab. Während die Union und hier insbesondere der Bundesinnenminister Schäuble weiterhin auf dem Einsatz der Bundeswehr im Innern beharren, hält die SPD nach wie vor an ihrer ablehnenden Haltung fest.

betreut von Alexia Stuefer, Doris Obereder, Michael Reiter und Oliver Scheiber

Vorwort

Alexia Stuefer, Michael Reiter, Oliver Scheiber

Die ordentliche Gerichtsbarkeit ist für die Bürgerinnen und Bürger weithin ein unbekanntes Land. In das Licht der Öffentlichkeit und Medien treten vor allem die Strafgerichte; Mordverfahren und die Verfolgung von Drogendelikten sorgen für Auflagen und Quoten. Aus dem Bereich der Zivilgerichtsbarkeit entsteht am ehesten dort öffentliches Interesse, wo Kinder involviert sind: bei Kindesentführungen etwa oder bei Obsorgestreitigkeiten mit einer zwangsweisen „Übergabe“ der Kinder.

Einige Rechtsbereiche stellen sich gegen den allgemeinen Trend, wonach sich der Staat, und auch die Rechtsprechung, aus dem Alltagsleben der Bürgerinnen und Bürger zurückziehen und auf wenige wesentliche Aufgaben konzentrieren sollte. Ein verstärkter Regelungsbedarf wird vor allem bei besonders schutzwürdigen Personengruppen (an)erkannt, zu denen etwa Kinder, alte Personen und Pflegebedürftige gezählt werden. Das Herausheben dieser Gruppen durch die Rechtsordnung ist als positive Diskriminierung zu sehen. Der Staat übernimmt Verantwortung für diese Personen, indem er spezielle materielle und auch verfahrensrechtliche Regelungen aufstellt.

Die rechtliche Stellung des Kindes gehört zu den Gebieten, die in den letzten Jahren eine stärkere rechtliche und wissenschaftliche Durchdringung erfahren haben. Das Thema dieses Heftes trägt dem Rechnung und lautet: *Justiz und Kinder*. Für das spezielle Feld des Rechts bzw. der Justiz im Zusammenhang mit Kindern gibt es einige Charakteristika (die übrigens dieselben sind wie bei Rechtsfragen im Zusammenhang mit alten/kranken Menschen – man denke an das Heimaufenthaltsgesetz oder die Regelungen zur Patientenverfügung): zum einen geht es regelmäßig um die Frage der Selbstbestimmung, die bei Kindern noch nicht uneingeschränkt gelten kann. Zum anderen besteht häufig eine Verschränkung mit der Medizin: etwa bei der Frage einer angeratenen ärztlichen Behandlung des Kindes, die von den Eltern nicht gewünscht wird.

Mit einer solchen im Schnittpunkt von Recht und Medizin stehenden Problemlage beschäftigt sich *Eva Matt* in ihren Überlegungen zur medizinischen Normalisierung intersexueller Kinder. Da nach Schätzungen jedes 25. Kind betroffen ist, handelt es sich um ein bislang sträflich vernachlässigtes Feld.

Wenn es um Kinder geht, haben Familienrichterinnen und -richter am häufigsten über Obsorge und Besuchsrecht zu entscheiden. Drei Beiträge beschäftigen sich mit diesen Fragen. *Marco Nademleinsky* nähert sich dem Thema aus rechtsvergleichender Sicht und belegt, wie unterschiedlich gerade die prozessrechtlichen Ausgestaltungen selbst innerhalb Europas sind. *Judit Barth-Richtarz* berichtet von der von ihr mitverfassten Studie, mit der die Auswirkungen der Neuregelungen des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 wissenschaftlich untersucht und evaluiert wurden. Das Forschungsprojekt wurde im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz durchgeführt und befasst sich insbesondere mit der gesellschaftlichen Akzeptanz der neuen Obsorge- und Besuchsrechtsregelungen, deren Wirkungen auf das Kindeswohl und den Formen der Konfliktaustragung bei Streitigkeiten über Obsorge und Besuchsrecht nach Alter und nach neuer Rechtslage. Wissenschaftsmethodisch basiert die Studie auf einer bundesweiten Befragung aller in einem Quartal geschiedenen Eltern mit minderjährigen Kindern sowie aller im Familienrecht tätigen Richterinnen und Richter und weiterer mit Scheidungs- und Obsorgestreitigkeiten befassten Berufsgruppen. Weiters wurden 30 Scheidungsfamilien sowie mehrere Familienrichterinnen und -richter in Tiefeninterviews persönlich eingehend befragt. Der Artikel präsentiert die wichtigsten Erkenntnisse dieser umfassenden Forschungsarbeit. Der Beitrag von *Christian Mosser* beleuchtet die Problematik von Obsorgestreitigkeiten, die über die österreichische Staatsgrenze hinausreichen. Derartige, oftmals tragische Fälle erlangen vielfach mediale Prominenz als sogenannte „internationale Kindesentführungen“. Der Artikel betrachtet die dann verfügbaren zivilrechtlichen Instrumente und skizziert die typischen familiären Hintergründe solcher Vorfälle sowie deren Auswirkungen auf die betroffenen Personen und Institutionen.

Maria Windhager beschreibt in ihrem Beitrag die Auswirkungen der medialen Berichterstattung auf Kinder. Unter Bezugnahme auf konkrete Verfahrensbeispiele und der dazu ergangenen Judikatur des Oberlandesgerichts Wien veranschaulicht der Beitrag die – oft negativen – Folgen von medialer Berichterstattung auf den höchstpersönlichen Lebensbereich von Minderjährigen.

In Österreich kommen jährlich etwa zwanzig Kinder auf die Welt, deren Geschlechtszugehörigkeit uneindeutig ist. Ihre äußeren bzw inneren Geschlechtsmerkmale sind weder „eindeutig männlich“ noch „eindeutig weiblich“. Sie sind „intersexuell“, wobei der medizinische Ausdruck Intersexualität oder Hermaphroditismus als Überbegriff für eine Vielzahl von „Störungen der Geschlechtsdifferenzierung“ verwendet wird. Manche von ihnen bleiben unentdeckt, manche erhalten ihre „Diagnose“ erst bei der ersten gynäkologischen Untersuchung. Der prozentuelle Anteil intersexueller Personen an der Weltbevölkerung wird – abhängig davon, wie eng oder weit der Begriff gefasst wird – mit bis zu 4% angegeben.¹

Intersex Case Management

Neugeborene mit uneindeutigen Genitalien werden seit den Fünfzigerjahren nach der Durchführung umfangreicher Untersuchungen möglichst schnell einem Geschlecht zugewiesen. Diese Zuweisung „umfasst je nach zugewiesenem Geschlecht und bestehenden Geschlechtsorganen Penisaufbauplastik, Harnröhrenverlegung, Einpflanzung von Silikonhoden oder Konstruktion einer Scheide, Verkürzung oder Amputation des Penis/der Klitoris, Entfernung der Gonaden“² und erfolgt mit dem Ziel, eine eindeutige Geschlechtsidentität zu schaffen und damit die Entwicklung eines eindeutigen, zum Körper passenden Geschlechts zu fördern.

Uneindeutige Genitalien können ein Hinweis für ein lebensbedrohliches medizinisches Problem sein, das einer sofortigen Behandlung bedarf. Die uneindeutigen Genitalien als solche, also zB eine „zu große Klitoris“ oder ein „zu kleiner Penis“ stellen keine Lebensgefahr dar.³ Trotzdem wird die Geburt eines Kindes, das nicht sofort der einen oder anderen Kategorie zugeordnet werden kann, als (psychosozialer) Notfall gehandhabt, der Eingriffe zur chirurgischen Modifikation uneindeutiger Genitalien so schnell wie möglich „notwendig“ macht. Durch die operative Geschlechtszuweisung werden die Genitalen dem „normalen“ Aussehen⁴ von männlichen resp weiblichen Genitalien angepasst („normalizing“ surgery).

Informed Consent

Jede medizinische Behandlung hat als Eingriff in die körperliche Integrität den Charakter einer Körperverletzung, sofern in die Behandlung nicht rechtswirksam eingewilligt wurde⁵ (in diesem Zusammenhang wird von informed consent – ‚informierter Zustimmung‘ gesprochen), geschützt ist das Rechtsgut körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht des Menschen. Um einem Eingriff wirksam zustimmen zu können, müssen die dafür notwendigen Informationen offengelegt werden. Dieses beinhaltet auch Informationen über Risiken des Eingriffs und etwaigen Alternativen. All diese

medizinische Information soll einem patienten-orientierten Standard folgend das beinhalten, was eine vernünftige Person in der Position der Patientin bzw des Patienten erfahren muss, um eine Entscheidung zur vorgeschlagenen Behandlung treffen zu können. Nur dann kann rechtswirksam in eine Behandlung eingewilligt werden. Im Falle von Kindern wird die Zustimmung in der Regel von den Eltern als gesetzliche Vertretung des Kindes – unter Wahrung des Kindeswohls – gegeben. Nur in einer Notfallsituation, wenn also ein Eingriff bzw eine Behandlung dringend notwendig ist, sind die Erfordernisse an die Einwilligung herabgesetzt.

Das Recht auf eine offene Zukunft

Überlegungen zur medizinischen Normalisierung intersexueller Kinder

Eva Matt

Concealment centered model

Die theoretische Basis für die Praxis geschlechtszuweisender Behandlungen schuf ein Forschungsteam an der John-Hopkins-Universitätsklinik in Baltimore, bestehend aus dem Sexualforscher John Money, der Psychiaterin Joan Hampson, und dem Psychiater John Hampson mit der „Theorie der psychosexuellen Neutralität bei der Geburt“. Diese basiert im Wesentlichen auf folgenden Annahmen: Menschen kommen psychosexuell neutral auf die Welt, eine operative Zuweisung von Geschlecht (gender) ist innerhalb der ersten 24 Lebensmonate möglich. Normal entwickelte Genitalien sind Voraussetzungen für eine gesunde psychosexuelle Entwicklung. Der Körper des Kindes wird dem zugewiesenen gender (gender of assignment) angepasst. Die Zuweisung im oben genannten Zeitraum und die konsequente Erziehung im zugewiesenen Geschlecht ohne Zweifel an der Geschlechtswahl zuzulassen garantiere eine normale Entwicklung des Kindes. Unter Zuergrundelegung dieser Theorie entwickelte Money seine Behandlungsrichtlinien für Intersex-Patientinnen und Patienten, die bis heute die Grundlage des heutigen Standards bilden. „Bestätigt“ wurde diese Theorie durch den sog Zwillingsfall („John/Joan“). Im Jahr 1967 wandte sich die Eltern eines acht Monate alten Zwillingsbuben, dem im Zuge einer mit fehler-

1) Vgl dazu etwa: *Anne FAUSTO-STERLING*: Sexing the body gender politics and the construction of sexuality, Basic Books, New York 2000, 53; oder *Melanie BLACKLESS et al.*: How sexually dimorphic are we? in: American Journal of Biology 12:151(2000), nachzulesen unter: <http://bms.brown.edu/faculty/f/afs/dimorphic.pdf> [30.06.2006].
 2) Zitiert nach *Michel REITER*: Ein normales Leben ermöglichen in: 1-0-1- [one ,o one] intersex Das Zwei-Geschlechter-System als Menschenrechtsverletzung, Neue Gesellschaft für Bildende Kunst, Berlin 2005, 137.
 3) *Alice DREGER*: Hermaphrodites and the medical invention of sex, Harvard University Press, Cambridge 2000, 189.
 4) Unter <http://www.isna.org/faq/frequency> ist zu lesen, dass 1 von 100 Körpern nicht dem „Standard“ entspricht, der ‚Phallogometer‘ bei *Anne FAUSTO-STERLING*: Sexing the body, 59 zeigt, welche Größen für die Genitalien Neugeborener „normal“ sind.
 5) Strafrechtlich sind hier die §§ 90, 110 StGB relevant.

haftem Gerät durchgeführten Zirkumzision der Penis so stark verbrannt worden war, dass er amputiert werden musste, an John Money, der empfahl, ein gender reassignment, eine Neuzuweisung, durchzuführen. Das Kind erhielt einen Mädchenamen, wurde kastriert und in der ‚weiblichen Rolle‘ erzogen. Die Eltern wurden angewiesen, dem Kind nichts über sein ursprüngliches Geschlecht zu sagen (concealment) und keine Zweifel an der Zuweisung aufkommen zu lassen. Eine Östrogen-therapie ab dem zwölften Lebensjahr sollte die Identifikation mit der weiblichen Rolle schließlich vollenden. Dieses von Money als erfolgreich beschriebene Experiment lieferte den Beweis dafür, dass die Erziehung (nurture) einen wesentlich stärkeren Einfluss auf die Geschlechtsdifferenzierung hat, als die Biologie (nature), da sogar ein genetischer Mann als Frau erzogen werden könne. Der Zwillingsfall wurde in der zeitgenössischen medizinischen Literatur stark rezipiert und schuf – ohne jemals klinisch überprüft worden zu sein – den Standard für die Behandlung von Kindern mit uneindeutigen Genitalien. Erst durch die Nachforschungen von Milton Diamond und Keith Sigmundson⁶ wurde der Zwillingsfall im Jahr 1997 neu aufgerollt und sein Scheitern publik gemacht. „Joan“ hat die ihr zugewiesene weibliche Rolle nie angenommen und seit ihrem vierzehnten Lebensjahr wieder als Mann gelebt. Er nahm den Namen David an, heiratete eine Frau, adoptierte deren Kinder aus erster Ehe und beging zwei Jahre nach seinem Zwillingsbruder 38-jährig Selbstmord.

Stop genital surgery!

Zusammenschlüsse von Intersexuellen⁷ machen seit Mitte der Neunzigerjahre darauf aufmerksam, dass die an „Betroffenen“ im Rahmen von Geschlechtszuweisungen durchgeführten genitalchirurgischen Eingriffe keineswegs als heilend empfunden wurden, sondern für diese missbrauchsähnlich, verstümmelnd und traumatisierend waren. Sie fordern ein sofortiges Abgehen von Genitalkorrekturen und verlangen einem patientenorientierten Behandlungsmodell folgend den offenen, tabulosen Umgang mit intersexuellen Menschen und dem Thema Intersexualität. Die Offenlegung medizinischer Daten sowie professionelle Beratung und Unterstützung der Kinder und ihrer Familien sind Teil ihrer Forderungen. Sie distanzieren sich ausdrücklich von Forderungen nach einem dritten Geschlecht oder einer intersexuellen Identität⁸, und fordern die Zuweisung und Erziehung als Bub oder Mädchen ohne chirurgische Interventionen. Normalisierende Korrek-

turen sollen erst dann durchgeführt werden, wenn das Kind alt genug ist, seinen informierten Konsens abzugeben.⁹

Auch in der medizinischen Fachliteratur lässt sich ein Paradigmenwechsel erkennen, der ethische Fragen aufwirft und die gängigen Behandlungsmethoden insbesondere in Bezug auf fehlende Langzeitergebnisse in Frage stellt.¹⁰

Qualified persistent informed consent

Auf juristischer Ebene steht die wissenschaftliche und praktische Auseinandersetzung mit dem Thema Intersexualität noch am Anfang.

Der kolumbianische Verfassungsgerichtshof (Corte Constitucional) hat sich bis dato weltweit als einziges Gericht mit der Problematik geschlechtszuweisender Operationen auseinandergesetzt.¹¹ Bereits 1995 (Sentencia No. T-477/95) hat er in einem ersten Fall, in dem ein Kind ähnlich wie im oben geschilderten Zwillingsfall kastriert wurde und eine Zuweisung in die weibliche Richtung vorgenommen wurde, erkannt, dass das Geschlecht einer Patientin / eines Patienten unabhängig von deren Alter ohne informierten Konsens nicht verändert werden darf.¹² Einige Jahre später wandten sich die Eltern zweier intersexueller Kinder an den Gerichtshof, um die Zustimmung zu erhalten, an ihren Kindern geschlechtszuweisende Operationen vornehmen lassen zu können. Im Ergebnis stellte der Gerichtshof fest, dass Geschlechtszuweisungen, die ohne Zustimmung der betroffenen Kinder durchgeführt werden, diese in ihren fundamentalen Rechten auf persönliche und sexuelle Identität (‚derecho a la identidad personal‘, ‚derecho a la identidad sexual‘) und Menschenwürde (‚dignidad humana en la identidad sexual‘) verletzen. In seinen Erwägungen wird weiters eine neue Kategorie der Zustimmung, der qualified persistent informed consent, dargestellt, der Eltern zwingen soll, im alleinigen Interesse ihres Kindes zu entscheiden. Die Möglichkeit der Eltern, die Zustimmung des Kindes zu ersetzen sei demnach prinzipiell an folgende Faktoren geknüpft: Sie sei abhängig von Dringlichkeit der medizinischen Maßnahme, davon, wie schwerwiegend und irreversibel sie sei, und von Alter und Autonomie des Kindes. Der Gerichtshof erkannte weiters, dass die Zustimmung nur dann gültig sein könne, wenn die Eltern über die Risiken der gegenwärtigen Behandlungsmethoden als auch über alternative Ansätze, die frühkindliche Operationen ablehnten, informiert seien. Die Zustimmung müsse weiters in schriftlicher Form mehrmals erteilt werden, damit

6) Unter <http://www.hawaii.edu/PCSS/> finden sich Publikationen von Milton Diamond und ua auch Keith Sigmundson.
 7) Wie zB die Intersex Society of North America (ISNA), siehe www.isna.org.
 8) Ganz anders Michel REITER (Deutschland), ProtagonistIn des Films „Das verordnete Geschlecht“ (siehe: <http://www.das-verordnete-geschlecht.de/index.html>), der sich selbst als Zwitter definiert und den „Personenstand Zwitter bzw. zwitterig“ als Rubrik im Geburtenregister einfordert. Vgl zu seinen Bemühungen um Anerkennung etwa Oliver TOLMEIN: Recht und Geschlecht – ein Plädoyer für die Anerkennung von Hermaphroditen in: 1-0-1- [one ,o one] intersex, 128-129.

9) Siehe: <http://www.isna.org/faq/third-gender> [30.06.2006].
 10) Vgl dazu etwa: S.M. CREIGHTON and L.-M. LIAO: Changing attitudes to sex assignment in intersex in: BJU Int 2004; 93, 659-664; CP NELSON und JP GEARHART: Current views on evaluation, management, and gender assignment of the intersex infant in: Nat Clin Pract Urol. 2004 Nov;1(1):38-43: wo im Abstract zusammengefasst wird: „several reports indicate that the functional outcomes of surgery are poor (...)“; MINTO et al.: The effect of clitoral surgery on sexual outcome in individuals who have intersex conditions with ambiguous genitalia: a cross-sectional study, in: Lancet 2003, 361:1252-57; oder S.M. CREIGHTON: Adult female outcomes of

feminising surgery for ambiguous genitalia in: *Pediatr Endocrinol Rev.*2004 Dec;2(2):199-202: „The option of psychological and peer support as an alternative to routine genital surgery must become a realistic proposition.“, K. ROEN schlägt in: *Intersex embodiment: when health care means maintaining binary sexes* in: *Sex Health.*2004;1(3)127-30 eine multidisziplinäre Herangehensweise vor.
 11) Alle drei Entscheidungen sind in der spanischen Originalversion auf der Webseite der ISNA nachzulesen, <http://www.isna.org/columbia> [Stand:12.05.2006].
 12) Kate HAAS, Who will make room for the intersexed? in: *AMERICAN JOURNAL OF LAW AND MEDICINE* 2004, 30 (1): 49-50.

Maurer/Schrott/Schütz
AußStrG – Außerstreitgesetz

Kommentar, 2006, 776 Seiten, geb., 3-7046-3946-X, € 95,-

Der ausführliche Kommentar enthält bereits den Einführungserlaß zum Außerstreitgesetz und alle relevanten Nebengesetze sowie das Außerstreit-Begleitgesetz, das Wohnrechtliche Außerstreit-Begleitgesetz und die neue Verordnung-Brüssel II. Die Änderungen durch die Zivilverfahrens-Novelle 2004, das GIN 2006 und das BRÄG 2006 sind ebenfalls eingearbeitet. Textbausteine und Formulierungshinweise geben Hilfestellung in der Praxis.

**praxisorientiert
 und auf neuestem Stand
 – mit allen Novellen**



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



sichergestellt sei, dass die Eltern alles verstünden und ihre Entscheidung überlegt treffen könnten. Bei einem Fünfjährigen wurde die Möglichkeit an seiner statt zuzustimmen verneint, da dieses Kind bereits eine Form der Autonomie erreicht habe, die zu respektieren sei, auch sei in diesem Alter bereits eine Genderidentität vorhanden und die Dringlichkeit einer geschlechtszuweisenden Behandlung nicht mehr gegeben.

Ausblick

Rechtspolitische Überlegungen sollten sich auch hierzulande mit der Frage beschäftigen, wie die Rechte intersexueller Kinder auf körperliche Integrität (einen unversehrten Körper) und Selbstbestimmung so gut wie möglich gewahrt und ein „Recht auf offene Zukunft“ normiert werden kann. Auch Aspekte wie die Fähigkeit zu sexueller Empfindung oder Fertilität müssen hierbei jedenfalls berücksichtigt werden. Geschlechtszuweisende Eingriffe sind – wie versucht wurde darzustellen – sowohl hinsichtlich fehlender Langzeitergeb-

nisse (Lebensqualität) als auch hinsichtlich ihrer Ziele (eine stabile Genderidentität zu schaffen) mit erheblichen Unsicherheiten belastet.

Lösbar erscheint dieses Problem *derzeit* am ehesten über eine gerichtliche Genehmigungspflicht, die etwa Grundlage einer zu schaffenden kindschaftsrechtlichen Bestimmung im ABGB sein könnte. Vorstellbar wäre auch vor jedem geschlechtszuweisenden Eingriff die verpflichtende Konsultation einer – ebenfalls noch zu schaffenden – Ethikkommission vorzuschreiben und damit eine Prüfung jedes Einzelfalles unter medizinischen, psychologischen, rechtlichen, soziologischen und etwa auch gesellschaftspolitischen Gesichtspunkten zu ermöglichen.

Mag.^a Eva Matt ist Juristin in Wien und arbeitet an einer Dissertation zum Thema „Intersexualität aus rechtlicher Perspektive“; ematt@gmx.at

Einleitung

Der folgende Beitrag untersucht die rechtliche Stellung des Kindes bei der Entscheidung über Obsorge und Besuchsrecht im internationalen Vergleich. Ein rechtsvergleichender Zugang soll verdeutlichen, welche Vorstellungen der gegenwärtigen österreichischen Regelung zugrunde liegen und welche Regelungsaspekte fremder Rechtsordnungen es wert sein könnten, bei einer künftigen Gesetzesänderung berücksichtigt zu werden. Anschließend wird die Frage bedacht, ob durch ein Unterlassen der Anhörung des Kindes in einem fremden Mitgliedstaat „wesentliche verfahrensrechtliche Grundsätze“ Österreichs verletzt sein könnten, in welcher Folge nach der Bestimmung des Art 23 lit b) der Verordnung „Brüssel IIa“ die Entscheidung des fremden Mitgliedstaats von Österreichischen Gerichten nicht anzuerkennen wäre.

Rechtsvergleichender Zugang und Gegenstand der Untersuchung

Weil Zweck und Methode der Rechtsvergleichung ganz unterschiedlich verstanden werden können,¹ kommt eine rechtsvergleichende Arbeit kaum ohne einleitendes Bekenntnis zum eigenen Zugang aus. Der vorliegende Beitrag versteht sich als Versuch einer *adäquaten Rechtsvergleichung*.² Adäquate Rechtsvergleichung nimmt ihren Ausgang in der *Theorie der funktionalen Äquivalenz*³, deren *postmoderner Kritik*⁴ sie durch weitgehende Transparenz zu begegnen versucht, um Reflexion und Diskurs und in dieser Folge ein besseres Verständnis für nachfolgende Untersuchungen zu ermöglichen.

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Frage, wie die Wünsche und Meinungen eines Kindes anlässlich der Trennung seiner Eltern berücksichtigt werden (können/sollen), wenn es vor Gericht darum geht, wer für das Kind verantwortlich sein soll und wann das Kind wie mit welchem Elternteil Kontakt haben kann. Die Berücksichtigung der Wünsche und Meinungen des Kindes im gerichtlichen Verfahren steht – nach Annahme des Autors – in folgendem Spannungsverhältnis, das es von der Rechtsordnung zu bewältigen gilt:

Auf der einen Seite steht das Selbstbestimmungsrecht (auch) junger Menschen, sich zu ihren Angelegenheiten zu äußern und mit ihren Interessen durchzusetzen. Dieser Gedanke liegt auch verschiedenen internationalen Instrumenten (vgl Art 6 Abs 1 EMRK und Art 3 bis 6 Kinderrechteausübungskonvention) zugrunde. Entsprechend kann es für ein erkennendes Gericht von entscheidender Hilfe bei der Beurteilung des Kindeswohls sein, das Kind selbst zu seinen eigenen Interessen zu hören. Ferner vermag es in entwick-

lungspsychologischer Hinsicht auf das Kind (*auch*) vorteilhaft sein, dieses am Entscheidungsfindungsprozess teilhaben zu lassen. Dabei kann das Kind allenfalls in geeigneter Weise unterstützt werden.

Auf der anderen Seite bestehen *Bedenken* hinsichtlich der Einbeziehung des Kindes in das gerichtliche Verfahren insofern, als das Kind in einen Loyalitätskonflikt (Entscheidung zwischen Elternteilen) gestürzt werden kann, der seinem Wohl abträglich ist. Die Anhörung des Kindes kann einen Keil in das Verhältnis zwischen Eltern und Kind treiben, insb wenn

Die Stellung des Kindes bei der Entscheidung über Obsorge und Besuchsrecht im internationalen Vergleich

Marco Nademleinsky

das Kind als „Spielball“ der Eltern missbraucht wird. Weiters steht zu bedenken, dass vom Kind gegebenenfalls keine „freie Meinungsäußerung“ erwartet werden kann. Schließlich kann auch argumentiert werden, dass gerichtliche Verfahren allgemein und umsomehr für Kinder belastend sind, weshalb sie möglichst davon verschont bleiben sollten.

Wo die Grenze zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Kindes einerseits und seinem Anspruch auf Freiheit von Belastung und Verantwortung andererseits gezogen wird, wird im Folgenden anhand der gewählten Vergleichsrechtsordnungen untersucht. Aus dem Ergebnis lässt sich sodann auf die Positionierung Österreichs in diesem Spannungsverhältnis rückschließen.

Länderteile

Frankreich

Zuständig für die Entscheidung über die elterliche Verantwortung (*autorité parentale*), darunter fallen auch Besuchskontakte bzw die Aufenthaltsbestimmung (*droit de visite et*

1) Für einen Überblick vgl jüngst *Ofner*, Gesetzliche Vertretung für psychisch Kranke und geistig Behinderte im internationalen Vergleich, ÖJZ 2005, 775.

2) Vgl *van Erp*, European Private Law: Post-modern Dilemmas and Choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis, EJCL, vol. 3.1., August 1999.

3) Die vornehmlichen Vertreter der Theorie der funktionalen Äquivalenz, *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 33ff, gehen davon aus, Recht sei ein Instrument zur Lösung und Regelung sozialer Bedürfnisse, weshalb ein sozialer Regelungsbedarf und dessen rechtliche Lösungen in verschiedenen Ländern verglichen werden können. Unterschiede in den Lösungen seien auf andere soziale Bedürfnisse oder andere politische Zielsetzungen zurückzuführen.

4) Vgl zB *Legrand*, The same and the different, in: Legrand, Munday (ed), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, 240 ff. Kritisiert wird ua, dass „soziale Probleme“ und deren Lösungsbedürftigkeit von Beobachtern/Autoren konstruiert werden und als Basis eines Rechtsvergleichs kaum Gültigkeit beanspruchen können. Dieser Einwand wird zT wiederum heftig („Metaphysik“) zurückgewiesen, vgl *Markesinis*, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis (2004), 51ff.

hébergement; vgl Art 373-2-1 Abs 2 CC) ist in Frankreich das „*tribunal de grande instance*“, und zwar genauer der oder die *juge aux affaires familiales* (Art 373-2-6 CC). Der oder die FamilienrichterIn kann von beiden Elternteilen unmittelbar, ohne Einschaltung einer anwaltlichen Vertretung, angerufen werden, sowie vom Staatsanwalt (*ministère public*), welcher wiederum von jedem Dritten angerufen werden kann; eine Anrufung durch das Kind direkt ist nicht vorgesehen (Art 373-2-8 CC). Lediglich im Fall einer Kindeswohlgefährdung kann das Kind selbst das Gericht anrufen, und zwar den ebenfalls beim „*tribunal de grande instance*“ beheimateten „*juge des enfants*“ (Art 375 CC).⁵

Die Anhörung des Kindes im Verfahren über Sorgerecht oder Besuchsrecht verschafft ihm keine Parteistellung (Art 388-1 Abs 3 CC). Ihm kommt daher auch kein Recht zu, gegen einen Beschluss Rekurs zu erheben bzw eine Änderung der Entscheidung herbeizuführen.⁶ Eine Abänderung der Entscheidung kann jedoch jederzeit auf Antrag eines Elternteils sowie auf Antrag des Staatsanwalts (*ministère public*) erfolgen, welcher von jedem Dritten, daher auch vom Kind, angerufen werden kann (Art 373-13 CC).

Bevor das Gericht im Verfahren betreffend die *l'autorité parentale* eine Entscheidung trifft, hat es, unter anderem, auch auf die vom Kind geäußerten Wünsche (*sentiments*) Bedacht zu nehmen; bei seiner Entscheidung ist das Gericht an die Wünsche des Kindes jedoch nicht gebunden (Art 373-2-11 No 2 CC).

Um die Wünsche des Kindes in Erfahrung zu bringen, kann eine persönliche Anhörung bzw Anhörung durch eine vom Gericht bestellte Person erfolgen, und/oder das Gericht kann eine *enquête sociale* („Sozialstudie“) veranlassen; eine persönliche Anhörung durch das Gericht ist nicht zwingend, sondern es genügt, dass das Kind beispielsweise im Rahmen der „Sozialstudie“ angehört wird.⁷

Die Anhörung durch das Gericht selbst oder durch eine vom Gericht bestellte Person ist nur dann möglich, wenn der Minderjährige „einsichtsfähig“ (*capable de discernement*) ist (Art 388-1 Abs 1 CC). Selbst dann ist sie nicht zwingend (s.o.). Der einsichtsfähige Minderjährige kann jedoch seine Anhörung beantragen; in diesem Fall kann die Anhörung nur aufgrund einer mit besonderen Gründen versehenen Entscheidung des Gerichts unterbleiben (Art 388-1 Abs 2 CC). Wird das Kind angehört, ist das Gericht zwar an die vom Kind geäußerten Wünsche nicht gebunden, doch muss es im Urteil erwähnen, inwiefern die Wünsche bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden (Art 388-1 Abs 2 CC). Wann ein Kind als „einsichtsfähig“ gilt, ist nicht näher bestimmt. Nach der Vorläuferbestimmung (vor 8.1.1993) war das Kind zu hören, wenn es 13 Jahre alt war, sodass sich die Gerichte nach wie vor an diesem Alter orientieren dürften.⁸ Der (einsichtsfähige) Minderjährige kann alleine angehört werden, oder er kann einen Anwalt oder eine andere Person seiner Wahl hinzuziehen. Entspricht die Wahl nicht dem Wohl des Minderjährigen, so

kann der Richter eine andere Person ernennen. (Art 388-1 Abs 2 letzter Satz CC).

Erweist sich im Verfahren, dass die Interessen des Kindes im Gegensatz zu jenen seiner (beiden) Eltern stehen, so kann das Gericht dem Kind zu seiner Vertretung einen „Verwalter ad hoc“ (*administrateur ad hoc*) bestellen (Art 388-2 CC). Dem Verwalter kommen nicht mehr Rechte zu, als dem Kind selbst; er kann daher auch keinen Rekurs erheben.⁹ Der Verwalter kann jedoch für das Kind eine anwaltliche Vertretung für das laufende Verfahren bestellen.¹⁰

Für die „Sozialstudie“ kann das Gericht eine qualifizierte Person beauftragen, welche die familiäre Situation erforscht und dem Gericht berichtet (Art 373-2-12 Abs 1 CC). Über den Bericht hat das Gericht die Parteien in Kenntnis zu setzen (Art 1072 Abs 4 Nouveau Code de Procedure Civile). Widerspricht ein Elternteil den Schlussfolgerungen der „Sozialstudie“, ist auf sein Verlangen eine „Gegenstudie“ durchzuführen (Art 373-2-12 Abs 2 CC). Die „Sozialstudie“ darf nicht im Scheidungsverfahren verwendet werden (Art 373-2-12 Abs 3 CC).

Belgien

In Belgien kommt die grundsätzliche Zuständigkeit für die Entscheidung über Sorgerecht (*l'autorité parentale*) oder Besuchsrecht (*droit de visite*) dem Jugendgerichtshof (*le tribunal de la jeunesse*) zu (Art 387 bis CC). Berechtig, den Gerichtshof anzurufen, sind Mutter und Vater, oder einer von beiden, sowie die Staatsanwaltschaft (*procureur du Roi*); das Kind ist nicht antragsberechtigt (Art 387 bis CC).

Für die Anhörung des Kindes findet sich eine generelle Regel (Art 931 *Code Judiciaire*) sowie die spezielle Regel des Art 56 bis Jugendschutzgesetz (*wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming; loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse*). Das Gericht ist an die vom Kind geäußerten Wünsche und Bedürfnisse nicht streng gebunden, sondern hat zuvorderst im Kindeswohl (*l'intérêt de l'enfant*) zu entscheiden.¹¹

Nach Art 56 bis Jugendschutzgesetz hat der Jugendgerichtshof im Verfahren betreffend die *autorité parentale* oder das *droit de visite* den Minderjährigen von mindestens 12 Jahren persönlich zu hören. Die Anhörung erfolgt durch den oder die RichterIn selbst (Art 931-3 *Code Judiciaire*) an einem dafür geeigneten Ort (Art 931-7 Satz 2 *Code Judiciaire*). Die Parteien und ihre Vertreter sind bei der Anhörung nicht zugelassen (Art 931-3 *Code Judiciaire*).¹² Das Gericht kann sich zur Unterstützung bei der Anhörung des Kindes einer geeigneten Person bedienen (Art 931-6 *Code Judiciaire*), etwa eines Arztes oder Psychologen.¹³ Die Anhörung ist im Gerichtsakt aufzunehmen, in den die Parteien Einsicht nehmen, von dem sie sich aber keine Kopie anfertigen dürfen (Art 931-7 letzter Satz *Code Judiciaire*).¹⁴

Von der notwendigen Anhörung des mindestens 12-jährigen Kindes abgesehen, kann der Minderjährige, auf eigenen Antrag oder auf Beschluss des Gerichts, gehört werden,

5) Kommentar zum Code Civil, 103e ed., Dalloz (2004), Art 375 mwN.

6) Dalloz, Art 388-2 No 3 mwN.

7) Dalloz, Art 373-2-11 No 2 mwN.

8) Dalloz, Art 373-2-11, Art 388-1 mwN.

9) Dalloz, Art 388-2 No 3 mwN.

10) TGI La Roche-sur-Yon, 29.7.1993, Bull. Inc. C. Cass, 1.3.1994, No 302.

11) Van Gysel, Précis de Droit de la Famille, Bruylant, Bruxelles 2004, 656 mwN.

12) Van Gysel, aaO, 663.

13) Van Gysel, aaO, 657.

14) Van Gysel, aaO, 664.

Hinteregger
Familienrecht

3. Auflage
 2005, 206 Seiten, br., 3-7046-4517-6, € 20,-

- Umfassende Darstellung des Ehe- und Kindschaftsrechts
- Problemorientiert und praxisnah
- Ausführliche Judikatur- und Literaturhinweise
- Außerstreitgesetz sowie Familien- und Erbrechts- Änderungsgesetz 2004 eingearbeitet

Univ.-Prof. Dr. Monika Hinteregger,
 Karl-Franzens-Universität Graz



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



sofern er einsichtsfähig (*mineur capable de discernement*) ist (Art 931-3 *Code Judiciaire*). Wann ein Minderjähriger „einsichtsfähig“ ist, obliegt der Ermessensentscheidung des Gerichts; die Rsp schwankt zwischen 7 und 12 Jahren.¹⁵ Der Beschluss des Gerichts ist keinem Rechtsmittel zugänglich (Art 931-3 letzter Satz *Code Judiciaire*). Die Eltern können die Anhörung des Kindes nicht beantragen.¹⁶

Hat der Minderjährige die Anhörung beantragt, so kann sie das Gericht nur mit der besonderen Begründung ablehnen, wonach der betroffene Minderjährige im konkreten Fall (doch) nicht einsichtsfähig sei; auch dieser Beschluss des Gerichts ist keinem Rechtsmittel zugänglich (Art 931-4 *Code Judiciaire*). Wird die Anhörung gem Art 931 *Code Judiciaire* vom Gericht angeordnet, kann sie der Minderjährige ablehnen (Art 931-5 *Code Judiciaire*).

Daneben haben Minderjährige ab 14 Jahren das Recht, in sie betreffenden Verfahren im Gerichtssaal anwesend zu sein; dasselbe gilt für (von einem Elternteil, Vormund oder einer sonstigen Aufsichtsperson) begleitete Minderjährige unter 14 Jahren (Art 75-1 Jugendschutzgesetz). In allen Fällen kann das Gericht jedoch den Minderjährigen von der Anwesenheit im Gerichtssaal ausschließen, insbesondere aus Gründen, die den Charakter der Verhandlung betreffen oder in den Umständen der Anwesenheit des Minderjährigen liegen (Art 75-2 Jugendschutzgesetz).

Durch die Anhörung wird der Minderjährige keine Partei (Art 931-7 *Code Judiciaire*). Daher kann er, anderes als eine Partei, sich weigern, gehört zu werden, kann unter Ausschluss der Anwesenheit der Parteien gehört werden und braucht nicht unter Eid auszusagen.¹⁷

Der Staatsanwaltschaft obliegt es, im Verfahren die Interessen des Kindes zu vertreten; zu diesem Zweck ist sie notwendige Partei des Verfahrens (Art 138-2 CC, Art 387 bis CC). Das Gericht kann, sofern es nach seiner Ansicht die Interessen des Kindes erfordern, dem Kind einen „Assistenten“ (Anwalt, oder auch Sozialarbeiter, Psychologe oder andere Vertrauensperson) bestellen (Art. 931-6 *Code Judiciaire*).¹⁸

Um Entscheidungsgrundlagen zu erhalten, kann das Gericht die Staatsanwaltschaft zur Beweiserhebung bzw Beratung auffordern, sowie eine Sozialstudie (*etude sociale*) durch eine Jugendwohlfahrtsbehörde in Auftrag geben (Art 872-1, Art 1280 *Code Judiciaire*); letztere enthält auch Entscheidungsvorschläge.¹⁹ Die Ergebnisse sind den Parteien zur Kenntnis zu bringen (Art 872-2 *Code Judiciaire*).

England

Die gerichtliche Zuständigkeit für Entscheidungen im Zusammenhang mit einer Trennung der Eltern liegt im Allgemeinen beim Scheidungsgericht erster Instanz (*divorce county court*).

15) Van Gysel, aaO, 660. Gerlo, Handboek voor Familierecht (1. Personen- en Familie-recht), die keure (2003) S 125f, 290f.

18) Van Gysel, aaO, 663.

19) Van Gysel, aaO, 656f.

Diese behandeln ua sogenannte *Section 8 orders*, darunter fällt zB eine „*contact order*“ oder eine „*residence order*“.

Section 8 orders können von einem Elternteil oder Vormund des Kindes beantragt werden, oder von einer Person, zu deren Gunsten eine *residence order* besteht (Children Act 1989 Sec. 10-4). Sie können ferner von einem Minderjährigen selbst beantragt werden, sofern dieser i) anwaltlich vertreten ist, vorausgesetzt der Anwalt befindet, *[the] minor is able, having regard to his understanding, to give instructions in relation to the proceedings*, oder ii) dazu die Erlaubnis des Gerichts (*leave of the court*) hat (rule 9.2A-1 *Family Proceedings Rules*). Das Gericht hat die Erlaubnis zu erteilen, sofern es befindet, dass der Minderjährige ausreichendes Verständnis besitzt, um Partei des Verfahrens sein zu können; diesfalls kann dem Kind nicht auferlegt werden, sich durch einen *guardian ad litem* vertreten zu lassen (*sufficient understanding to participate as a party*, rule 9.2A-6 *Family Proceedings Rules*). Wann ein Kind „ausreichendes Verständnis“ zur selbständigen Verfahrensführung besitzt, ist umstritten; die Rsp hat beispielsweise die Einsichtsfähigkeit einer 11-jährigen verneint und jene einer 13-jährigen bejaht.²⁰

Selbst wenn das Kind eine Partei des Verfahrens ist, findet die Verhandlung unter Ausschluss seiner Anwesenheit statt, sofern dies in seinem Interesse geboten ist und er oder sie durch einen *guardian ad litem* oder einen Anwalt (*solicitor*) vertreten ist (rule 4.16(2) *Family Proceedings Rules*). Die Rechtsprechung hält die Teilnahme eines Minderjährigen am Verfahren für überwiegend entbehrlich bis schädlich,²¹ wie etwa folgender Auszug aus *RE C (a minor)*²² zeigt:

„The practical workings out of the Children Act 1989 are still at a very early stage, and it is no time for anyone to be dogmatic. I do feel justified in saying, however, that I think it would be a pity if the presence of children as young as this [Anmerkung des Autors: 13] at the hearing of High Court appeals from magistrates in family proceedings were to be allowed to develop unquestioningly into a settled practice. Most of the children concerned in care proceedings have only become involved in the first place because of some past or anticipated experience which threatens the stability and lightness of heart which could be called the natural birthright of every child. I would have thought myself that to sit for hours, or it may even be days, listening to lawyers debating one’s fu-

ture is not an experience that should in normal circumstances be wished upon any child as young as this.“

Sofern das Kind keine Partei des Verfahrens ist, wird es von einem *guardian ad litem* vertreten; dieser wiederum bestellt einen Anwalt (*solicitor*) für das Kind (rules 4.10 – 4.12 *Family Proceedings Rules*). Bei dem *guardian ad litem* handelt es sich idR um einen qualifizierten Sozialarbeiter, welcher von der gerichtsnahen Behörde CAF/CASS – *children and family court advisory and support service* (vgl Criminal Justice and Court Services Act 2000, Chapter 43) – gestellt wird; die Kosten der Vertretung durch den Mitarbeiter CAF/CASS’ trägt die Behörde selbst.²³ Der Mitarbeiter von CAF/CASS erhebt die Umstände des Falls, erläutert dem Kind das Vorgehen und berät das Gericht über die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes; er arbeitet ferner eng mit dem *solicitor* des Kindes zusammen (vgl rule 4.11 *Family Proceedings Rules*).

In jedem Fall hat das Gericht, wenn es über einen Antrag auf eine *Section 8 order* zu entscheiden hat, (neben anderen Faktoren) die feststellbaren Wünsche und Bedürfnisse des Kindes, gemessen an seinem Alter und seiner Einsichtsfähigkeit, zu berücksichtigen (Sec 1(3) (a) Children Act 1989). Zu diesem Zweck hat das Gericht einen Mitarbeiter von CAF/CASS (allenfalls auch eine lokale Behörde) damit zu beauftragen, *to report to the court on such matters relating to the welfare of that child as are required to be dealt with in the report* (Sec 7(1) Children Act 1989).

Ob das Gericht selbst das Kind anhört, liegt in seinem Ermessen.²⁴ Im Fall einer Anhörung ist das Gericht jedoch verpflichtet, das Ergebnis den Eltern offenzulegen; weil dies aus der Sicht des Kindes als Verantwortung für die Entscheidung des Gerichts aufgefasst werden könnte, sei von der persönlichen Anhörung mit großer Vorsicht Gebrauch zu machen, so das Gericht in *B v B (MINORS)*.²⁵

Die Anhörung des Kindes durch das Gericht selbst ist folglich zwingend nur, wenn das Kind als Partei des Verfahrens zuzulassen ist, es sich aufgrund seiner Verständnissfähigkeit selbst vertreten kann und sein Ausschluss von der Verhandlung nicht in seinem Interesse geboten ist.

Deutschland

Zuständig für Verfahren betreffend die elterliche Sorge sowie die Regelung des Umgangs mit einem Kind ist in Deutsch-

20) Cretney, Masson, Bailey-Harris, Principles of Family Law, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 2002, pg 512f mit repräsentativen Nachweisen der Rsp.

21) Vgl Cretney, Masson, Bailey-Harris, aaO, pg 515 mwN.

22) Family Division [1993] 1 FLR 832,

23) Cretney, Masson, Bailey-Harris, aaO, pg 514 mwN.

24) RE R (A MINOR) Court of Appeal (Civil Division) [1993] 2 FLR 163, [1993] 2 FCR 525, [1993] Fam Law 460: „... (3) A judge’s decision whether or not personally to interview a child was above all a question for the exercise of a judicial discretion.“ Anm.: knapp 10-jähriger Sohn als Spielball zwischen Vater und religiöser Sekte.

25) Court of Appeal (Civil Division) [1994] 2 FLR 489, [1994] 2 FCR 667: ... (2) The judge had made it clear to the children that he could not promise them that he would not disclose to their parents what they said to him. He went further and told the children that there could be no secrets relating to what they had talked about and that he had to tell both parents what they said. The judge had a discretion to see the children, and he exercised that discretion entirely properly. (3) There was, however, an inherent contradiction in seeing the children for the purpose of ascertaining their wishes whilst being required to report to their parents anything material which they said. A child could only express true feelings if promised absolute confidentiality, yet that was the one promise which the judge could not give. (4) For these reasons, discretion to see children should be exercised cautiously and should in

no sense be automatic or routine. It should be exercised after hearing submissions from the parties and there had to be good reasons for the judge to see a child. (5) The ascertainment of a child’s wishes and feelings was, where relevant, the province of the court welfare officer or the guardian ad litem, who could then be cross-examined in the normal way. It was preferable for interviews with children to take place once the evidence in the case had been completed, but before the speeches. This course of action did not preclude further evidence or the need for counsel to take instructions. (6) When the court did exercise its discretion to see a child, it was of the utmost importance to make it clear to the child that it was the court which had to make the decision and that the responsibility for the decision was in no sense that of the child.

Dearing/Haller (Hg.)

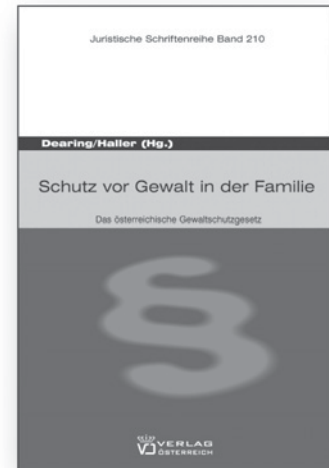
Schutz vor Gewalt in der Familie

Das österreichische Gewaltschutzgesetz

2005, 390 Seiten, br., 3-7046-4732-2, € 43,-

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

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



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

VERLAG
 ÖSTERREICH

land die Abteilung für Familiensachen beim Amtsgericht (§ 23b Gerichtsverfassungsgesetz). Das Kind ist im Verfahren keine Partei und hat daher auch kein eigenes Antragsrecht.²⁶ Ab Vollendung des 14. Lebensjahres kann das Kind jedoch ohne rechtliche Vertretung ein Rechtsmittel erheben (§ 59 Abs 1 FGG).

Das Gericht kann dem Kind einen Verfahrenspfleger („Anwalt des Kindes“) bestellen, sofern dies zur Wahrnehmung der Kindesinteressen erforderlich ist (§ 50 Abs 1 FGG). Dies ist regelmäßig ua dann der Fall, wenn Kind und Elternteil gegensätzliche Interessen haben (§ 50 Abs 2 FGG), vorwiegend bei Uneinigkeit der Eltern.²⁷ Sieht in einem solchen Fall das Gericht von einer Bestellung des Verfahrenspflegers ab, so hat es dies besonders zu begründen (§ 50 Abs 2 IS FGG). Die Bestellung soll unterbleiben, wenn das Kind anwaltlich (oder sonst geeignet) vertreten ist (§ 50 Abs 3 FGG). Der Aufwandsersatz und die Vergütung des Pflegers sind stets aus der Staatskasse zu zahlen (§ 67a Abs 5 FGG). Darüber, welche Aufgabe dem Verfahrenspfleger zukommt (Wahrung objektiven Kindeswohls oder einseitige Interessenvertretung des Kindes) herrscht Unklarheit; entsprechend werden von den Gerichten auch unterschiedliche Personen für diese

Aufgabe herangezogen (Sozialarbeiter, Kinderpsychologen, aber auch Mitarbeiter von Jugendämtern oder in einem Fall gar ein Privatdetektiv).²⁸ Durch die Möglichkeit, für das Kind einen Verfahrenspfleger zu bestellen, habe der dt Gesetzgeber seine grundgesetzliche Pflicht zum Schutz der von einem Konflikt mit ihren Eltern betroffenen Kindern ausreichend erfüllt.²⁹

Das Anhörungsrecht des Kindes ist grundgesetzlich verankert.³⁰ Die Anhörung ist stets geboten im Verfahren über die Personensorge (insb Sorgerecht und Umgang) „wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn es zur Feststellung des Sachverhalts angezeigt erscheint, daß sich das Gericht von dem Kind einen unmittelbaren Eindruck verschafft“, sowie wenn das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat (§ 50b Abs 1, 2 Satz 1 FGG). Von der Anhörung kann das Gericht nur aus schwerwiegenden Gründen absehen (§ 50b Abs 3 FGG), bspw wenn das Kind über strafrechtlich relevantes Verhalten (sexueller Missbrauch) der Eltern aussagen müsste oder auf ärztliches Abraten.³¹

Zweck der Anhörung ist die Ermittlung der Bedürfnisse und Wünsche, sowie des Willens des Kindes.³² Eine generelle

26) BVerfG vom 20.8.2004, FamRZ 2004, 86; 28) Hannemann/Kunkel, Der Verfahrenspfleger – das unbekannte Wesen, FamRZ 2004, 1833.
 27) Coester/Staudinger § 1671 Rn 290f mwN; 29) BVerfG vom 20.8.2004, 1 BvR 63/02, FamRZ 2004, 86.
 30) BVerfG vom 14.8.2001, FamRZ 2002, 229.
 31) Coester/Staudinger § 1666 Rn 218 mwN.
 32) Coester/Staudinger § 1666 Rn 217 mwN.

Untergrenze für die Anhörung des Kindes gibt es nicht; auch 3-jährige Kinder sind idR anzuhören.³³ Die Anhörung findet durch den Richter oder die Richterin selbst statt, im Gericht oder auch in der Wohnung des Kindes oder an einem anderen geeigneten Ort.³⁴ Die Anwesenheit der Eltern bei der Anhörung kann in begründeten Fällen ausgeschlossen werden, die Verfahrensbevollmächtigten der Eltern nehmen an der Anhörung nicht teil; das Ergebnis ist zu protokollieren und den Eltern zur Kenntnis zu bringen.³⁵

Vor seiner Entscheidung hat das Gericht das Jugendamt zu hören (§ 49a FGG). Diesem kommt eine eigenständige Funktion bei der Ermittlung der sozialen und erzieherischen Situation in der Familie zu; es gerät jedoch durch seine Berichtspflicht an das Gericht in ein Spannungsverhältnis zu seiner Beratungspflicht gegenüber den Familien.³⁶ Das Gericht kann auch einen Sachverständigen als „Erkenntnishilfe“ bemühen.³⁷

Ergebnis

Gemeinsam ist den untersuchten Rechtsordnungen, dass sie allesamt auf die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes in der ein oder anderen Form Bedacht nehmen, diese aber nicht als allein ausschlaggebend erklären. Dies entspricht der Rechtslage in Österreich (§ 178a ABGB).³⁸ Hier enden auch schon die Gemeinsamkeiten.

Die Unterschiede zeigen sich zunächst bei der Frage, ob die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes zwingend vom Richter oder der Richterin selbst in Erfahrung gebracht werden müssen (Ausdruck der Selbstbestimmtheit des Kindes), oder mit der Anhörung des Kindes in anderer Weise das Auslangen gefunden wird (Anspruch des Kindes auf Freiheit von Belastung und Verantwortung):

In Frankreich und England ist die Anhörung durch das Gericht selbst nicht zwingend vorgesehen. In England steht man ihr sogar besonders skeptisch gegenüber, weil befürchtet wird, das Kind könnte durch die Verantwortung für seine Aussage, also dessen unmittelbare Wirkung auf den entscheidenden Richter, besonders belastet werden. Hingegen muss in Belgien die Meinung des mindestens 12-jährigen Kindes vom Gericht selbst in Erfahrung gebracht werden. Auch in Deutschland ist die Anhörung durch das Gericht selbst zwingend, idR auch schon bei ganz kleinen Kindern.

Diese Unterschiede verdeutlichen sich anhand der Frage, wann die Anhörung durch das Gericht selbst überhaupt in Frage kommt. In Deutschland bildet die Anhörung die Regel, bloß „schwerwiegende Gründe“ im Einzelfall können dagegen sprechen. In Belgien ist die Anhörung des Kindes ab 12 die Regel, für Kinder unter diesem Alter bildet sie die Ausnahme und ist nur bei „Einsichtsfähigkeit“ des Kindes (ca 7 Jahre) auf dessen Verlangen oder Beschluss des Gerichts möglich. In Frankreich und England ist die Anhörung durch

das Gericht selbst nur dann möglich, wenn das Kind „einsichtsfähig“ (ca ab 12-13 Jahren) ist; das Kind muss die Anhörung in diesem Fall selbst verlangen.

Indem Österreich die persönliche Anhörung des Kindes ab 10 Jahren durch das Gericht selbst im Regelfall zwingend vorsieht (§ 105 Abs 1 S 1 AußStrG),³⁹ ordnet es sich zwischen Belgien und Deutschland ein und erweist sich damit als eher „gerichtsfreundlich“ bzw misst dem Selbstbestimmungsrecht des Kindes vergleichsweise hohen Stellenwert bei.

Diese Einschätzung bestätigt sich mit Blick auf Parteistellung und Verfahrensfähigkeit des Kindes. Während Österreich (unter sorgfältiger, vielleicht überspannter Beachtung von Art 6 Abs 1 EMRK) dem Kind Parteistellung und ab 14 Jahren eigene Verfahrensfähigkeit zuerkennt,⁴⁰ ist in Frankreich, Belgien und Deutschland das (auch mündige) Kind keine Partei des Verfahrens; vielmehr wird mit Anregungsrechten des Kindes bzw seiner Vertretung durch Staatsanwalt oder Verfahrenspfleger das Auslangen gefunden. England macht die Parteistellung und Verfahrensfähigkeit des Kindes von seiner Verständnisfähigkeit abhängig, ein Ansatz, den der österr Gesetzgeber als „zu aufwendig und langwierig“⁴¹ empfand und „mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit nicht vereinbar“.⁴²

Die in Österreich wertgeschätzte Selbstbestimmung des Kindes und das Vertrauen in die Gerichte, das Kind nicht über Gebühr zu belasten, scheint sich darin fortzusetzen, dass auf eine (alternative) professionelle Unterstützung des Kindes – in Form eines „Kinderanwalts“ – verzichtet wird. Österreich verschließt sich damit dem internationalen Trend.⁴³ Jede der untersuchten Vergleichsrechtsordnungen sieht eine solche Unterstützung des Kindes in ein oder anderer Form vor. Als problematisch wird idZ mitunter (in England oder Deutschland) empfunden, dass die Funktion zur Unterstützung oder Vertretung des Kindes nicht (organisatorisch) klar von jener der Beratung des Gerichts abgegrenzt wird. Dieser Aspekt wäre im Falle einer einschlägigen Gesetzesänderung zu bedenken.

Zur Aufbereitung der Entscheidungsgrundlagen des Gerichts ist in Belgien und Frankreich die Möglichkeit vorgesehen, eine „Sozialstudie“ in Auftrag zugeben (in Frankreich dürfte dies die Regel sein, da damit die Anhörung durch das Gericht selbst unterbleiben kann) während in England und Deutschland zwingend eine „Jugendbehörde“ zu befragen ist. Jene Länder, in denen das Kind nicht zwingend durch das Gericht anzuhören ist, messen den „alternativen“ Foren zur Anhörung des Kindes größeren Wert bei (in Frankreich die *enquête sociale*; England hat in Form von CAF/CASS einen eigenen Behördenapparat zur Unterstützung des Gerichts in Kinder betreffenden Verfahren ins Leben gerufen). Die österr Rechtsordnung kennt in diesem Zusammenhang die verpflichtend einzuholenden „Jugendamtsberichte“ (§ 106 AußStrG), deren

33) Coester/Staudinger § 1666 Rn 217 mwN; mwN.
 Rauscher/Staudinger § 1684 Rn 396 mwN.
 34) Coester/Staudinger § 1671 Rn 283 mwN; 2.
 Rauscher/Staudinger § 1684 Rn 397f mwN.
 35) Coester/Staudinger § 1671 Rn 269; Rauscher/Staudinger § 1684 Rn 399.
 36) Coester/Staudinger § 1671 Rn 284 mwN.
 37) Coester/Staudinger § 1671 Rn 286f

38) Weitzenböck in Schwimann³ § 178a Rn
 39) Eine Evaluationsstudie zum KindRÄG 2001 hat jüngst gezeigt, dass die über 10-jährigen „doch recht häufig von den RichterInnen selbst“ angehört werden, vgl Kränzl-Nagl/Pelikan, Wie das KindRÄG 2001 genutzt und wie es gehandhabt wird, FamZ 05/2006, 52.

40) RV 296 BlgNR 21. GP, 84f; Mayr/Fucik, Das neue Verfahren außer Streitsachen (2004), Rn 408ff.
 41) RV 296 BlgNR 21. GP, 85.
 42) RV 296 BlgNR 21. GP, 32.
 43) Bewusst, vgl RV 296 BlgNR 21. GP, 85, jedoch mit fraglicher Begründung: „Kinder- bzw Jugendanwälte ... würden das Pflegschaftsverfahren 'heillos überfrachten'“.

Gewicht für die Entscheidungsfindung des Gerichts empirisch zu überprüfen wäre.

Genauere Aussagen lassen sich treffen zur Art und Weise der Anhörung des Kindes durch das Gericht selbst. Auffällig ist hier die Regelung in Belgien, wonach die Parteien und ihre Vertreter bei der Anhörung generell nicht zugelassen, sondern auf die Akteneinsicht verwiesen sind. Deutschland schließt die Parteienvertreter von der Anwesenheit bei der Befragung des Minderjährigen kategorisch aus. Frankreich und England sehen die Möglichkeit zur getrennten Anhörung des Kindes vor, wobei die Eltern über das Ergebnis zu informieren sind.

In Österreich ist die Durchführung der Befragung (durch das Gericht selbst) unregelt. Ist das Kind Partei, so hat das „Gericht ... – zB durch entsprechende Anleitungen oder Belehrungen – dafür zu sorgen, dass ... [den mündigen Minderjährigen] eine effektive Wahrnehmung ihrer Parteirechte im gerichtlichen Verfahren auch tatsächlich möglich wird“.⁴⁴ Im Rahmen der Kindesbefragung soll nach den Materialien „die unbeeinflusste Meinung des Kindes ermittelt werden“, nähere Bestimmungen seien nicht zweckdienlich, weil es sich um ein „Problem der Ausbildung, des Einfühlungsvermögens und der Lebenserfahrung des betreffenden Gerichtsorgans [handle]... Allfällige Mängel ... [seien] durch Ausbildungsmaßnahmen zu beseitigen“.⁴⁵ Die Möglichkeit, das Kind alleine anzuhören, ist nicht ausdrücklich verankert, aber, auch auf dem Hintergrund der Materialien, zu bejahen. Bedenken wurden jedoch dahingehend geäußert, dass die pädagogischen Fähigkeiten des Gerichts begrenzt sind,⁴⁶ jedenfalls sind es dessen zeitliche Ressourcen.

Zusammenfassend ist dem internationalen Vergleich zu entnehmen, dass Österreich dem Selbstbestimmungsrecht des

Kindes deutlich mehr Gewicht zumisst, als seinem Interesse an Freiheit von Verantwortung und Belastung im Streit der Eltern um sein Wohl. Um Ausgewogenheit zu erreichen, wäre daher dafür zu plädieren, der gegenwärtigen Schwerpunktsetzung eine erhöhte Aufmerksamkeit auf die *Unterstützung* des Kindes im Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren folgen zu lassen.

Die Frage, ob durch die nicht zwingend vorgesehene Anhörung des Kindes durch das Gericht selbst – bspw in Frankreich und England – „wesentliche verfahrensrechtliche Grundsätze“ Österreichs verletzt sein könnten, in welcher Folge gemäß der Bestimmung des Art 23 lit b) der Verordnung „Brüssel IIa“ die Entscheidung eines fremden Mitgliedstaats von österreichischen Gerichten nicht anzuerkennen wäre, kann in aller Regel verneint werden. Auch Österreich nimmt auf „Entwicklung“ und „Gesundheitszustand“ des Kindes bei der Frage nach seiner Anhörung durch das Gericht selbst Bedacht. Die vorgesehene Anhörung des 10-jährigen Kindes darf nur als Richtschnur verstanden werden; in Belgien liegt sie bei 12 Jahren, in Deutschland in aller Regel weit unter 10 Jahren. Insofern ergibt sich für Österreich im Vergleich zu Frankreich und England, das die Anhörung nur auf Verlangen des einsichtsfähigen Kindes vorsieht, lediglich eine Umkehr von Regel und Ausnahme.

Univ.-Ass. Dr. Marco Nademleinsky ist Assistent am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, Abteilung für IPR, Rechtsvergleichung und Einheitsrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien; marco.nademleinsky@univie.ac.at

44) RV 296 BlgNR 21. GP, 32.

45) RV 296 BlgNR 21. GP, 87.

46) Vgl. Scheiber, Braucht Österreich eine Richterakademie?, Juridikum 2002, 186.

Die Neuregelungen des KindRÄG 2001, insbesondere die Obsorge beider Eltern, wurden in einer vom Bundesministerium für Justiz 2005 in Auftrag gegebenen Studie evaluiert. Die Ergebnisse der von der Arbeitsgemeinschaft für Psychoanalytische Pädagogik (APP)² (H. Figdor, J. Barth-Richtarz), dem Europäischen Zentrum für Wohlfahrtspolitik und Sozialforschung (EZ) (R. Kränzl-Nagl) und dem Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie (IRKS) (C. Pelikan) durchgeführten „Evaluationsstudie zum KindRÄG 2001“ liegen nun vor. Ziel der Studie war zum einen, die *Annahme* der neu geschaffenen Möglichkeit der Fortführung der Obsorge beider Eltern (ObE) auch nach der Scheidung durch betroffene Eltern und mit der Thematik befasste Berufsgruppen³ zu erheben. Zum anderen sollten die *Auswirkungen* der ObE auf die betroffenen familiären Systeme, also auf die Beziehungen beider Eltern zueinander und jene zu ihren Kindern, und die Auswirkungen auf das Kindeswohl, insbesondere auf die Entwicklungschancen der Kinder untersucht werden.

1. Die Annahme des Modells der Obsorge beider Eltern

In Deutschland folgte der Einführung der „gemeinsamen elterlichen Sorge (geS) als Regelfall“ gegenüber der vorherigen Regelung – geS als Möglichkeit – ein enormer Anstieg der geS auf etwa 65% (Proksch 2002: Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts.- Bundesanzeiger Verlag: Köln, 60). Bis heute dürfte dieser Anteil nochmals gestiegen sein.

Aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen war für Österreich ein weit geringerer Anteil zu erwarten, da die österreichische Rechtslage das Fortbestehen der ObE über die Scheidung hinaus an den Willen beider Elternteile knüpft, wohingegen in Deutschland der Elternteil, der die Alleinsorge für die Kinder anstrebt, nachweisen muss, dass die geS dem Kindeswohl abträglich ist.

Diese Überlegung lässt sich in folgenden Hypothesen formulieren:

Hypothese 1: Der Anteil der ObE wird gegenüber der alleinigen Obsorge (aO) eher gering sein.

Hypothese 2: Die ObE ist ein Modell, mit dem sich nur wenige Eltern identifizieren können, da es an den Bedürfnissen und Vorstellungen von geschiedenen Eltern über die weitere Gestaltung ihres Familienlebens vorbeigeht.

Hypothese 3: Die Wahl der ObE wird nur von Eltern getroffen, deren Beziehung sich trotz deren Scheidung durch ein geringes Konfliktniveau und daher größere Kommunikationsfähigkeit und Kooperationsbereitschaft auszeichnet.

Sollten diese Hypothesen zutreffen, hätte das bedeutsame Konsequenzen für die Interpretation einer Reihe von Befunden über die Auswirkungen der ObE: Es läge dann nämlich nahe,

einige der „Auswirkungen“ nicht auf die rechtliche Form der Obsorge, sondern auf die Qualität der Beziehung zwischen den Eltern zurückzuführen. Dies ist auch der Grund, warum von jenen ExpertInnen, die sich vom Rechtstitel ObE positive Auswirkungen für die Kinder erwarten, die österreichische Gesetzesregelung (im Vergleich zu jener in Deutschland) als „zahnlos“, weil weitgehend unwirksam kritisiert wurde.

Zu unserer großen Überraschung wurden jedoch alle drei Hypothesen durch die erhobenen Daten widerlegt:

1. Der Anteil an ObE liegt im Untersuchungszeitraum⁴ bei 53,7%. Die Einschätzungen der befragten RichterInnen bestätigen dieses Ergebnis. Das bedeutet, dass die gesetzliche

Obsorge beider Eltern

Ergebnisse der Untersuchung betroffener Eltern und Kinder im Rahmen der Evaluationsstudie zum KindRÄG 2001¹

Judit Barth-Richtarz

Möglichkeit der Beibehaltung der ObE nach einer Scheidung etwa drei Jahre nach der Einführung der gesetzlichen Möglichkeit von den betroffenen Eltern in überraschend hoher Zahl angenommen wurde.

2. Die grundsätzlich positive Einstellung der befragten Eltern zeigt weiters, dass die ObE ein Modell ist, mit dem sich nicht nur eine Minderheit, sondern die Mehrheit der geschiedenen Eltern identifizieren kann.

3. Aufgrund dieser Befunde war bereits anzunehmen, dass sich auch die Hypothese 3 nicht bestätigen würde. Tatsächlich zeigte die Untersuchung der Eltern, dass massive Konflikte vor bzw. zum Zeitpunkt der Trennung/Scheidung offenbar kein prinzipielles Hindernis für die Entscheidung zur ObE darstellen. Die ObE ist auch ein Modell, das von so genannten „Hochkonfliktfamilien“ angenommen wird; welche Konsequenzen dies zeitigt, wird in weiterer Folge noch thematisiert.

Die Falsifikation dieser Hypothesen eröffnet jedenfalls die Möglichkeit, eine Reihe von Befunden tatsächlich als Auswir-

1) Die Studie liegt in Form eines unveröffentlichten Projektberichts vor und ist auf der Homepage des Bundesministeriums für Justiz elektronisch abrufbar: www.bmj.gv.at

2) Homepage: www.app-wien.at

3) Die Eltern-Kind-Untersuchung wurde von der Arbeitsgemeinschaft für Psychoanalytische Pädagogik (APP), die Berufsgruppenuntersuchung vom Europäischen Zentrum für Wohlfahrtspolitik und Sozialforschung (EZ)

sowie dem Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie (IRKS) durchgeführten.

4) In die Untersuchung wurden alle in den Monaten September bis November 2004 in Österreich geschiedenen Ehepaare mit minderjährigen Kindern einbezogen.

kungen des Rechtstitels ObE zu analysieren. Sie führt jedoch unweigerlich zur Frage, welche Gründe dann für die Obsorgeentscheidung maßgeblich sind. Eine nahe liegende Vermutung, die auch von vielen KritikerInnen des neuen KindRÄG vorgebracht wurde, lautet:

Hypothese 4: Beim Zustandekommen der ObE spielt von Seiten eines Elternteils auf den anderen Elternteil ausgeübter Druck (insbesondere finanzieller Druck) eine wesentliche Rolle.

Die Berufsgruppenbefragung (R. Kränzl-Nagl, C. Pelikan 2006: unveröffentlichter Projektbericht, Beilage 4.3.4.4) zeigte, dass dabei häufiger der Einsatz der ObE als Druckmittel von Seiten der Väter auf die Mütter vermutet wird als umgekehrt.

Auch diese Hypothese wird durch die erhobenen Daten widerlegt:

1. In der überwiegenden Mehrheit wird die Entscheidung zur ObE als konsensuale Lösung zwischen den Eltern erlebt.

2. Die Angaben der befragten Eltern mit ObE zeigen, dass es tatsächlich Fälle gibt, in denen die Zustimmung zur ObE von Hauptbetreuenden (in der Regel sind das die Mütter) durch finanziellen oder sonstigen Druck (insbesondere die einvernehmliche Scheidung) von Seiten des getrennt lebenden Elternteiles gleichsam „erpresst“ wird. Der Anteil dieser Fälle liegt jedoch in der Untersuchungsgruppe nur zwischen 5 und 8% aller Fälle. (Im Vergleich dazu geben auch etwas über 3% der allein obsorgeberechtigten Eltern an, bei der Obsorgeentscheidung vom Expartner unter Druck gesetzt worden zu sein.) Selbst in Familien mit massiven Konflikten zwischen Trennungsabsicht und Scheidung kann die Druckausübung das Zustandekommen der ObE nicht hinreichend erklären. Die Befragten selbst, die die ObE gegen ihren ursprünglichen Wunsch dennoch behielten, geben als wichtigsten Grund dafür an, dass sie den Kindern zuliebe zustimmten.

2. Einflussfaktoren für die Wahl der Obsorgeform

Es wurde der Einfluss einer Reihe weiterer Faktoren auf die Obsorgeentscheidung geprüft, von denen einige nun überblicksartig dargelegt werden:

1. Während die Frage, von welchem Elternteil die Initiative zur Scheidung ausgeht, keinen Einfluss auf die Obsorgeentscheidung hat, wird die Bedeutung der Scheidungsursachen ersichtlich: Dass sich die Ehepartner auseinander gelebt haben, wird erwartungsgemäß von Eltern mit ObE signifikant häufiger genannt, als von Eltern mit aO. Umso mehr jedoch folgende Ursachen, nämlich „kriminelles Verhalten“, „Arbeitslosigkeit“, „Gewalt“ und „Charakter eines Partners“ zusammentreffen, umso wahrscheinlicher wird die aO. Ebenso führt die plötzlich entdeckte „Untreue“ und „neue Partnerschaft des Exmannes/der Exfrau“ eher dazu, dass die aO angestrebt wird. Überraschend war hingegen der Befund, dass Mütter mit ObE fast viermal häufiger als Mütter mit aO angeben, dass ihr eigener Partner ein Grund für die Scheidung war. Insgesamt sind die Unterschiede zwischen den Obsorgegruppen in erster Linie auf die Angaben der Mütter zurückzuführen: Da Mütter gleichzeitig in Bezug auf die Obsorgeentscheidung dominanter sind als Väter, hat ihr Scheidungserleben einen stärkeren Einfluss auf die Regelung der Obsorge als dasjenige der Väter.

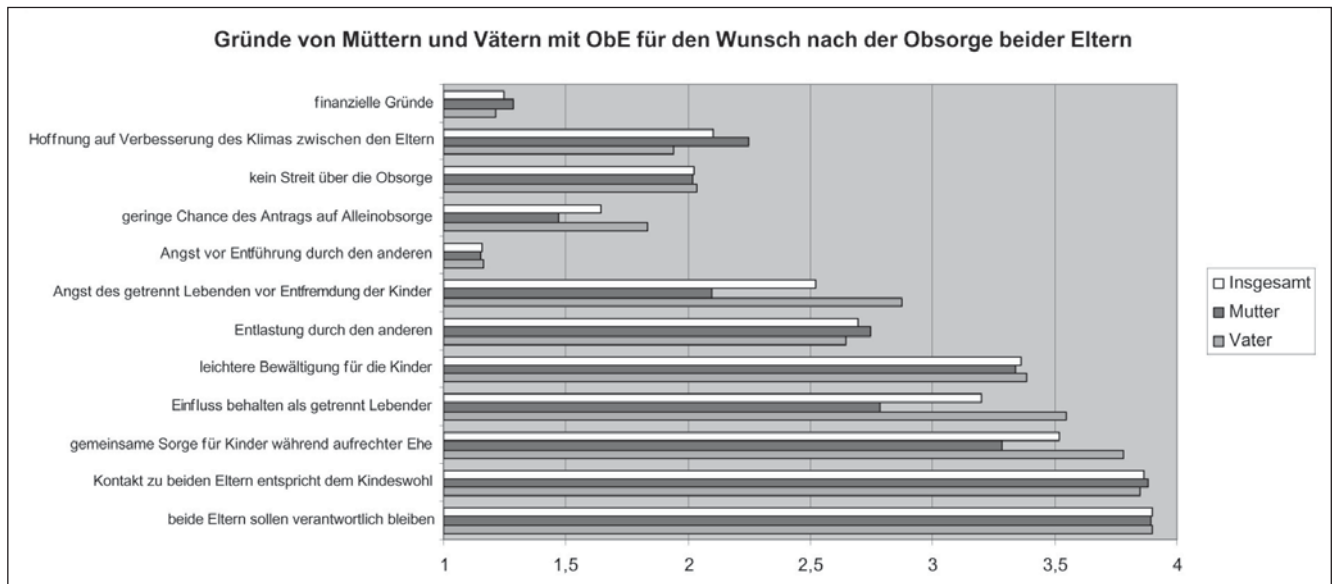
2. Einen wesentlichen Einfluss auf die Obsorgeentscheidung hat der Informationsstand der Eltern: Etwa 10% aller Eltern geben an, keinerlei Kenntnis von der Existenz der ObE zu haben, bei den Eltern mit aO liegt dieser Anteil bei etwa 20% und bei nicht obsorgeberechtigten Elternteilen sogar bei etwa 30%. Die Elternbefragung bestätigt die von manchen Berufsgruppen geäußerte Vermutung, dass Väter nochmals schlechter informiert sind als Mütter. Darüber hinaus ist das Bild der Eltern über die rechtlichen Grundlagen der Ausgestaltung der ObE in einem hohen Ausmaß von falschen Vorstellungen geprägt. Diese beziehen sich v.a. auf das Erfordernis der Entscheidungsabstimmung in alltäglichen Entscheidungen und auf den (gleich verteilten) Aufenthalt der Kinder bei Mutter und Vater. Auch hierbei zeigt sich, dass diese Fehlinformationen bei Eltern mit aO signifikant häufiger vertreten sind. Etwa die Hälfte aller befragten Eltern ist aber auch in Bezug auf die Informations- und Äußerungsrechte sowie auf das Besuchsrecht des nicht obsorgeberechtigten Elternteiles äußerst schlecht informiert. Damit wird ersichtlich, dass von einer ausreichenden Aufklärung der betroffenen Eltern – und damit von einer auf hinreichender Information basierenden Entscheidungsfindung – derzeit noch nicht ausgegangen werden kann. Es kann vermutet werden, dass sich der mangelhafte Informationsstand bzw. die falschen Vorstellungen der Eltern über die ObE hinderlich auf das Bestreben der Eltern auswirken, nach der Scheidung die ObE weiterzuführen.

3. Der Einfluss von Beratung (gefragt wurde nach der Inanspruchnahme von Rechtsberatung, Mediation, Ehe-, Partner- und Erziehungsberatung) auf die Obsorgeentscheidung wird von den befragten Eltern als gering eingeschätzt. Das bedeutet jedoch nicht, dass nicht ein solcher Einfluss in direkter oder indirekter Weise dennoch besteht. Zeichen eines gelungenen Beratungsprozesses ist es nämlich, dass sich die Betroffenen mit der letztendlich getroffenen Entscheidung identifizieren können, d.h. sie als die eigene zu erleben. Dennoch kann der Beratungsprozess eine notwendige Voraussetzung dafür gewesen sein. Von da her ist weder durch die Berufsgruppen- noch durch die Elternbefragung eine Falsifikation oder Verifikation der Hypothese möglich, dass die Beteiligung professioneller Dritter einen wesentlichen Einfluss auf die Obsorgeentscheidung hat. Es zeigen sich jedoch interessante Hinweise, etwa dass der Anteil an ObE bei RichterInnen mit einer positiven Einstellung zur ObE höher ist (C. Pelikan, R. Kränzl-Nagl 2006: unveröffentlichter Projektbericht, Beilage 4.4.2.3).

4. Soziodemographische Faktoren bzw. Merkmale der Personen (z.B. regionale Unterschiede, Schulbildung der Eltern, Alter der Kinder) haben keinen wesentlichen Einfluss auf die Obsorgeentscheidung.

3. Gründe für die Beibehaltung der ObE

Was sind nun die, neben den geprüften Einflussfaktoren, bewussten Gründe der befragten Eltern, die ObE beizubehalten? Wie das folgende Diagramm zeigt, ist es in erster Linie der Wunsch, dass *Mutter und Vater trotz Scheidung gemeinsam für ihre Kinder verantwortlich bleiben sollen*. Bereits an zweiter Stelle steht die *Ermöglichung des Kontaktes zu beiden Elternteilen*, da dies dem Wohl des Kindes entspräche. Die Wichtigkeit der Aufrechterhaltung der Beziehungen des



Kindes zu beiden Elternteilen nach der Scheidung scheint somit eine weit verbreitete Überzeugung von Eltern zu sein, die Beibehaltung der Elternfunktion trotz Getrennt-Lebens eine Selbstverständlichkeit.

Deutlich wird dabei die Bedeutung der Rollenverteilung zwischen den Eltern während aufrechter Ehe: Haben die beiden Elternteile schon während aufrechter Ehe gemeinsam für ihre Kinder gesorgt, so gibt es – nach Ansicht der Befragten – keinen Grund, dies nach der Scheidung zu ändern.

4. Auswirkungen der ObE auf die Konflikte der Eltern nach der Scheidung

Angesichts der Erkenntnisse über die Annahme der ObE durch die Eltern, die sich im Untersuchungszeitraum scheiden ließen, insbesondere des hohen Anteils der ObE (etwas über 50%), des Umstandes, dass auch viele Eltern mit massiven Konflikten diese Obsorgeform wählen, dass für diese Wahl in erster Linie pädagogische Erwägungen den Ausschlag geben und schließlich die Erwartung, dass bei einer Verbesserung der Information über die ObE der Anteil der ObE gegenüber der aO noch höher ausfallen würde, stellt sich die Frage, ob diese Obsorgeform tatsächlich der künftigen Entwicklung der Kinder zugute kommt. Dazu haben wir die unseres Wissens wichtigsten und am häufigsten vorgebrachten iWS pädagogischen Einwände gegen die ObE, insbesondere in jenen Fällen, wo ein beträchtliches Konfliktpotential zwischen den Eltern besteht, geprüft:

Hypothese 5: Die ObE erschwert die innere Trennung und zwingt zur Kooperation, weshalb zu erwarten ist, dass sich die Konflikte der Eltern nicht nur langsamer beruhigen, sondern das Konfliktniveau sogar zunimmt. Im Gegensatz dazu ermöglicht die aO eine Beruhigung der elterlichen Konflikte.

Hypothese 6: Daher ist zu erwarten, dass es häufig zu Anträgen kommt, die ObE in eine aO umzuwandeln. Im Gegensatz dazu bietet die aO eine größere Chance der Stabilität einmal getroffener Obsorgeentscheidungen.

Hypothese 7: In jenen Fällen, in denen es nicht zu einer Umwandlung der ObE in eine aO kommt, ist anzunehmen, dass sich die Konflikte der Eltern auf die Besuchskontakte verlagern.

Hypothese 8: Sollte die ObE tatsächlich praktiziert werden, bedeutet das eine Mehrbelastung für den hauptbetreuenden, letztlich aber auch für den anderen Elternteil, da zu befürchten ist, dass in vielen Angelegenheiten des Alltags ein Konsens gefunden werden muss, bzw ständig ein Veto des anderen Elternteils zu erwarten ist.

Auch diese Hypothesen werden durch die erhobenen Daten widerlegt.

1. Eltern mit ObE zeigen in allen angegebenen Konfliktbereichen ein (zT signifikant) niedrigeres Konfliktniveau als Eltern mit aO eines Elternteiles – außer in Bezug auf Konflikte über Erziehung, hier ist das Konfliktniveau gleich hoch. Es wird sogar ersichtlich, dass Eltern mit ObE signifikant häufiger als Eltern mit aO eines Elternteiles angeben, dass sich ihr Beziehungsklima mittlerweile entspannt hat.

2. Die Ergebnisse der Befragung von RichterInnen zeigen, dass Abänderungen der Obsorgeform generell nicht sehr häufig sind und dass sich dabei die ObE als nicht weniger stabil zeigt als die aO (C. Pelikan, R. Kränzl-Nagl 2006: unveröffentlichter Projektbericht, Beilage 4.7.1).

3. Sowohl die getrennt lebenden als auch die hauptbetreuenden Eltern mit ObE geben wesentlich (und signifikant) weniger häufig an, dass sie zur Zeit mit ihrem Exmann/ihrer Exfrau Konflikte über die Ausübung der Besuchskontakte haben als Eltern mit aO. Selbst bei den Befragten mit hohem bzw sehr hohem Konfliktniveau zwischen Trennungsabsicht und Scheidung ändert sich dieses Bild nicht: Eltern mit ObE haben nach der Scheidung weniger häufig Konflikte um die Ausübung des Besuchsrechts als Eltern mit aO eines Elternteiles.

4. Es zeigen sich keine Hinweise, dass hauptbetreuende Eltern mit ObE die Verständigung bzw. Zusammenarbeit mit dem anderen Elternteil in der Erziehung ihrer Kinder als belastender erleben als Eltern mit aO. Es ist sogar das Gegenteil der Fall: Hauptbetreuende Eltern mit ObE erleben die Verständigung und Zusammenarbeit mit dem anderen Elternteil im Vergleich zu den alleinobsorgeberechtigten Elternteilen signifikant häufiger als gut oder sehr gut. Sie geben signifikant häufiger als die Alleinobsorgeberechtigten an, dass sie der andere Elternteil entlastet und unterstützt. Fast 60% der

Hauptbetreuenden mit ObE haben das Gefühl, sich auf den anderen Elternteil verlassen zu können. Von Alleinobsorgeberechtigten wird dies mit etwa 30% signifikant weniger oft geantwortet. (Im Übrigen erleben auch die getrennt lebenden Elternteile mit ObE die Zusammenarbeit mit dem anderen Elternteil in den genannten Punkten signifikant besser als die nicht obsorgeberechtigten Elternteile).

Wie lässt sich diese (in dieser Deutlichkeit doch überraschende) Funktion der ObE, auf das Konfliktniveau deeskalierend zu wirken, erklären? Aussagekräftiger als theoretische Überlegungen, die aus der Literatur hinreichend bekannt sind, sind die Ergebnisse aus der qualitativen Untersuchung der Familien. In der Hälfte der interviewten Familien wirkte sich die Obsorgeentscheidung deeskalierend aus, in den anderen Fällen hatte die Obsorgeentscheidung keinen Einfluss auf das Konfliktniveau der Eltern. In jenen Familien, in denen wir eine deeskalierende Wirkung der ObE beobachten konnten, waren dafür v.a. folgende Gründe von Bedeutung:

- Die ObE verhindert massive Kränkung und lindert Ängste der getrennt lebenden Elternteile (im folgenden „Väter“) (insbesondere das Kind nicht mehr zu sehen, keine Bedeutung mehr für das Kind zu haben). Dies führt zu einer Beruhigung der Väter.
- Die ObE wird von Müttern und Vätern oft als ein Symbol für den „selbstverständlichen und unersetzlichen Platz des Vaters im Leben der Kinder“ empfunden, wodurch Väter nach der Scheidung weniger darum kämpfen müssen, diesen Platz zu verteidigen.
- Die ObE ist oft in der Lage, einer „quasi-adoleszenten Regression“ von Vätern (als den zumeist getrennt lebenden Elternteilen) entgegenzuwirken, die darin besteht, sich von ihrer elterlichen Verantwortung erlöst zu fühlen.
- Manchmal hat die ObE darüber hinausgehend gleichsam einen „erzieherischen Effekt“ auf Väter: manche Väter verbringen nach der Scheidung real mehr Zeit mit den Kindern als vorher, übernehmen mehr Aufgaben für die Kinder. Dies führt zu einer Entspannung der elterlichen Beziehung, da Mütter oft jahrelang darum gekämpft haben.

Um die Ergebnisse in Bezug auf das familiäre Konfliktklima nach der Scheidung zu kontrollieren, wurden die Eltern auch ganz allgemein nach dem Grad ihrer Zufriedenheit mit der getroffenen Obsorgeregelung gefragt. Die Zufriedenheit mit der ObE ist insgesamt sehr hoch, wobei die Zufriedenheit bei den hauptbetreuenden und getrennt lebenden Elternteilen mit ObE annähernd gleich verteilt ist (etwa 70% der Hauptbetreuenden und etwa 75% der getrennt lebenden Eltern sind mit der ObE zufrieden oder sogar sehr zufrieden, weitere rund 20% der Hauptbetreuenden und etwa 15% der getrennt lebenden Eltern äußern sich neutral, etwas über 10% der Hauptbetreuenden und etwas unter 10% der getrennt lebenden Eltern sind mit der Obsorgeentscheidung unzufrieden oder sogar sehr unzufrieden). Die Zufriedenheit bei den Eltern mit aO eines Elternteiles ist hingegen zwischen den alleinobsorgeberechtigten und den nicht obsorgeberechtigten Elternteilen sehr ungleich verteilt. Während fast 90% der Alleinobsorgeberechtigten angeben, dass sie mit der Obsorgeregelung

zufrieden oder sehr zufrieden sind, sind die nicht obsorgeberechtigten Elternteile nur zu etwa 30% mit der Obsorgeregelung zufrieden bzw. sehr zufrieden. Umgekehrt sind nur 3% der Alleinobsorgeberechtigten mit der Obsorgeentscheidung (sehr) unzufrieden, bei den nicht obsorgeberechtigten Elternteilen liegt dieser Anteil jedoch bei fast 50%!

5. Auswirkungen der ObE auf die Gestaltung der Beziehung der Kinder zum getrennt lebenden Elternteil

Neben der Auswirkung der Obsorgeform auf die elterliche Beziehung nach der Scheidung war zu prüfen, ob bzw welche Auswirkungen die Obsorgeform auf die Beziehung zwischen den getrennt lebenden Elternteilen (meistens Väter) und den Kindern zeitigt. Die Erwartung, dass sich die ObE auf die Vater-Kind-Beziehung⁵ positiv auswirken würde, bildete stets das Hauptargument der Befürworter der ObE. Im Einzelnen wurde argumentiert, dass

Hypothese 9: sich die ObE positiv auf das Ausmaß der Besuchskontakte der Kinder zum getrennt lebenden Elternteil („Vater“) auswirkt,

Hypothese 10: sich die „Väter“ nicht nur quantitativ mehr um ihre Kinder kümmern, sondern auch qualitativ, d.h. mehr elterliche Aufgaben und Verantwortung übernehmen,

Hypothese 11: auf Grund des größeren Engagements der Väter auch die Mütter in ihrem Erziehungsalltag entlastet würden, also die gerade konträre Behauptung zur Hypothese 8 und

Hypothese 12: die erschreckend hohe Rate an kompletten Beziehungsabbrüchen zwischen Kindern und Vätern (von denen mehreren Untersuchungen zufolge (vgl etwa Proksch 2002) ca 40% der Kinder 3 Jahre nach der Scheidung betroffen sind) deutlich abnehmen würde.

Die Hypothesen 9, 10 und 12 werden durch die vorliegenden Daten bestätigt. Zur Prüfung der Hypothese 11 liegen nur wenige Befunde vor. Die (wenigen) vorliegenden Befunde sprechen jedoch eher für eine Bestätigung der Hypothese:

1. Tatsächlich sehen Kinder mit ObE den getrennt lebenden Elternteil signifikant häufiger als Kinder mit aO eines Elternteiles: Über 60% der Befragten Eltern mit ObE geben an, dass ihre Kinder häufigen Kontakt zum anderen Elternteil haben, d.h. täglich bis mehrmals pro Woche oder zumindest 1 mal unter der Woche und 2 Wochenenden im Monat. Im Vergleich dazu geben nur etwa 35% der Befragten mit aO eines Elternteiles derart häufige Kontakte an. Dass ihre Kinder wenig Kontakt (höchstens einmal im Monat) oder gar keinen Kontakt zum anderen Elternteil haben, antworten 14,1% der Befragten mit ObE und ein Drittel (33%) der Eltern mit aO eines Elternteiles. Diese Wirkung der ObE wird ebenfalls – wie die Berufsgruppenbefragung zeigt – von VertreterInnen derjenigen Berufsgruppen, die intensiver in die Gestaltung der Besuchskontakte eingebunden sind, in der Praxis wahrgenommen (R. Kränzl-Nagl, C. Pelikan 2006: unveröffentlichter Projektbericht, Beilage 4.5).

2. 1% der Eltern mit ObE gegenüber 10% der Eltern mit aO geben bereits wenige Monate nach der Scheidung an, dass

5) „Vater“ steht für nicht hauptbetreuenden Elternteil

der Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil abgebrochen ist. Damit ist die Kontaktabbruchrate im Falle der aO wenige Monate nach der Scheidung etwa zehnmal höher als im Falle der ObE.

3. Bezüglich der Frage, wie sich die Aufgabenverteilung zwischen den Eltern seit der Trennung bzw. Scheidung verändert hat, geben die meisten hauptbetreuenden Eltern an, dass die Verteilung gleich geblieben ist oder dass die Mutter mehr Aufgaben als vor der Trennung übernimmt. Dass der Vater seit der Trennung der Eltern mehr Aufgaben für die Kinder übernimmt, bestätigen signifikant mehr Hauptbetreuende mit ObE als Hauptbetreuende mit aO.

4. Eine wesentliche Voraussetzung für die Teilnahme des getrennt lebenden Elternteiles am Leben der Kinder ist die Verständigung mit dem anderen Elternteil. Auch dabei zeigt sich (wenig überraschend), dass sich Eltern mit ObE häufiger und umfassender und auch ohne besonderen Anlass austauschen, während Eltern mit aO dies öfters nur dann tun, wenn es unbedingt notwendig ist bzw. gar nicht.

5. Bezüglich der Frage, wie die getrennt lebenden Elternteile die Beziehung zu ihren Kindern erleben, zeigen sich in Bezug auf eine Reihe von Aussagen doch Unterschiede zwischen den getrennt lebenden Elternteilen mit ObE und den nicht obsorgeberechtigten Elternteilen: Von getrennt lebenden Elternteilen mit ObE werden häufiger als von den nicht obsorgeberechtigten Eltern positive Aussagen über die Beziehung zu den Kindern bestätigt, wie etwa im Großen und Ganzen über die Wünsche, Interessen, Sorgen, Belastungen und Freuden der Kinder Bescheid zu wissen, oder die Beziehung zu den Kindern insgesamt als befriedigend zu erleben, oder das Gefühl zu haben, die Entwicklung der Kinder mitgestalten zu können. Aussagen wie „Ich habe Angst, meinen Kindern nicht genug bieten zu können“, „Ich habe Angst, dass sich meine Kinder eines Tages von mir abwenden“, „Unsere Beziehung ist schlechter als vor der Trennung/Scheidung“, und „Unsere Beziehung ist durch Auseinandersetzungen belastet“ werden

hingegen von den nicht obsorgeberechtigten Eltern häufiger genannt.

6. Hauptbetreuende Eltern mit ObE geben signifikant häufiger als Hauptbetreuende mit aO an, dass sie der andere Elternteil entlastet und unterstützt.

6. Auswirkungen der ObE auf die Entwicklungschancen der Kinder

Die Beruhigung des Konfliktklimas und die Fortsetzung einer intensiven Beziehung zu beiden Elternteilen ist eine notwendige Voraussetzung dafür, dass die Kinder die Trennung der Eltern ohne nachhaltige Beeinträchtigungen ihrer psychischen Entwicklung bewältigen können. Wir wissen aber auch, dass es damit allein noch nicht getan ist: Neben diesen förderlichen Rahmenbedingungen bedürfen Kinder einer Reihe von besonderen Unterstützungen seitens ihrer Eltern, um das Scheidungserlebnis gut zu verarbeiten. Was diese im engeren Sinn „pädagogischen Kompetenzen“ der Eltern betrifft, zeigte sich, dass sie mehr mit pädagogischen Einstellungen und Persönlichkeitseigenschaften der Eltern als mit der Obsorgeform zusammenhängen. Daraus resultiert, dass diese dritte Bedingung einer gesunden psychischen Entwicklung – im Gegensatz zu den Bedingungen Familienklima und Fortsetzung der Beziehung zu beiden Eltern – nicht auf gesetzlichem Wege, sondern allein über Elternschulung, Familien- bzw. Erziehungsberatung bzw. erweiterte sozialpädagogische und psychotherapeutische Angebote realisierbar ist.

Mag.^a Judit Barth-Richtarz ist Erziehungswissenschaftlerin, Sonder- und Heilpädagogin, psychoanalytisch-pädagogische Erziehungsberaterin; tätig in der Entwicklungsdiagnostik 10 der Stadt Wien, der Familienberatungsstelle der Wiener Kinderfreunde sowie in freier Praxis (Schwerpunkt: Beratung von Scheidungseltern, Besuchsbegleitung); j.richtarz@gmx.at

1. Einführung

1.1 Mediales Interesse versus Realität

Gerichtsentscheidungen im Zuge internationaler Kindesentführungen stellen die Justiz immer wieder in den Blickpunkt des medialen Interesses. Dies haben so spektakuläre Fälle wie etwa der „Fall Christian“ in Salzburg¹ oder jener der kleinen Yasemine gezeigt, die zu ihrem Vater in die Türkei zurückgebracht werden musste.² Internationale Kindesentführungen liefern aber nicht nur Geschichten für *News* und *Kronen Zeitung*, auch die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung findet in prominenten Einzelfällen vor den Straßburger Instanzen ihren plakativen Hintergrund – lies nach bei Sylvester gegen Österreich.³

In der täglichen Realität, fernab dieser öffentlichkeitswirksamen Einzelfälle, entwickelt sich eine Kindesentführung zumeist für sämtliche Beteiligten, Kinder wie Eltern, zu einem traumatischen Ereignis, das leider allzu oft über längere Zeit andauert.⁴ Der rechtliche Begriff „internationale Kindesentführung“ schreckt aber auch so manchen Juristen (Rechtsanwalt wie Richter), der bisher kaum oder gar nicht damit zu tun hatte. Übrigens: Im Folgenden steht die sog. „zivilrechtliche Kindesentführung“ im Mittelpunkt; strafrechtliche Tatbestände und Verfahren bleiben (weitgehend) außer Betracht. Die Betrachtung soll sich insofern „differenziert“ darstellen, als nicht so sehr die rechtlichen Instrumente in all ihren Details,⁵ sondern auch die persönlichen Aspekte und Auswirkungen in einigen Ausschnitten skizziert werden.

1.2 „Entführung“ durch Grenzübertritt

Erst durch den Grenzübertritt gemeinsam mit dem Kind wird ein Elternteil zum „Entführer“ iSd internationalen Bestimmungen. Nicht, dass auch in rein innerstaatlichen Fällen das Entziehen eines Kindes aus der Obhut des Sorgerechtigten (vgl § 146b ABGB) einer „Entführung“ gleich kommen und sogar strafrechtliche Tatbestände (zB § 195 StGB) erfüllen kann⁶. Doch in solchen Fällen kann der rechtmäßige Zustand durch Gericht, Sicherheitsbehörden und Jugendwohlfahrtsträger (leichter) wieder hergestellt und gesichert werden. Sobald die Konstellation eine grenzüberschreitende wird, stößt hoheitliches Handeln (im wahrsten Sinne des Wortes) oft an seine Grenzen.

Trotz der bestehenden multilateralen und gemeinschaftsrechtlichen Instrumente fällt die geografische Ferne zwischen den Beteiligten weitaus schwerer ins Gewicht als bei rein innerstaatlichen Fällen, in denen das Kind dem anderen Elternteil innerhalb der Landesgrenzen „vorenthalten“ oder „entzogen“

wird. Die subjektiv empfundene Besorgnis und Ungewissheit des zurückgebliebenen Elternteils, ob und wann das Kind zurückgegeben wird, steigert sich mitunter ins Unermessliche. Trotz des bereits laufenden Rückgabeverfahrens vor Gericht dienen dann immer wieder „Nebenschauplätze“ als Ventil. Die Palette reicht von aufwendigen Internetauftritten, die die Welt auf das Unrecht aufmerksam machen wollen, bis hin zu Spendenaufrufen per Massenmails für die kostspielige Verfolgung einer „gerechten Sache“.

Internationale Kindesentführungen – eine differenzierte Betrachtung

Christian Mosser

2. Die rechtlichen und geografischen Rahmenbedingungen

2.1 Tatbestand der Kindesentführung: Obsorgebruch

Eine internationale Kindesentführung liegt dann vor, wenn durch das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes das Sorgerecht des anderen Elternteils (bzw einer dritten Person oder auch einer Behörde) verletzt wird (näher Art 3 HKÜ). Das konkrete Sorgerechtsverhältnis kann 1.) kraft Gesetzes, 2.) auf Grund einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung, oder 3.) auf Grundlage einer wirksamen Vereinbarung zwischen den Eltern bestehen. Das Sorgerecht kann dabei einem Elternteil allein, durchaus aber auch beiden Eltern gemeinsam zukommen. Die widerrechtliche Kindesverbringung liegt also auch immer dann vor, wenn einer der beiden obsorgeberechtigten Eltern das Kind ohne Zustimmung des anderen ins Ausland verbringt oder dort zurückhält.⁷

2.2 Die Haager Konferenz – Kindesentführung als Einzelfall

Auf multilateraler Ebene sollten den fallweise vorkommenden grenzüberschreitenden Kindesentführungen (und damit ihren weitreichenden Konsequenzen für die Beteiligten) erstmals im Rahmen der Haager Konferenz Schranken gesetzt

1) Siehe etwa Bericht in http://orf.at/040127-70223/70224txt_story.html (abgefragt am 10.7.2006).
 2) „Chronologie“ unter <http://www.kinderrohrecherche.ch/kor/web/themen-in-auti.html#ruekfuehrung> (abgefragt am 10.7.2006).
 3) EGMR 24.4.2003, *Sylvester gegen Österreich*, BNr 36.812/97, 40.104/98 = ÖJZ 2004/5 (MRK).

4) Dazu die aktuelle Studie „International Child Abduction – The Effects“ des International Child Abduction Centre (Mai 2006); verfügbar unter www.reunite.org (abgefragt am 10.7.2006).
 5) Siehe dafür eingehende Kommentierung des HKÜ bei *Schütz in Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Lexis Nexis, März 2006), Kapitel 54 – Kindschaftssachen (HKÜ und ESÜ). Auf dem Gebiet der interna-

tionalen Durchsetzung von Sorgerechten und des Minderjährigenschutzes besteht neben dem HKÜ auch das sog Europäische Sorgerechtsübereinkommen (ESÜ) und das Haager Minderjährigenschutzübereinkommen (MSÜ); über deren Verhältnis zum HKÜ siehe *Schütz*, aaO HKÜ Rz 26-28 und ESÜ Rz 32-35.
 6) Näher zB *Fabrizy*, StGB⁹, § 195 mwN.
 7) Siehe ua JBl 1991, 389; ZfRV 1993/10.

werden. Ziel des sog Haager Kindesentführungsübereinkommens aus 1980 (HKÜ)⁸ ist die sofortige Rückgabe eines widerrechtlich in einen anderen Vertragsstaat verbrachten oder dort zurückgehaltenen Kindes (Art 1), wobei das HKÜ auf „Kinder“ bis Vollendung des 16. Lebensjahres Anwendung findet. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, ihre schnellstmöglichen Verfahren anzuwenden (Art 2). In Österreich ist wegen seiner Flexibilität und der sachlichen Nähe zu gleich gelagerten innerstaatlichen Verfahren das Außerstreitverfahren vorgesehen (§ 5 Abs 3 DurchführungsG zum HKÜ).⁹

Was oft übersehen oder missverstanden wird: Bei der Entscheidung über die Rückführung eines Kindes in seinen Ursprungsstaat handelt es sich keinesfalls um eine Obsorgeregelung, vielmehr soll – ähnlich einem Provisorialverfahren¹⁰ – dem geltenden Sorgerechtsverhältnis zur faktischen Wirksamkeit verholfen werden (Art 19).¹¹ Vor der Entscheidung über die Rückgabe darf auch keine Obsorgeentscheidung ergehen. Die rechtswidrig herbeigeführte faktische Situation soll den „Entführer“ nicht auch in die Lage versetzen, in seinem eigenen (oder in manchen Fällen neu gewählten) Heimatstaat einen für ihn günstigeren Gerichtsstand in Anspruch nehmen zu können.¹²

Der praktische Vorteil des HKÜ ist seine (potenziell) „weltweite“ Geltung. Derzeit setzt sich die Landkarte seiner Anwendbarkeit aus mehreren Dutzend Vertragsstaaten¹³ zusammen, in denen das Instrumentarium zwischen den jeweiligen Zentralbehörden und Gerichten greift. Die tägliche Praxis zeigt, dass mit manchen Vertragsstaaten die Kooperation dennoch immer wieder zu wünschen übrig lässt; vor allem dann, wenn die dorthin verbrachten Kinder eigene Staatsangehörige sind und die vermeintlich widerrechtliche Verbringung allein schon durch Zeitablauf offensichtlich „faktisch“ legalisiert werden soll (siehe zu dieser Problematik auch 3.2 und 3.3).

Nichtsdestotrotz existiert durch den Mechanismus des HKÜ im jeweils anderen Vertragsstaat aber zumindest ein „institutionalisiertes Gegenüber“ (meist das Justizministerium als Zentralbehörde), das angesprochen werden kann. Völkerrechtlich ist somit wenigstens stets ein behördlicher Anknüpfungspunkt gesichert.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass bei der Kindesentführung in einen „Nichtvertragsstaat“ des HKÜ nur mehr die Wege des (oft mühevollen) bilateralen Rechtshilfeverkehrs¹⁴ und die internationale Strafverfolgung¹⁵ für rechtliche Schritte zur Verfügung stehen.

2.3 Die Europäische Union – Kindesentführung als Regelfall?

Der Gemeinschaftsgesetzgeber erachtet Kindesentführungen als logische Konsequenz der Freizügigkeit. Für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts sind daher Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit erforderlich geworden, die ihren bisherigen legislativen Meilenstein in der sog Brüssel II neu-VO gefunden haben.¹⁶ Diese – mancherorts auch „Brüssel IIa“ bezeichnete – VO gilt seit 1.3.2005 in allen EU-Mitgliedstaaten (wieder einmal ausgenommen Dänemark¹⁷) und sieht in seinen Art 8 bis 15 mitunter parallele bzw konkurrierende Zuständigkeitstatbestände vor, die bei grenzüberschreitenden Pflegschaftssachen zu Anwendungsproblemen führen können.¹⁸ Was die grenzüberschreitenden Kindesentführungen betrifft, so enthalten die Art 10 und 11 sowie der Abschnitt 4 der VO zahlreiche Ergänzungen zum HKÜ, das aber nicht verdrängt oder abgeändert werden soll.¹⁹ Durch die VO werden die Mechanismen des HKÜ verstärkt und sozusagen in den Gemeinschaftsrechtsbestand „eingebettet“.

2.4 Zuständigkeiten in Österreich

Der Antrag auf Rückgabe eines Kindes (oder auf Ausübung des Besuchsrechts gem Art 21 HKÜ) kann bei jedem für Zivilrechtssachen zuständigen Bezirksgericht schriftlich angebracht oder zu Protokoll gegeben werden. Für die aus dem Ausland einlangenden Anträge ist jeweils das Bezirksgericht am Sitz des Landesgerichts – „konzentriert“ für den jeweils gesamten LG-Sprengel – zuständig (in Wien das Bezirksgericht Innere Stadt Wien).²⁰ Die administrative Erleichterung durch das HKÜ besteht insb darin, dass sich der Antragsteller zwecks Verfolgung seiner Rechte nicht in den anderen Vertragsstaat begeben muss, wohin das Kind verbracht worden ist. Die zwischenstaatliche Übermittlung der Anträge erfolgt durch die vom HKÜ ver-

8) Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (BGBl 1980/512). Gem Art 21 HKÜ ist auch die Durchsetzung von Besuchsrechten Gegenstand des Übereinkommens.

9) Für die im österreichischen Recht erforderlichen, die HKÜ-Bestimmungen ergänzenden Vorschriften wurde ein eigenes DurchführungsG erlassen, das kürzlich novelliert worden ist; BGBl 1988/513 idF BGBl I 2003/112 (AußStrG-BegleitG).

10) Vgl Mayr/Fucik, Das neue Verfahren außer Streitsachen³ (2006) Rz 432, die es als eine „Art familiäres Possessorium“ charakterisieren.

11) Vgl etwa OGH EFSIlg 63.879 ff; OGH SZ 63/131 (eingehende Fallanalyse, insb zum anwendbaren Sachrecht, bei Schütz, aaO, HKÜ Rz 8).

12) Vgl EFSIlg 31.365, 36.036.

13) Auflistung siehe http://hcch.e-vision.nl/upload/abductoverview_e.xls (abgefragt am 10.7.2006). Zu beachten ist, dass Österreich

die Beitritte einiger Staaten zum HKÜ bisher nicht angenommen hat. Im Verhältnis zwischen Österreich und solchen Staaten kommt das Instrumentarium des HKÜ daher nicht zur Anwendung.

14) Etwa zwecks Zustellung von Anträgen, Aufforderungen, Ladungen bzw Entscheidungen. Fraglich bleibt aber die Anerkennung und Durchsetzung einer letztlich getroffenen (Obsorge- und „Herausgabe“-)Entscheidung eines österr Gerichts im betreffenden Nicht-HKÜ-Staat.

15) So kann zB der Entführer in Folge einer in Österreich erstatteten Strafanzeige international zur Verhaftung ausgeschrieben werden. Das Auffinden des Kindes hängt dann weitgehend von der Kooperation und effektiven Organisation der Sicherheitsbehörden im anderen (Interpol-Mitglied-)Staat ab.

16) Verordnung (EG) Nr 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwort-

ung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1347/2000 (sog Brüssel II-VO, die seit 1.3.2001 in Geltung stand). Überblick bei *Klauser/Horn*, Brüssel IIa-Verordnung in Kraft, *ecolex* 2004, 910.

17) Art 1 Abs 3 Brüssel II neu-VO.

18) Sehr kritisch *Coester*, Kooperation statt Konfrontation: Die Rückgabe entführter Kinder nach der Brüssel IIa-Verordnung (FS Schlosser, 2005) 135 (insb 138 ff – zB 140: „Die VO bezeichnet die Probleme mehr als dass sie diese löst.“).

19) Überblick bei *Kaller*, Zur Kindesentführung in der neuen Brüssel II-VO, *FamZ* 2006, 37. Die Europäische Kommission hat im Internet einen „Praxisleitfaden“ zur VO veröffentlicht: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/doc/parental_resp_ec_vdm_en.pdf (dzt nur in englischer und französischer Fassung; abgefragt am 10.7.2006).

20) Zur Zuständigkeit und Antragstellung siehe näher §§ 2, 4 und 5 DurchführungsG zum HKÜ; Fn 9.

pflichtend vorgesehenen Zentralen Behörden,²¹ die ihrerseits den Antrag an das innerstaatlich jeweils zuständige Gericht weiterzuleiten und den Kollegen im „Antragsstaat“ immer wieder über den Verfahrensstand zu berichten haben.

Als Zentrale Behörde fungiert in Österreich die im BMJ für das internationale Familienrecht zuständige Abteilung.²² Ihre wichtigsten Aufgaben ergeben sich aus Art 7 Abs 2 HKÜ (zB Aufenthaltsermittlung, Rechtsauskünfte, etc), wobei keinesfalls in das Verfahren und letztlich die Entscheidung der unabhängigen Rechtsprechung eingegriffen werden darf. Die Zentrale Behörde kann daher einen „Kindesentführungsfall“ niemals entscheiden, wohl aber bei der Bewältigung der gerichtlichen Aufgaben mithelfen. In zahlreichen Fällen ist der Aufenthaltsort des Elternteils und des Kindes in Österreich anfangs (noch) nicht sicher, weshalb um deren Ausforschung die Sicherheitsbehörden (meist im Weg des Bundeskriminalamts) ersucht werden. Dadurch kann – auch bei rein zivilrechtlichen – Kindesentführungsfällen die Kooperation im Rahmen des Schengen- bzw Interpolsystems genutzt werden.

3. Die persönlichen und zeitlichen Rahmenbedingungen

3.1 „Typische“ Fälle – Anknüpfungspunkte internationaler Kindesentführungen

Ähnlich wie bei rein innerstaatlichen (Trennungs-)Streitigkeiten um den zukünftigen Verbleib eines Kindes, fallen auch grenzüberschreitende Kindesentführungen in sämtlichen sozialen Gruppen an. Anträge auf Rückgabe werden sowohl für ein Diplomatenkind wie auch für Kinder zB polnischer oder slowakischer Wanderarbeitnehmer gestellt. Gibt es aber eine typische (Familien-)Konstellation, bei der eine grenzüberschreitende Kindesentführung eher möglich scheint oder gar nahe liegt? Die praktische Erfahrung zeigt, dass eine solche „Geneigtheit“ tatsächlich besteht, wenn insbesondere zwei Komponenten zusammentreffen:

Erstens existiert in vielen Fällen (irgend)ein zwischenstaatlicher Bezug. So stammen etwa die Eltern oft aus verschiedenen Ländern, weshalb ein Teil der Verwandtschaft (vor allem eines der Großelternpaare) im Ausland lebt und somit als „Fluchtpunkt“ fungiert. Signifikant im Steigen begriffen ist jedenfalls auch die Zahl jener Fälle, wo die zumeist aus Mittel- und Osteuropa stammenden Eltern bereits vor einiger Zeit vorwiegend aus wirtschaftlichen Gründen nach Österreich gekommen sind und dadurch eine „zweite Heimat“ begründet haben. Zieht im Fall der späteren Trennung ein Elternteil in den ursprünglichen Heimatstaat zurück, so sind diese Familienkonstellationen geradezu „anfällig“ für Anträge nach dem HKÜ.

Zweitens muss das Wegziehen mit dem Kind über die Grenze hinweg entweder eine konkrete Alternative oder aber gar die einzige Möglichkeit darstellen. Konkrete Alternativen bieten sich zB durch anstehende berufliche Veränderungen oder vereinzelt durch die finanzielle Unabhängigkeit eines El-

ternteils, einfach woanders einen neuen Lebensmittelpunkt begründen zu können. Im Gegensatz dazu wird – eben als einzige Möglichkeit – die „Flucht“ aus einer gewalttätigen (Ex-)Beziehung zum Anlass einer internationalen Kindesentführung. Auf den Punkt gebracht: Es gibt Eltern, die wegziehen „können“, und solche, die wegziehen „müssen“.

3.2 Typische „Reflexe“ persönlicher und patriotischer Natur

Ein typischer „Reflex“, der in innerstaatlichen Familienrechts-sachen häufig die Ursache mühevoller Gerichtsverfahren ist, lässt sich auch bei internationalen Kindesentführungen orten: Der Antrag auf Rückführung des Kindes wird vom zurückgebliebenen Elternteil in erster Linie deshalb gestellt, um dem anderen das Leben schwer zu machen oder dadurch eine institutionalisierte Möglichkeit zu erlangen, mit dem ehemaligen Partner in Kontakt zu bleiben. Verfahren in solchen Fällen finden dann meist auf dem „schwachen“ Rücken des Kindes statt, ein Grund für seine Rückgabe liegt manchmal von vornherein gar nicht vor.

Im Zuge der ohnehin oft emotionsgeladenen Rückgabeverfahren tritt auch immer wieder ein bestimmter „Reflex“ zu Tage, der mitunter zeigt, wie es um das Vertrauen in die (Rechts-)Kultur und Justiz des konkret involvierten anderen Staates bestellt ist. Ein solcher, nennen wir ihn „patriotischer“ Reflex ist vor allem dann zu bemerken, wenn das Kind (zumindest auch) die Staatsangehörigkeit des Staates besitzt, wohin es verbracht worden ist und sich dort gerade einlebt (frei nach dem Motto: „Unsere Kinder geben wir nicht mehr her!“). Im „Fall Yasemine“ war der mediale Aufschrei und das „laienhafte“ Unverständnis groß, als das österreichische Gericht die Rückführung des Kindes zum Vater in die Türkei anordnete. Doch bei internationalen Vereinbarungen darf nicht mit zweierlei Maß gemessen und die Rückgabe eines unzulässig verbrachten Kindes deshalb verweigert werden, weil der obsorgeberechtigte Elternteil in einem aus (west-)europäischer Sicht nicht als ebenbürtig erachteten Vertragsstaat beheimatet ist. Bei manchen (vor allem südeuropäischen) EU-Staaten tritt die Ausübung dieser Art „Schutzmachtfunktion“ in Einzelfällen auch im Zuge der behördlichen Tätigkeiten immer wieder zu Tage.

3.3 Der „Faktor Zeit“ – rasche Entscheidung bloß als Idealfall

Die widerrechtliche Entfernung eines Kindes aus seiner gewohnten Umgebung soll durch eine rasche Rückführung rückgängig gemacht werden; die rechtswidrige Obhut über das Kind soll sich nicht „manifestieren“. Das internationale Instrumentarium sieht dafür einen Idealfall der Erledigung vor: Gerichte und Behörden haben mit „gebotener Eile“ zu handeln und die Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Eingang des Antrags zu treffen. Anderenfalls kann der Antragsteller oder die zentrale Behörde des ersuchenden Staates eine Darstellung der Verzögerungsgründe verlangen

21) Näher *Schütz* aaO, HKÜ Rz 10-14. Weitere wichtige Informationen, insb über die Behörden der Vertragsstaaten, sind auf der Website der Haager Konferenz verfügbar: www.hcch.net.

22) Das BMJ stellt im Internet einen umfassenden Leitfaden zur Antragstellung zur Verfügung (www.justiz.gv.at; siehe in der Rubrik „Service“ unter Menüpunkt „Broschüren“; abgefragt am 10.7.2006).

(Art 11 HKÜ).²³ Weitere Sanktionen im Rahmen des konkreten Verfahrens drohen dem ersuchten Staat (oder Gericht) aber nicht wirklich. Nur der EGMR kann nachträglich (oft erst Jahre später wie im Fall *Sylvester*) Verstöße gegen die EMRK feststellen (etwa Art 6 und insb Art 8 EMRK) und durch Zuspruch eines immateriellen Schadenersatzbetrages ahnden. Die Entscheidung über den Rückgabeantrag selbst kann dadurch aber nicht rückgängig gemacht werden.

Die Einhaltung der durch Art 11 Abs 3 Brüssel II neu-VO auch gemeinschaftsrechtlich verpflichtenden Zeitvorgabe – Entscheidung binnen sechs Wochen – ist in der Praxis selten möglich. In zahlreichen Fällen langt der Antrag im ersuchten Staat ein, ohne dass ein gesicherter Aufenthaltsort des „Entführers“ und des Kindes bekannt wäre. Die Erhebungstätigkeit des Gerichts, manchmal auch gemeinsam mit den Sicherheitsbehörden und Jugendwohlfahrtsträgern, verzögert zwangsläufig die weiteren Verfahrensschritte, ohne dass dies den involvierten Stellen zur Last gelegt werden könnte.²⁴ Die Verfahrensdauer summiert sich in weiterer Folge oft durch die Vernehmung des „Entführers“ und, sofern alt genug, des Kindes. IdR wird ein Rückgabeverweigerungsgrund gem Art 13 Abs 1 lit b HKÜ geltend gemacht, der zusätzlich ein psychologisches Sachverständigengutachten erforderlich macht.²⁵ Die durchschnittliche Dauer des Rechtsmittelverfahrens wäre schließlich auch noch zu bedenken...

4. Ausblick

Mit zunehmender Mobilität innerhalb Europas wird auch die Zahl der „grenzüberschreitenden“ Obsorge- und Besuchsrechtsfälle zunehmen. Dadurch werden in Zukunft vor allem die Gerichte gefordert sein. Dieser Herausforderung kann durch gezielte Fortbildung entsprochen werden. Der österreichische Gesetzgeber hat auch bereits in Richtung Spezialisierung vorgesorgt: Seit 1.1.2005 ist für die Entscheidung über die aus dem Ausland einlangenden Rückgabeanträge stets das Bezirksgericht am Sitz des Landesgerichts, in dessen Sprengel sich das Kind aufhält, zuständig.²⁶ Dadurch soll

die praktische Erfahrung der RichterInnen mit der heiklen Materie erhöht und die Anwendung des HKÜ noch verbessert werden.

Die auf Grundlage der neuen Brüssel II-VO erleichterte Anerkennung und Durchsetzung familienrechtlicher Entscheidungen und Vereinbarungen wird die Stellung obsorge- bzw besuchsberechtigter Eltern in grenzüberschreitenden Konstellationen zukünftig sicherlich stärken. Den von der Europäischen Kommission so werbewirksam propagierten „Mehrwert“ brächte die VO jedoch insb dann, wenn sich durch sie im Zuge internationaler Kindesentführung rechtliche Verhältnisse schneller klären und Rückgabeverfahren rascher entscheiden ließen. Ob dies in der Praxis gelingen wird, bleibt abzuwarten. Denn selbst wenn Zentralbehörden und Gerichte die ihnen zur Hand gegebenen Instrumente rascher und flexibler einsetzen (können), so sollte die Verantwortung zur Konfliktlösung – in grenzüberschreitenden Fällen übrigens genauso wie in rein innerstaatlichen – vor allem bei den Eltern selbst liegen.

Eine in der Praxis derzeit immer noch zu beobachtende Tendenz ist jene: Die Bereitschaft zu einer gemeinsamen Lösung des Konflikts nimmt ab, sobald die räumliche Entfernung (über eine oder gar mehrere Grenzen hinweg) zunimmt. Die in „Brüssel II neu“ aufgenommene Zielbestimmung zur Förderung außergerichtlicher Streitbeilegung und Inanspruchnahme etwa grenzüberschreitender Mediation (Art 55 lit e VO)²⁷ ist erst ein zarter Anfang und derzeit eher nur „Programm“ als bereits funktionierendes Werkzeug.²⁸ Die Gerichte werden daher noch einige Zeit weiterhin die „Hauptlast“ der Entscheidung bei internationalen Kindesentführungsfällen tragen und mitunter die eine oder andere „unpopuläre“ Maßnahme treffen müssen.

Mag. Christian Mosser, LL.M. ist Richter und derzeit Referent in der für internationales Familienrecht zuständigen Fachabteilung des BMJ; christian.mosser@justiz.gv.at

23) Siehe etwa ZfRV 1997/87.

24) Vgl EGMR in *Sylvester gegen Österreich*, ÖJZ 2004/5 (MRK), wonach das letztlich beschwerdebehaftete Rückgabeverfahren anfangs „mit beispielhafter Schnelligkeit“ geführt worden war und der Fall „in gerade vier Monaten vor drei Instanzen“ kam (Z 67).

25) Sehr eingehend und illustrativ zum Rückgabeverfahren *Schütz*, aaO HKÜ Rz 15-24 mwN.

26) § 5 Abs 1 DurchführungG zum HKÜ, BGBl 1988/513 idF BGBl I 2003/112 (AußStrG-BegleitG).

27) Siehe auch „programmatischen“ Erwägungsgrund (25) der VO.

28) Vgl auch *Coester*, aaO 146.

In jüngster Zeit gerieten Kinder immer wieder in den Mittelpunkt medialer Öffentlichkeit. So sorgte etwa ein jahrelanger erbitterter Sorgerechtsstreit für enormes mediales Aufsehen, nachdem ein Vater seinen minderjährigen Sohn nicht an die obsorgeberechtigte Mutter übergeben wollte und schließlich nach zahlreichen gescheiterten Übergaberversuchen eine gerichtliche Abnahme notwendig wurde. Der Vollzugsversuch durch die Exekutoren scheiterte aber ebenfalls ua an der verzweifelten Gegenwehr des Mj und seines nur wenig älteren Bruders, der sich in die Amtshandlung einmischen konnte. Die schauerlichen Szenen dieses Vollzuges wurden sensationslüstern in Serie teilweise sogar kampagnenartig im (öffentlich-rechtlichen!) Fernsehen und in den Boulevardmedien, aber auch im Qualitätsmedium „Salzburger Nachrichten“, gespickt mit zahlreichen Fotos und Informationen aus dem tragischen Familienleben der geschockten Öffentlichkeit präsentiert.

Auch das erschütternde Schicksal eines mj Mädchens, das auf unvorstellbar grausame Art von ihrem Vater und ihrer Stiefmutter misshandelt worden war, sorgte für mediales Aufsehen. In diesem Fall haben „Krone“ und „Kurier“ *identifizierend* über das Opfer berichtet, während alle anderen Medien den Identitätsschutz wahrten, gleichzeitig aber auch über erschütternde Details dieses Falles informierten.

In diesen beiden Fällen haben die mj Opfer (soweit überblickbar) *erstmalig* medienrechtliche Bußgeldansprüche nach § 7 MedienG (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches) und nach § 7a MedienG (Schutz vor Bekanntgabe der Identität in besonderen Fällen) geltend gemacht. Im ersten Fall wurde der mj Bub durch seine obsorgeberechtigte Mutter vertreten, im zweiten Fall wurde für das mj Mädchen nach einem entsprechenden Antrag an das PflEG der Jugendwohlfahrtsträger Wien aktiv, nachdem sich die mittlerweile obsorgeberechtigte Mutter hier aufgrund ihrer vorherigen Kontakte mit Medien (als sie noch nicht obsorgeberechtigt war!) in einer Kollision befand.

Diese beiden Fälle boten dem OLG Wien die Möglichkeit, seine Rechtsprechung zu §§ 7, 7 a MedienG zu präzisieren. Die aktuellen Urteile verdienen nicht nur eine besondere Betrachtung, weil sie wichtige Klarstellungen vornehmen, sondern vor allem auch Bewusstsein über die Wirkung von Medien unter Beweis stellen, das leider hierzulande – sogar bei vielen RichterInnen und anderen Rechtskundigen – nicht sehr ausgeprägt zu sein scheint.¹

Das weit verbreitete Miss- oder gar gänzliche Unverständnis beginnt meist beim Mitleid für das Opfer und bei der Vorstellung, dass die scheinbar wohlwollende Berichterstattung, das Opfer unterstützt und stärkt und/oder zumindest nur durch eine aufrüttelnde identifizierende Berichterstattung Missstände iSd Meinungsäußerungsfreiheit aufgezeigt und beseitigt werden könnten. Dabei wird zunächst regelmäßig übersehen (oder manchmal wohl durchaus bewusst

ignoriert), dass auch eine *nicht* identifizierende Berichterstattung (etwa durch Unkenntlichmachung bspw Verpixelung des Opfers) die Thematisierung der Missstände ermöglicht. Die Durchsetzung der medienrechtlichen Ansprüche für das Opfer bedeutet somit letztlich nicht ein generelles Verbot einer Berichtsthematik, sondern die Erzwingung einer die Persönlichkeitsrechte des Kindes wahren *Form* der Berichterstattung, also die Art und Weise, wie die/der Mj dem Medienpublikum präsentiert wird.² Die aktuelle Rechtsprechung des OLG Wien steht daher mE auch im Einklang mit der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit nach Art 10 MRK, die ja in diesem Fall auch einer Abwägung mit dem in Art 8 MRK geschützten Privat- und Familienleben standhalten muss.

Kinder als Opfer medialer Berichterstattung

Maria Windhager

Weitgehend ignoriert oder allenfalls unterschätzt wird aber regelmäßig auch die fatale Wirkung einer solchen Berichterstattung auf Kinder. Kinder, die sich aufgrund ihrer tragischen familiären Umstände oder gar eines schweren Verbrechens (oftmals im unmittelbaren familiären Umfeld) ohnedies schon in einer schwierigen Lebenssituation befinden, werden durch eine identifizierende Berichterstattung in die Öffentlichkeit gezerrt und dem voyeuristischen Blick aller MedienkonsumentInnen ausgesetzt. Sie werden damit ein zweites Mal zum Objekt und damit zum medialen *Missbrauchsoffer*.

Dazu kommt, dass, wie die klinische Psychologin Dr. Ursula Ramsauer im „Standard“ vom 04.02.2004 in Bezug auf Sorgerechtsstreitigkeiten treffend ausgeführt hat, *„gerade in komplexen, kontroversiellen Fällen jede Veröffentlichung von Details noch immer bruchstückhafte Information bedeutet und somit eine Einladung an Außenstehende darstellt, ihre laienhafte Meinung zu einem Familienkonflikt kund zu tun, von dem sie nichts verstehen. Wenn das gesunde Volksempfinden dann noch nach Mitwirkung im Drama verlangt, ist mit Sicherheit die unsinnige Ausweitung der Kampfzone zu erwarten. Das, was dem betroffenen Kind am meisten Not täte, nämlich eine Deeskalierung der Situation und eine Wiederherstellung der*

1) Eine sogenannte Popularbeschwerde wegen der voyeuristischen Berichterstattung über den Sorgerechtsstreit im ORF wurde beispielsweise vom Bundeskommunikationssenat *abgewiesen!*

2) So auch OLGW 17 Bs 114/05 x.

Handlungsfähigkeit von Gericht und Jugendamt, wird dadurch massiv erschwert ...“

§ 7 MedienG

Gem § 7 Abs 1 MedienG hat derjenige Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung, dessen höchstpersönlicher Lebensbereich in einem Medium in einer Weise erörtert oder dargestellt wird, die geeignet ist, ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen.

Unstrittig ist weitgehend, dass die Schilderung von familiären oder entwürdigenden und peinigen Details, die einem Kind wiederfahren sind, regelmäßig seinen höchstpersönlichen Lebensbereich verletzen und auch eine Bloßstellung in der Öffentlichkeit bedeuten.

Höchstpersönlicher Lebensbereich

Zum *höchstpersönlichen* Lebensbereich führt das OLG Wien präzisierend aus, dass sich dieser Schutzbereich einer scharfen Abgrenzung entzieht und es zu seiner Definition des Rückgriffes auf das weitere Tatbestandsmerkmal der Bloßstellungseignung bedarf. Es sind dabei nach Art eines beweglichen Systems auch Begleitumstände und Auswirkungen einer Veröffentlichung mit in Betracht zu ziehen, sodass ein geringerer Grad an berührter Privatheit durch eine besonders beeinträchtigende Form der Darstellung aufgewogen werden kann.³

Ob eine Missachtung des Privatlebens vorliegt, richtet sich somit einerseits nach der Privatheit des betroffenen Sachverhalts, andererseits nach der Intensität des Eingriffes in formaler wie inhaltlicher Hinsicht.⁴

Die Sphäre des Höchstpersönlichen ist auch nicht mit räumlicher Exklusivität gleichzusetzen, weil die klare Abgrenzung zwischen Öffentlichem und Privatem mit der Entwicklung zur Massen- und Mediengesellschaft fragwürdig geworden ist. Privater und öffentlicher Bereich überlagern einander. Unter den Bedingungen einer modernen Gesellschaft ist eine Lebensführung ausschließlich „intra muros“ nicht möglich, der Einzelne muss sein Privatleben zwangsläufig auch in öffentlichen Räumen entfalten. In diesem Zusammenhang zu nennen sind insbesondere Momente „*unvermeidbarer Öffentlichkeit*“,⁵ also soziale Situationen, in denen aufgrund persönlicher Betroffenheit private Gefühle offenbart werden.⁶ Ist die teilhabende Öffentlichkeit dabei in der Regel begrenzt, erfolgt durch die Veröffentlichung in einem Medium ein „*Sphärensprung*“, nämlich die Herstellung potenziell unbeschränkter Publizität. Insoweit kann auch privates Handeln in öffentlichen Räumen, das bei objektiver Betrachtung nicht für die Anteilnahme einer unbegrenzten Öffentlichkeit bestimmt ist, in den Schutzbereich von § 7 Abs 1 MedienG fallen.⁷

Entscheidende Bedeutung kommt daher der Art und Weise der Berichterstattung, der Persönlichkeitsnähe, der Information und der Schutzwürdigkeit des Betroffenen zu. Dort, wo der Bereich objektiver, sachgerechter und zurückhaltender Information verlassen wird und die Publikation als Transportmittel für Indiskretion und Entfremdung der Privatsphäre dienen, hat daher der medienrechtliche Schutz des § 7 MedienG zu greifen.

Bloßstellung

Zur ‚Bloßstellung‘ selbst wurde schon bisher judiziert, dass diese auch dann zu bejahen ist, wenn die Veröffentlichung vordergründig nur Mitleid mit der betroffenen Person auslöst, weil dieses leicht und häufig in Spott und Verachtung gegenüber dem zunächst bemitleideten Opfer ausarten kann.⁸ Maßgeblich ist allein, ob Angelegenheiten des Privat- und Familienlebens, insbesondere Einzelheiten betreffend das psychische und physische Befinden einer unmündigen Person der öffentlichen Neugierde preisgegeben wurden. Auf eine Ansehensminderung oder Rufgefährdung kommt es nicht an: jede Erörterung und Darstellung erweist sich als bloßstellend, die dem Einzelnen die Chance der Selbstbestimmung über das der Umwelt eröffnete Persönlichkeitsbild nimmt, weil es sich dabei um mediale Indiskretionen handelt, für die weitere nachteilige Auswirkungen nicht nachgewiesen werden müssen.⁹

Unmittelbarer Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben

Grundsätzlich sind, sofern ein unmittelbarer Zusammenhang zu Tatsachen des öffentlichen Lebens besteht, Erörterungen und Darstellungen des höchstpersönlichen Lebensbereiches insoweit zulässig, als sie Tatsachenbehauptungen enthalten und diese wahr sind (§ 7 Abs 2 Z 2 MedienG). Aber auch bei einem *unmittelbaren* Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben darf die Berichterstattung nur in jenem Umfang und jener Intensität erfolgen, die notwendig ist, um die auf den öffentlichen Lebensbereich bezogenen Informationsinteressen *sachgerecht* zu befriedigen. Eine in den höchstpersönlichen Lebensbereich eindringende Berichterstattung muss also dem Anlass adäquat und verhältnismäßig sein.¹⁰

Im Fall der erfolglosen Kindesabnahme im Sorgerechtsstreit kam das OLG Wien daher zum Ergebnis, dass es zur Information der Öffentlichkeit über behauptete Missstände im Justizbereich nicht erforderlich war, in derart intensiver, plakativer Form die schwer belastete Persönlichkeit des Mj – sowohl durch Bildeinschaltungen, die dessen Verzweiflung dokumentierten, als auch durch Namensnennung und genau detaillierte Schilderung der Kindesabnahme – zu präsentieren, weshalb die Anwendbarkeit von § 7 MedienG bejaht wurde.

3) OLGW 17 Bs 134/05p mHa Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley MedienG § 7 Rz 7 f.
 4) Relevant sind dabei nicht nur die an der Person selbst haftenden Daten (etwa der Gesundheitszustand), sondern auch jene sozialen Beziehungen, in denen sich die persönliche Identität in einer gegenüber fremden Informationsteilhaber besonders verletzlich Weise aufbaut und äußert. OLGW aaO mHa Berka, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 300.

5) OLGW aaO mHa Berka, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 303.
 6) Trauer bei einem Begräbnis und Fälle, in denen der Einzelne von der Öffentlichkeit überrumpelt wird.
 7) OLGW aaO mHa Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley MedienG § 7 Rz 10.
 8) Vgl OLGW MR 1986, 9f.
 9) Vgl OLGW 17 Bs 114/0f x; 17 Bs 134/05p; Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, MedienG § 7 Rz 17ff; Hager/Zöchbauer Persönlich-

keitsschutz im Straf- und Medienrecht⁴, 46; MR 2004, 317 f. Wenn § 7 MedienG auf die Eignung zur Bloßstellung abstellt, ist es irrelevant, ob eine Kenntnisnahme der Berichterstattung erfolgt ist oder überhaupt möglich war; vgl MR 2004, 317.
 10) OLGW 17 Bs 114/05 x mHa Berka, Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, MedienG § 7 Rz 27.

§ 7 a MedienG

Werden in einem Medium der Name, das Bild oder andere Angaben veröffentlicht, die geeignet sind, in einem nicht unmittelbar informierten größeren Personenkreis zum Bekanntwerden der Identität einer Person zu führen, die Opfer einer gerichtlich strafbaren Handlung geworden ist, und werden hierdurch schutzwürdige Interessen dieser Person verletzt, ohne dass wegen deren Stellung in der Öffentlichkeit wegen eines sonstigen Zusammenhanges mit dem öffentlichen Leben oder aus anderen Gründen ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an einer Veröffentlichung dieser Angabe bestanden hat, so hat die/der Betroffene gem § 7a Abs 1 Z 1 MedienG gegen den Medieninhaber Anspruch auf eine Entschädigung.

Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob auch § 7a MedienG im Fall des *Sorgerechtsstreites* anwendbar ist, weil die Interpretation des Begriffes der gerichtlich strafbaren Handlung in § 7a MedienG Schwierigkeiten bereitet: Ist es zur Tatbestandsverwirklichung nach § 7a MedienG erforderlich, dass die von der Berichterstattung betroffene Person *tatsächlich* Opfer einer strafbaren Handlung geworden ist oder genügt es, dass sie in der inkriminierten Veröffentlichung als Opfer *dargestellt* wird?

Das OLG Wien hat in einem Zurückweisungsbeschluss wegen mangelnder Feststellungen¹² betreffend die Berichterstattung in der „Krone“ folgende Grundsatzüberlegungen – kurz zusammengefasst – angestellt:¹³

Opfer einer strafbaren Handlung geworden ist ...

Für die Interpretation, dass die von der Berichterstattung betroffene Person *tatsächlich* Opfer einer strafbaren Handlung geworden ist und es *nicht* genügt, dass sie in der inkriminierten Veröffentlichung als Opfer *dargestellt* wird, spreche die zunächst heranzuziehende grammatikalische Auslegung, weil der Wortlaut des Gesetzes doch darauf abstellt, dass eine Person Opfer einer strafbaren Handlung geworden ist, somit auf einen realen Sachverhalt, während an anderen Stellen des MedienG durchaus zwischen tatsächlichen Gegebenheiten und dem medialen vermittelten Eindruck differenziert wird.¹⁴

Die Rechtsprechung habe sich zwar bislang noch nicht explizit zu diesem Thema geäußert, orientiere sich in Bezug auf

den Verdächtigen- und Täterschutz des § 7a MedienG doch am tatsächlichen Sachverhalt und nicht nach der – allenfalls abweichenden – Darstellung in einem Medium.¹⁵

Letztlich sprechen auch teleologische Überlegungen für diese – *restriktive* – Auslegung. Zweck des § 7a MedienG ist, wie sich aus der Genese des Gesetzes ergibt, der Identitätsschutz und nicht der Schutz vor falscher Darstellung. Durch § 7a MedienG soll eine Person, die in ein bestimmtes kriminelles Geschehen als Täter oder Opfer involviert wurde, vor dem Bekanntwerden ihrer Identität geschützt werden. Es geht um den Rechtsschutz der von der Kriminal- und Gerichtssaalberichterstattung betroffenen Personen, die nicht zu bloßen Objekten des medialen Interesses herabgewürdigt werden sollen.¹⁶

Somit ist es nach Ansicht des OLG Wien zur Erfüllung der Opfereigenschaft nach § 7a Abs 1 Z 1 MedienG notwendig, dass der Anspruchswerber *tatsächlich* Opfer einer strafbaren Handlung geworden ist.¹⁷ Darüber hinaus sei es aber auch erforderlich, dass der maßgebliche Medienkonsument das berichtete Ereignis mit einer gerichtlich strafbaren Handlung verbindet. Er muss über die strafrechtlichen Implikationen eines berichteten Sachverhaltes wenigstens so weit Bescheid wissen, dass er, auch ohne juristische Fachkenntnisse zu besitzen, diesen (rechtlichen) Sinnzusammenhang nach Art eines Aha-Erlebnisses versteht. Kann dem berichteten Sachverhalt in seinen Augen kein Bezug zu einer gerichtlich strafbaren Handlung entnommen werden, scheidet ein Anspruch ebenfalls aus.¹⁸

Selbst wenn aber nun der Ansicht des OLG Wien folgt, bleibt noch immer zu beurteilen, ob die Verwirklichung des *objektiven* Tatbestandes ausreicht, um Opfer einer strafbaren Handlung *geworden* zu sein? Oder muss auch der *subjektive* Tatbestand erfüllt sein? Und vor allem: Sind *Rechtfertigungsgründe* zu berücksichtigen?

Diese Fragen stellen sich nämlich dann, wenn das Strafverfahren gegen die Exekutivbeamten eingestellt und damit fraglich wird, ob die/der Mj überhaupt Opfer einer strafbaren Handlung geworden ist. Kurz gesagt: Ist § 7 a MedienG auch anwendbar, wenn bspw das Handeln der Exekutivbeamten zwar in objektiver und subjektiver Hinsicht einen Straftatbestand erfüllt hat, aber allenfalls durch einen entsprechenden Gerichtsauftrag gerechtfertigt werden konnte?

12) OLGW 17 Bs 134/05p.

13) Diese Frage wurde vom OLG Wien 17 Bs 114/05 x im Verfahren gegen der „Kurier“, dessen Berichterstattung mit Ausnahme der Bildpräsentationen durchaus maßvoll ausgefallen ist, zunächst wenig überzeugend dahingehend beantwortet, dass die Interessensbeeinträchtigung ausschließlich durch die (Bild)Darstellungen der gesamten Umstände der Kindesabnahme erfolgt sei. Nicht die in der Berichterstattung anklingende Behauptung einer körperlichen Verletzung des Mj durch die beiden Vollstrecker sei daher geeignet, in den höchstpersönlichen Lebensbereich einzugreifen und eine Bloßstellung zu erwirken, sondern ausschließlich die detaillierte Darstellung des Sorgerechtsstreits.

14) § 7 Abs 1: „In Medien ... erörtert oder dargestellt“; § 7b Abs 1: „In einem Medium als überführt oder schuldig hingestellt“.

15) Im Schriftum gehen *Berka* (in *Berka/Höhne/Noll/Polley* MedienG § 7a Rz 8) und *Brandstetter/Schmid* (§ 7a Rz 13) davon aus, dass ein Tatbestand verwirklicht wurde bzw eine gerichtlich strafbare Tat an dieser Person begangen wurde, unabhängig davon, ob ein Gerichtsverfahren eingeleitet wurde oder nicht. Eine bloß erfundene Straftat kann den Anspruch nach § 7a MedienG jedenfalls nicht begründen (*Berka* aaO Rz 8). Auch den Materialien zur Gesetzzerdung sei kein Hinweis daraus zu entnehmen, dass sich die Opfereigenschaft nicht allein nach den tatsächlichen Gegebenheiten bestimmte. Nach der Regierungsvorlage ist Opfer einer strafbaren Handlung jede durch die strafbare Handlung unmittelbar verletzte (tatsächlich [am Körper] oder in ihren Rechten beeinträchtigte) Person (503 BlgNr 18 GP, 12).

16) Gerade das Opfer einer strafbaren Handlung soll nicht durch eine ausufernde Berichterstattung ein zweites Mal Opfer werden (sekundäre Viktimisierung; 503 BlgNr 18. GP, 11). Dabei wird nicht verkannt, dass auch eine Falschmeldung die persönliche Integrität verletzen kann, doch stehe den Betroffenen, sofern dadurch der höchstpersönliche Lebensbereich tangiert ist, ein Anspruch nach § 7 MedienG bzw nach § 9 MedienG zu. Darüber hinaus bestehen auch zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen.

17) Strafbare Handlung meint in diesem Zusammenhang nicht bloß die rechtliche Kategorie, der eine Tat subsumierbar ist, sondern ein sinnlich wahrnehmbares Ereignis in der Außenwelt, dass den objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklicht.

18) Vgl 14 Os 49, 50/04, MedienR 2004, 236.

Diese Fragen hat das OLG Wien bisher noch *nicht* beantwortet, nachdem die *erste* Instanz Rechtfertigungsgründe berücksichtigt wissen will¹⁹ und daher eine Anwendbarkeit von § 7a MedienG abgelehnt hat.²⁰

Meines Erachtens kommt es auf den subjektiven Tatbestand und allfällige Rechtfertigungsgründe *nicht* an, weil das Vorliegen des objektiven Tatbestandes ausreicht:

Obwohl der Begriff „strafbare Handlung“ im Allgemeinen Rechtswidrigkeit und Schuld einschließt, ist zu beachten, dass er weder im StGB noch in der StPO einheitlich in diesem Sinn verwendet wird und daher jeweils im Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden muss, welcher Bedeutungsinhalt ihm konkret zugrunde liegt.²¹

Wenn daher § 7a MedienG die Opfereigenschaft an eine (gerichtlich) „strafbare Handlung“ knüpft, so ist (auch) damit nur der *objektive* Tatbestand gemeint. Wie schon das OLG Wien in 17 Bs 134/05p ausführt, reicht für die Auslegung des § 7a MedienG die reine Wortinterpretation nicht aus. Vielmehr ist nach dem *Zweck* der Bestimmung und deren Schutzzumfang zu fragen. Der Opferschutz greift nach dem Telos der Bestimmung schon dann, wenn der objektive Tatbestand einer strafbaren Handlung *verwirklicht* wurde und nicht erst, wenn deshalb auch ein allfälliger Täter *verurteilt* worden ist.

Andernfalls käme man zum widersinnigen Ergebnis, dass etwa die identifizierende Berichterstattung über das Opfer einer *Vergewaltigung* durch einen zurechnungsunfähigen Täter oder über das Opfer einer schweren Körperverletzung mit Dauerfolgen, deren Täter sich auf rechtfertigenden Notstand berufen kann, *zulässig* wäre, obwohl die *Schutzwürdigkeit* der Opfer in diesen Fällen ganz genauso zu beurteilen ist: beim Täter vorliegende Schuldausschluss- oder Rechtfertigungsgründe haben auf das von § 7a MedienG geschützte Interesse des Opfers, nicht einer breiten Öffentlichkeit gegenüber identifiziert bzw. auch nur identifizierbar gemacht zu werden, *keinerlei* Einfluss. Eine im Hinblick auf den Opferschutz daher völlig unsachliche (und daher letztlich *gleichheitswidrige*) Differenzierung kann dem Gesetzgeber des § 7a MedienG nicht unterstellt werden.

Deshalb ist auch das OLG in 17 Bs 134/05p zu dem richtigen Schluss gekommen, dass sich ‚*die Opfereigenschaft aus einer stattgefunden habenden Verletzung geschützter Rechtsgüter ableitet*‘. Als zusätzliches Erfordernis sieht das OLG Wien den Umstand an, dass der Medienkonsument die geschilderten Ereignisse mit einer gerichtlich strafbaren Handlung verbindet.

Welcher Rechtsansicht sich nun das OLG Wien im zweiten Rechtsgang anschließen wird, bleibt abzuwarten.

Auch im Fall eines mj Mädchens, das auf unvorstellbar grausame Art von ihrem Vater und ihrer Stiefmutter misshandelt worden wurde, war die Anwendbarkeit von § 7a MedienG in Bezug auf die identifizierende Berichterstattung in „Krone“ und „Kurier“ strittig.

Zunächst ist die Frage, die hier mangels Rechtskraft des Urteils nicht weiter vertieft werden soll, strittig, ob von einem *Einverständnis* des Mädchens iSd § 7a Abs 3 Z 3 MedienG aufgrund der Zustimmung ihrer – nicht obsorgeberechtigten – Mutter zur *identifizierenden* Berichterstattung auszugehen war.

Strittig war auch, ob das Opfer Identitätsschutz geltend machen kann, wenn die Identifizierung durch die zulässige identifizierende Berichterstattung über die Täter erfolgt ist? Hier entschied sich das OLG Wien für einen konsequenten Opferschutz.²²

Zu prüfen war auch in diesem Fall, ob es wegen der Stellung des mj Opfers in der Öffentlichkeit, wegen eines sonstigen Zusammenhangs mit dem öffentlichen Leben oder aus anderen Gründen ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit gab, im Zuge der Berichterstattung gegen die mutmaßlichen Täter (den Vater und die Stiefmutter) geführten Strafverfahren auch den *Namen* oder sonstige *persönliche* Details zu erfahren, die eine Identifizierung als Opfer dieser geschilderten Straftaten ermöglichten.

Völlig unbestritten war, dass es sich beim mj Opfer nicht um eine Person handelt, an der ein überwiegendes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht. Auch ein sonstiger Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben war zu verneinen.²³

Übereinstimmung herrschte auch dahingehend vor, dass die *identifizierende* Berichterstattung über die mutmaßlichen Täter gerechtfertigt war. Zwar würde an ihnen kein überwiegendes öffentliches Interesse bestehen, auch eine Warn- oder Schutzfunktion der Medien, die eine Durchbrechung des Anonymitätsschutzes der *Täter* rechtfertigen könnten, lagen nicht vor. Eine solche ist nämlich nur in begrenzten Ausnahmefällen begründet, und zwar dann, wenn eine Identifikation des Täters in der Öffentlichkeit ein geeignetes und notwendiges Mittel bedeutet, um weiteren Schaden von der Gesellschaft oder bedrohten Einzelnen abzuwehren. Dies gilt in gleicher Weise für Sittlichkeitsdelikte, sodass es auch in diesem Zusammenhang keinen Freibrief für die Durchbrechung des Anonymitätsschutzes gibt.²⁴

Bei dieser Fallkonstellation würde sich eine Warnfunktion daher auf das unmittelbar soziale und familiäre Um-

19) Und hier auch bejaht hat.

20) Ein Berufungsverfahren ist anhängig.

21) *Kienapfel*, AT⁷ Z 6 RN 5. So spricht etwa auch § 90 Abs 2 StPO von einer Verständigung der als „der *strafbaren Handlung*“ verdächtig vernommenen Personen, obwohl die Anzeigerücklegung gerade auch wegen fehlender Rechtswidrigkeit oder Schuld erfolgt sein kann. In § 389 Abs 2 StPO wird ebenfalls der Begriff „*strafbare Handlungen*“ verwendet, wo keine gesetzliche Kategorie sondern lediglich der *Lebenssachverhalt* gemeint ist (*Lendl*, WK-StPO § 389 Rz 13). Ebenso spricht § 26 Abs 2 StGB von „an der *strafbaren Handlung* nicht beteiligten“ Personen, obwohl sich aus

dem Zusammenhang mit Abs 1 ableiten lässt, dass bei der ‚Anlasstat‘ für die Einziehung *Tatbestandsmäßigkeit* genügt.

22) OLG Wien 17 Bs 110/06k.

23) Mag auch eine gewisse Berechtigung bestehen, die Öffentlichkeit über psychologische Abläufe von Gewalt- und Sexualverbrechen innerhalb des engsten Familienkreises aufzuklären und für das Thema zu sensibilisieren, bestand keine Notwendigkeit, dies in einer Form zu tun, die die Identität des Opfers preisgab, wäre doch die Schilderung des Tatgeschehens und der Tathandlungen jedenfalls auch ohne Identifizierung des Opfer möglich gewesen.

24) OLG Wien 17 Bs 110/06k mHa *Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley* MedienG² § 7a RZ 30. Nachdem sich hier die beiden mutmaßlichen Täter seit Monaten in Haft befanden und die Straftaten nur an einem einzigen Opfer begangen wurde, bestand im Strafverfahren kein konkreter Anhaltspunkt, dass sie noch weitere unaufgeklärte oder länger zurückliegende Straftaten zu verantworten hätten, an deren Aufdeckung die Öffentlichkeit mitwirken könnte.

feld der mutmaßlichen Täter, als Kreis möglicher weiterer Opfer beschränken. Diese Personen sind jedoch bereits durch die Tatsache, dass gegen die beiden mutmaßlichen Täter ein Strafverfahren wegen der an ihrer Tochter bzw Stieftochter begangenen Straftaten geführt wurde, hinreichend gewarnt, sodass allein darin kein „anderer Grund“ zu erblicken ist, der ein Durchbrechen ihres Anonymitätsschutzes rechtfertigt.

Fortkommen

Der Begriff des Fortkommens als Inhalt schutzwürdiger Interessen im Sinne diese Bestimmung betrifft vorrangig den Gesichtspunkt der Wiedereingliederung von Rechtsbrechern in die Gesellschaft. Bei der Beurteilung einer Gefahr einer unverhältnismäßigen Fortkommensbeeinträchtigung kommt neben dem Umstand der Ersttäterschaft oder der bereits gegebenen Rückfälligkeit auch dem den Betroffenen in Verbindung mit der Strafverfolgung erwachsenden Nachteil entscheidendes Gewicht zu. Je weniger eingreifend die Maßnahmen der Strafverfolgung sind, umso nachteiliger fällt für den Betroffenen eine identifizierende Berichterstattung aus.²⁵ Im Fall eines Verfahrens wegen eines Kapitalverbrechens, nämlich eines länger andauernden, mit schweren Misshandlungen und Verletzungen einhergehenden sexuellen Missbrauches am eigenen Kind und einer Berichterstattung über die Hauptverhandlung kann angesichts einer Strafdrohung von bis zu 15 Jahren, die im konkreten Fall auch hinsichtlich beider Täter ausgeschöpft wurde, von einer unverhältnismäßigen Fortkommensbeeinträchtigung der Betroffenen nicht gesprochen werden.

Die Zulässigkeit der identifizierenden Berichterstattung in Bezug auf die Täter bewirkt jedoch nicht automatisch die Zulässigkeit der identifizierenden Berichterstattung im Hinblick auf das jeweilige Opfer der Straftat. Denn bei der Preisgabe der Identität des Opfers einer Straftat ist ein strenger Maßstab anzulegen, weil das Opfer einer strafbaren Handlung nicht durch eine ausufernde Berichterstattung ein zweites Mal zum Opfer werden soll.²⁶

Ein Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben kann somit nicht ohne weiteres und aufgrund eines noch so spektakulären Strafverfahrens auch auf das Opfer bezogen werden.²⁷ Vielmehr bedarf auch hier die Preisgabe der Identität des Opfers einer sorgfältigen eigenständigen Prüfung, bei der

Präsentation des juridikum 4/06 Recht und Psychoanalyse

in Kooperation mit der
Sigmund Freud Privatuniversität

13. Dezember 2006 • 19:00 Uhr
Wiener Juridicum, Dachgeschoss
Schottenbastei 10–16, 1010 Wien

- **Pia ABEL:**
Blut und Schande – Inzest im Strafrecht
- **Antke ENGEL:**
Post-ödipale Begehrenstheorien
aus queer-theoretischer Perspektive
- **Stefan HÄUSSLER:**
Die Genealogie der Lacan’schen
Rechtsphilosophie
- **Martin SCHULTE:**
Symbolische Autorität
im Spiegel von Orwells 1984

Moderation:

Alfred Pritz (Rektor der Sigmund Freud Privatuniversität)

Die AutorInnen stellen ihre Beiträge zum
Thema des juridikum 04/2006: „Recht und Psychoanalyse“
vor und diskutieren diese.

Im Anschluss an die Präsentation werden Getränke gereicht.

nicht maßgeblich ist, ob die identifizierende Berichterstattung in Bezug auf die Täter zulässig war. Die eigenständige Interessensabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse auf Berichterstattung und dem Interesse des mj Opfers auf Nichtveröffentlichung seiner Identität als Opfer der Straftat fiel hier zu Gunsten des Schutzes ihrer Privatsphäre aus.

Die in Bezug auf die Verdächtigen oder Täter einer gerichtlich strafbaren Handlung erlaubte identifizierende Berichterstattung ist somit dann *unzulässig*, wenn durch die detailgetreue Schilderung der Tat aufgrund der Beziehung der Täter zum Opfer zwangsläufig auch dessen Identität preisgegeben wird. In solchen Fällen hat das Opfer dennoch Anspruch auf Entschädigung nach § 7a MedienG.

Dr.ⁱⁿ Maria Windhager ist Rechtsanwältin in Wien und war als Rechtsvertreterin der Mj an den geschilderten Verfahren beteiligt; maria_windhager@nexta.at

25) OLG Wien 17 Bs 172/00 = MR 2000, 214.
26) Sekundäre Viktimisierung, 503 BlgNR 18. GP, 11.
27) OLG Wien 18 Bs 28/95 = MR 1997, 17.

Das neue Fremdenrecht aus feministischer Sicht

Florina Platzer

Es ist über ein halbes Jahr vergangen, seit das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) sowie das Fremdenpolizeigesetz (FPG) in Kraft getreten sind. Die Tatsache, dass der Verfassungsgerichtshof (VfGH) sowohl das NAG als auch das FPG bereits auf ihre Verfassungsmäßigkeit prüft, bestätigt meine Ansicht, wonach einzelne Regelungen in beiden Gesetzen gegen die EMRK, insbesondere gegen das durch Art 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verstoßen. Ich möchte mich in meinem Beitrag jedoch nicht mit der Verfassungskonformität der beiden Gesetze auseinandersetzen, sondern vielmehr auf die prekäre rechtliche Situation von Migrantinnen [gemeint: drittstaatsangehörige Frauen] in Österreich aufmerksam machen, die durch das NAG und das FPG noch weiter verschärft wurde. Schon nach alter Rechtslage hatten Migrantinnen nur wenige Möglichkeiten in Österreich einen Aufenthaltstitel für den dauernden Aufenthalt zu erlangen. Es bestand die Möglichkeit des Familiennachzugs aufgrund einer Ehe. Diesen Weg sieht das NAG weiterhin vor. Auch ein Aufenthaltstitel als sogenannte „Schlüsselkraft“ war und ist, sofern die strengen Voraussetzungen dafür erfüllt werden können, ein Weg zum dauernden Aufenthalt in Österreich. Aufgrund der sogenannten „Einkommensschere“, wonach Frauen für die gleiche Arbeit bis dato immer noch wesentlich geringer entlohnt werden, hatten/haben Migrantinnen aber deutlich weniger Chancen darauf. Sie wurden/werden meist in den sogenannten Billiglohnssektor (Reinigungskräfte im Haushalt, Pflege etc) gedrängt. Ein Aufenthaltstitel für den dauernden Aufenthalt konnte weiters auch als Künstlerin, Wissenschaftlerin, oder Journalistin erlangt werden. Das NAG sieht für di-

ese Berufsgruppen allerdings nur mehr einen vorübergehenden Aufenthalt mit einer Aufenthaltsbewilligung vor. Das gilt im übrigen auch für alle, die bereits eine Niederlassungsbewilligung, etwa als Künstlerin hatten. Sie wird nur noch als Aufenthaltsbewilligung verlängert. Sexarbeiterinnen konnten nach alter Rechtslage bzw aufgrund eines entsprechenden Erlasses eine Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden, aber zumindest in Österreich verlängerbaren Aufenthaltsstatus bekommen. Diese Möglichkeit wurde im NAG ersatzlos gestrichen. Frauen, die einen solchen Aufenthaltstitel bereits hatten, können nur noch ein Visum bekommen, das in Österreich aber nicht verlängerbar ist.

Es zeigt sich somit, dass Migrantinnen außerhalb des Familiennachzugs aufgrund einer Ehe kaum eine andere Möglichkeit bleibt, ihren Aufenthalt auf Dauer anzulegen. Eine österreichische bzw eine in Österreich lebende EWR-Bürgerin kann frei und autonom entscheiden, ob und wen sie heiratet. Migrantinnen haben nahezu keinen anderen (Aus-)Weg. Wie ich aus eigener Erfahrung als rechtliche Beraterin bei maiz (Autonomes Integrationszentrum von und für Migrantinnen in Linz) berichten kann, entschließen sich aus diesem Grunde viele Migrantinnen ihre (Lebens-)Partner zu heiraten, auch wenn sie das nach ihrem Lebensplan eigentlich nicht vor hatten. Die neue Rechtslage wird meines Erachtens daher zu einer (weiteren) Verstärkung der Abhängigkeit der Migrantinnen von Männern führen. Da ihr Aufenthaltsstatus – wie ausgeführt – weiterhin fast ausschließlich an den Status als Familienangehörige anknüpft, harren viele in einer Gewaltbeziehung aus, um ihr Aufenthaltsrecht in Österreich nicht zu gefährden oder gar zu verlieren. Denn erst

nach fünfjähriger Ehe besteht die Möglichkeit einen unbefristeten und von der Ehe unabhängigen Aufenthaltstitel zu erlangen. Zwar sieht das NAG unter bestimmten Voraussetzungen (siehe § 27 und § 47 NAG) vor, dass die Behörde bei Beendigung der Ehe vor Ablauf von fünf Jahren oder in Härtefällen (etwa bei familiärer Gewalt), den betroffenen Frauen eine eigene, vom Ehegatten unabhängige Niederlassungsbewilligung gewähren kann. Einfach ist dieser Weg aber insofern nicht, als die Frauen dann selbst über ein ausreichendes Einkommen verfügen müssten. Nach derzeitiger Rechtslage bedeutet dies, dass die Migrantin einen monatlicher (Netto-)Betrag in der Höhe von € 690,- ins Verdienen bringen muss. Wie erwähnt, können die betroffenen Frauen überwiegend lediglich im sogenannten Billiglohnssektor eine Beschäftigung finden können. Die gesetzlich geforderte Einkommenshöhe wird daher zum schier unüberwindbaren Hindernis, insbesondere wenn Kinder vorhanden sind. Die betroffenen Migrantinnen werden daher eine Scheidung erst gar nicht in Erwägung ziehen.

Es bleibt zu hoffen, dass die politischen EntscheidungsträgerInnen dieses Landes die Situation, in der wir uns [auch ich bin Migrantin] befinden, erkennen und die rechtlichen Rahmenbedingungen schaffen, die es auch uns ermöglichen, über unser Leben autonom und frei bestimmen zu können.

Mag.^a Florina Platzer arbeitet an einer Dissertation zum Thema „Frauen in bikulturellen Ehen“ und ist Beraterin bei maiz – Autonomes Integrationszentrum von und für Migrantinnen, Linz; florina30@yahoo.com.