

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat nr 4. 2006

thema 

Recht und Psycho- analyse

recht & gesellschaft

Global legal village

Ausbürgerung im Austrofaschismus

Völkerrecht – Verfassung –
politische Aktion

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

Die Wissensbilanz – Verschmelzung von Kleingeist und Ideologie

Judith Schacherreiter

Neben vielen anderen bildungspolitischen Glanzstücken findet sich im Nachlass der Bundesministerin Gehrler die so genannte Wissensbilanz-Verordnung (BGBl II Nr 63/2006). Im Frühjahr 2007 sind die Universitäten erstmals verpflichtet, dem Bundesministerium eine in Aufbau und Inhalt den Vorgaben dieser Verordnung entsprechende Wissensbilanz zu liefern.

Eine Wissensbilanz ist – wie der zeitgeistige Begriff verrät – eine Bilanz über Wissen. Das Konzept kommt (wie so viele andere anregende bildungspolitische Innovationen der letzten Jahre) aus der Betriebswirtschaftslehre. Die ursprüngliche Idee dahinter ist es, immaterielle Vermögenswerte von Unternehmen, wie etwa Know-How oder Kundenbeziehungen, in Bilanzform darzustellen, um einerseits nach außen, insbesondere gegenüber InvestorInnen, Zukunftschancen aufzuzeigen und andererseits unternehmensintern strategische Ziele festzulegen. Kreativ und originell, wie unsere Bildungspolitik heute ist, übertragen das Universitätsgesetz 2002 und die Wissensbilanz-Verordnung dieses Konzept auf die Hochschulen und übernehmen dabei weitgehend unverändert betriebswirtschaftliche Entwürfe und Begrifflichkeiten.

So haben die Universitäten etwa über ihr „intellektuelles Vermögen“ folgendermaßen zu bilanzieren: Das intellektuelle Vermögen umfasst – so § 3 der Verordnung – Humankapital, Strukturkapital und Beziehungskapital. Diese Kapitalformen sind in der Bilanz durch bestimmte Kennzahlen auszuweisen.

Dem Humankapital etwa sind die folgenden Kennzahlen zugeordnet: Personal, Anzahl der erteilten Lehrbefugnisse, Anzahl der Berufungen an und von der Universität, Anzahl der „outgoing“ und „incoming“ WissenschaftlerInnen sowie

Anzahl der Teilnahmen an Weiterbildungsmaßnahmen. Die „Zählkategorie“ für die Kennzahl „Personal“ wird übrigens mit „Köpfen“ festgelegt. Gut, dass die Verordnung dies klarstellt. Theoretisch kämen ja auch Arme, Beine, Finger oder Zähne in Betracht. Schade, dass man im Ministerium nicht daran gedacht hat, innerhalb des Humankapitals eine Kategorie „Umlaufvermögen“ vorzusehen. Diese wäre nämlich seit der Einführung der befristeten Dienstverhältnisse vortrefflich zur Erfassung der AssistentInnen geeignet, handelt es sich doch beim Umlaufvermögen um jene „Gegenstände, die nicht bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen“ (§ 198 Unternehmensgesetzbuch).

Die zweite Kapitalform, in der sich das intellektuelle Vermögen der Universitäten niederschlägt, ist, wie erwähnt, das so genannte Strukturkapital. Diese Kapitalform umfasst ein recht breites Sammelsurium von Kennzahlen, bei denen – zumindest auf den ersten Blick – teilweise nicht ganz einsichtig ist, was diese eigentlich miteinander zu tun haben. So zählen zum Strukturkapital etwa Aufwendungen für Frauen, Behinderte, Kranke und Online-Forschungsdatenbanken.

Kommen wir zum Beziehungskapital, der dritten Form intellektuellen Vermögens. Das Beziehungskapital einer Universität ergibt sich laut Verordnung unter anderem aus der Anzahl der Mitglieder in Berufungs- und Habilkommissionen, der Anzahl der Unternehmen, die mit der Universität Kooperationsverträge geschlossen haben, der Anzahl von Personen mit einer Funktion in Fachzeitschriften und – diese Kategorie tanzt jetzt etwas aus der Reihe – der Anzahl der Bibliotheksentlehnungen.

Warum eine Ansammlung von Zahlen, angefangen von den Köpfen der

Bediensteten, über die Aufwendungen für Behinderte und Forschungsdatenbanken, bis zur Anzahl der Bibliotheksentlehnungen, Aufschlüsse über das intellektuelle Vermögen einer Universität geben soll, bleibt unergründlich. Tatsächlich gibt nämlich etwa die Zahl der Bibliotheksentlehnungen zunächst einmal über nichts anderes Auskunft als eben über die Zahl der Bibliotheksentlehnungen. Man fragt sich, ob alle Zahlen der Bilanz am Ende auch noch addiert werden sollen und was die Summe einer solchen Addition dann wohl bedeuten könnte. In jedem Fall würde sie eine einfache Reihung zwischen den bilanzierten Universitäten erlauben und Rankings sind schließlich mindestens so modern wie Wissensbilanzen. Mit ernsthaften Überlegungen über die intellektuellen Leistungen und Aufgaben der Universitäten hat das alles aber wenig zu tun.

Entgegen der Ansage in § 2 der Verordnung geht es allerdings in Wahrheit auch überhaupt nicht darum, ernsthaft das Leistungsspektrum universitärer Bildung zu überdenken, sondern schlicht darum, Intellektualität und Wissensvermittlung in einen Wust von Zahlen zu gießen, die gesellschafts- und bildungspolitische Fragen in einfache Rechenaufgaben auf Volksschulniveau verwandeln. Das ist eine feine Sache für den schlichten Geist und für die zeitgeistigen IdeologInnen, die sich unter Verweis auf Wissensbilanzen hinter einer quasi-objektiven Beurteilung bildungspolitischer Fragen verstecken können. Die Wissensbilanz soll nämlich auch als Grundlage für den Abschluss von Leistungsvereinbarungen und damit für die finanzielle Ausstattung der Hochschulen herangezogen werden (§ 2 Wissensbilanz-Verordnung). Ideologische Entscheidungen zB gegen die Förderung und für das Kaputtsparen der so genannten Orchideenfächer lassen sich damit als objektive Entscheidungen darstellen, die nicht Ergebnis ideologischer, politischer und wirtschaftlicher Kräfteverhältnisse und Interessen sind, sondern das Resultat wertfreier mathematischer Kalkulationen. Und Stimmen, die gegen diese pseudo-objektiven Entscheidungen protestieren, können leicht entweder als gestrig und verzopft oder als ideologisch abgetan werden. Ein politischer Diskurs vom Feinsten!

Inhalt

recht & gesellschaft

I. Reiter/C. Rothländer	Ausbürgerung, Teil I	173
Marianne Schulze	„Justice must be done“ – and the reference & context are (often) unseen	177
Gerhard Stuby	Wolfgang Abendroths These des „transformatorischen“ Charakters von Verfassung und Völkerrecht	181

thema: recht und psychoanalyse

Judith Schacherreiter	Vorwort	187
Herwig Gottwald	Der Ödipus-Mythos und seine Rezeption in Literatur und Philosophie	188
Pia Abel	Blut und Schande – Inzest im Strafrecht	193
Martin Schulte	Der traumatische Kern der symbolischen Autorität und das institutionalisierte Phantasma des Genießens.....	199
Stefan Häußler	Der Ort der Sozialnorm	204
Antke Engel	Szenarien des Begehrens	210
Peter Goodrich	The Pythagoras Complex	216

rubriken

vor.satz	Judith Schacherreiter Die Wissensbilanz – Verschmelzung von Kleingeist und Ideologie	169
merk.würdig	Marco Nademleinsky 1. Arbeiten macht müde – 2. Müde Mütter sind schlechte Mütter – 3. ?	171
nach.satz	Miriam Broucek Das Familienrechtsänderungsgesetz 2006	224
impresum	172

1. Arbeiten macht müde

2. Müde Mütter sind schlechte Mütter

3. ?

OGH vom 29. 4. 2003, 4 Ob 17/03h

Marco Nademleinsky

Aus eins und zwei mach drei: arbeitende Mütter sind schlechte Mütter. Oder jedenfalls schlechtere Mütter, als nicht arbeitende Mütter. Unter anderem auf dieses Argument stützt sich der vierte Senat des OGH – der „Wettbewerbs-senat“ – in der (bislang unkommentiert gebliebenen) Entscheidung 4 Ob 17/03h.

Wettbewerberin im Fall war eine geistig minderbegabte Frau (IQ 81). Sie hatte die Volks- und anschließend die Sonderschule besucht, arbeitete dann als angelernte Schneiderin und später auf einem geschützten Arbeitsplatz beim Stadtmagistrat Innsbruck, wo sie zunächst Hilfsarbeiten (Botengänge, Aktenscannen uä) erledigte und dann in den Bereich des städtischen Kindergartens wechselte. Gegen Ende des Jahres 1997 bekam sie einen Sohn, Jakob, den sie ohne seinen Vater aufzog. Sie ging mit ihm regelmäßig zum Arzt und ließ termingerecht die notwendigen Untersuchungen und Impfungen vornehmen. Bei Jakob waren weder Anzeichen von Vernachlässigung noch Misshandlung festzustellen.

Irgendwann später lernte Jakobs Mutter ihren (auch noch heutigen) Lebensgefährten kennen und zog mit Jakob zu ihm. Es kam zu Streitigkeiten, sie zog mit Jakob wieder aus und nach kurzem Aufenthalt im Frauenhaus am 1. 5. 1999 in eine Stadtwohnung. Weil im Juni 1999 ihre Karenzzeit endete und sie wieder ihre Arbeit im Stadtmagistrat Innsbruck aufnahm, gab die Mutter ihren Sohn in eine Krabbelstube. Dort wurden am 19. 5. 1999 mehrere

blaue Flecken an Jakobs Oberschenkel entdeckt, woraufhin der Bub noch am selben Tag auf Intervention des Stadtjugendamts stationär in die Kinderklinik aufgenommen wurde. Die behandelnden Ärzte stellten ua folgende Diagnose: Verdacht auf Vernachlässigung bei generell leicht reduziertem Pflegezustand; auffälliges Hämatom am rechten Oberschenkel; Windeldermatitis.

Am 30. 6. 1999 treten die Mitbewerber auf den Plan: ein (prospektives) Pflegeelternpaar mit bereits drei eigenen Kindern und einem Adoptivkind. Die Sozialarbeiterin des Innsbrucker Stadtjugendamts sagt ihnen sogleich die Dauerpflege Jakobs zu. Jakobs Mutter ist erstmal mit dessen Unterbringung bei den Pflegeeltern einverstanden.

In der folgenden Zeit bessern sich die Lebensverhältnisse der Mutter. Die zweiwöchentlichen Besuchskontakte mit ihrem Sohn verlaufen positiv. Dass dem so sei, liege an der Sicherheit und Geborgenheit, die die Pflegeeltern Jakob vermittelten – stellt später das Erstgericht fest.

Im April 2002 will es Jakobs Mutter schließlich wissen: sie widerruft ihre Einwilligung zur Unterbringung Jakobs. Das Erstgericht holt das Gutachten des Kinderpsychologen Dr. K* ein: Jakob sei kognitiv gut entwickelt, selbstbewusst, stabil und „unproblematisch“; seine Mutter habe einen Nachreifungsprozess durchgemacht, ihre soziale Situation sei stabil, sie komme mit ihren derzeitigen Lebensaufgaben gut zurecht, sei fähig, mit ihrem Sohn positiv umzugehen und es könne ihr nicht

jede Erziehungskompetenz abgesprochen werden. Bleibt die Frage: würde eine Rückführung das Wohl Jakobs ernsthaft gefährden? Der Gutachter meint: ja. Ein solches Lebensereignis wirke destruktierend, löse Irritation, Angst und Verwirrung aus und könne zu massiven Verhaltensauffälligkeiten führen. Diese Situation erfordere besondere Erziehungsarbeit, die die Mutter nicht leisten könnte.

An dieser Stelle hätte der OGH besser innegehalten. So soll auch das Ergebnis der Entscheidung hier gar nicht kritisiert werden. Sofern das Gericht, gestützt auf Expertengutachten, der Ansicht war, eine Trennung des Kindes von seiner Pflegefamilie käme nach knapp vier Jahren (zur Zeit der Erstentscheidung waren es allerdings erst zwei Jahre) nicht mehr in Frage, weil dies das Kindeswohl ernsthaft gefährden würde, geht dies völlig in Ordnung.

Bloß, der vierte Senat ist mitteilksam. Im folgenden seine Argumente:

1.) Jakobs Mutter sei nicht bereit, eigene Fehler einzugestehen und die Belastungen zu sehen, die sich für Jakob ergeben, wenn er zu ihr zurück muss. Vielmehr habe sie gemeint, sie sehe „kein Problem“ darin, dass Jakob einen wiederholten Bindungsabbruch erleiden würde. Diese Feststellung des OGH fesselt die Mutter in einer lose/lose Situation: Sie hat nur die Wahl, zuzugeben, die Rückkehr stelle für das Kind eine untragbare Belastung dar, oder dies abzustreiten – und sich damit den Vorwurf der Uneinsichtigkeit einzuhandeln. Vergleichen wir dazu oben: dass sich die Besuchskontakte so problemlos gestalteten, wurde den Pflegeeltern zugute gehalten. Warum nicht der Mutter?

2.) „Die Pflegeeltern und seine Pflegegeschwister sind Jakobs Familie; [...] Diesen Verlust könnte seine Mutter selbst dann nicht wettmachen, wenn sie dazu in der Lage sein sollte.“ Der Satz ist vorderhand widersprüchlich. Mit „in der Lage sein“ ist wohl die Erziehungsfähigkeit der Mutter gemeint. Jedoch

3.) sei die Mutter dazu ohnehin nicht in der Lage. Denn sie „ist bereits jetzt durch ihre Arbeit gefordert (laut Angabe des Lebensgefährten ist sie jedesmal ziemlich müde, wenn sie von ihrer Arbeit nach Hause kommt: AS 359)“, so der OGH. Dem gegenüber steht der

drohende Verlust der Pflegemutter – einer „Pflegemutter, die offenbar nicht berufstätig ist und das Kind daher betreuen konnte und könnte“. Ist sich der OGH hier der gesellschaftspolitischen Bedeutung seiner Aussage bewusst?

4.) Allein, es galt zu bedenken, dass der Verbleib Jakobs in der Pflegefamilie später zu einer Traumatisierung führen könnte. Der OGH löst mathematisch: „erheblicher sicherer Nachteil sofort“ wiegt stärker als „ungewisser befürchteter Nachteil später“. Endergebnis: Die Situation wird beibehalten – „Jakob hat dann auf Dauer zwei Mütter; ein Zustand, ... der für ihn ... nur Pluspunkte aufweist“. Und wir meinten, iudex non calculat ;-).

Nochmal: die Entscheidung mag im Ergebnis in Ordnung gehen. Rechtlich ist sie nicht unproblematisch, doch das gilt es an anderer Stelle zu besprechen. In ihrer Argumentation aber ist sie mehr als *merkwürdig*.

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

Thema Heft 1/2007
Urheberrechtsdebatten
 Thema Heft 2/2007
Migration – Sexarbeit – Frauenhandel

Heftrückschau
 Die juridikum-Themen seit 2001

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

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

Impressum

juridikum
 Zeitschrift 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, Kandlgasse 21
 A-1070 Wien, Tel. 01/610 77
 Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589
 E-Mail: order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at
 Redaktionsassistenz: Mag^a. Ingrid Faber

Preis: Jahresabonnement: Euro 38,- ,
 Studierendenabonnement: 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 Soyler; Mag. Thomas Sperlich; Mag. Joachim Stern; RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer; Ass. Mag. Dominik Thompson; Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin; RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria Windhager

AutorInnen dieser Ausgabe:
 Pia Abel, Miriam Broucek, Antke Engel, Peter Goodrich, Herwig Gottwald, Stefan Häußler, Marco Nademleinsky, Ilse Reiter, Judith Schacherreiter, Martin Schulte, Marianne Schulze, Gerhard Stuby

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
j.schacherreiter@juridikum.at
 RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer:
a.stuefer@juridikum.at
 Mag. Matthias C. Kettemann:
m.kettemann@juridikum.at
 Ass. Mag. Lukas Oberndorfer:
l.oberndorfer@juridikum.at
 Das **juridikum** ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge werden anonym an externe GutachterInnen ausgesandt, bevor über eine Veröffentlichung entschieden wird.

Ausbürgerung

Politisch motivierter Staatsbürgerschafts-
verlust im Austrofaschismus... (Teil I)

Ilse Reiter/Christiane Rothländer*

... und kein Ende?

Verschiedene europäische Staaten reagierten in jüngster Vergangenheit auf die herrschenden Terrorismus- und „Überfremdungs“-Ängste vermehrt mit Verschärfungen des Einbürgerungsrechts, die auch die politische Gesinnung der EinbürgerungswerberInnen im Visier haben. So schloss Österreich etwa 2005 mit einer Staatsbürgerschafts-Novelle Personen mit „Naheverhältnis zu einer extremistischen oder terroristischen Gruppierung“ von einer Einbürgerung aus und führte einen Test über Grundkenntnisse der demokratischen Ordnung und österreichischen Geschichte ein.¹ In Deutschland beschränkte man 2000 nicht nur die Doppelstaatsbürgerschaften,² sondern einzelne Länder setzten auch Fragenkataloge für EinbürgerungswerberInnen in Kraft, die auf die politische bzw. weltanschauliche Einstellung derselben abzielen³ und damit auch eine Grundlage für allfällige spätere Ausbürgerungen bzw. Expatriationen wegen Falschangaben im Einbürgerungsverfahren liefern könnten. Dafür spricht auch, dass der deutsche Bundesgerichtshof im Mai 2006⁴ explizit die grundsätzliche Zulässigkeit der Rücknahme einer erschluchten Einbürgerung sogar im Falle einer sich daraus ergebenden Staatenlosigkeit feststellte. Für weltweite Schlagzeilen sorgte jüngst auch der Widerruf der Einbürgerung im

Falle Ayaan Hirsi Alis in den Niederlanden wegen falscher Angaben in ihrem seinerzeitigen Asylverfahren.

Von diesen Ausbürgerungen in Form des Widerrufs einer Einbürgerung (Expatriation in Form der Denaturalisation) sind aber solche zu unterscheiden, die aus Gründen der Sicherung oder Stabilisierung eines politischen Systems bzw. einer Ideologie erfolgen. Beide Varianten verknüpfte kürzlich (2003) der US-amerikanische Entwurf für den Domestic Security Enhancement Act (Patriot II),⁵ der eine „Expatriation of Terrorists“ vorsah. Von der „Denationalization“ sollten sowohl eingebürgerte als auch in den USA geborene Personen betroffen sein, welche vom General Attorney als terroristisch bezeichneten Organisationen, wie etwa der Al Kaida des 1994 aus Saudi Arabien ausgebürgerten Osama bin Laden, angehören oder diese unterstützen.⁶ Damit griff das Bush-Government auf ein Instrument zurück, das – in den USA zuletzt 1940 bzw. 1954 geregelt – 1967 vom Supreme Court als verfassungswidrig erklärt worden war. Im Staatsangehörigkeitsrecht verschiedener Warschauer-Pakt-Staaten war hingegen die politische Ausbürgerung bis zum Zusammenbruch des Ostblocks vorgesehen und wurde häufig angewendet.

„Ausbürgern darf sich nicht einbürgern“, war 1976 das Motto derjenigen,

die gegen die Ausbürgerung von Wolf Biermann protestierten,⁷ dem anlässlich eines Konzertes in Köln auf Beschluss des Politbüros der DDR „wegen grober Verletzung seiner staatsbürgerlichen Pflichten“ die Staatsbürgerschaft der DDR entzogen wurde. Biermann hätte diese Reise nämlich dazu missbraucht, „sich in die von reaktionären Kräften außerhalb des Staatsgebiets der DDR entfaltete Hetzkampagne gegen die DDR einzugliedern“ und damit seine Treuepflicht gegenüber dem Staat verletzt.⁸ Folge dieser Ausbürgerung war eine „Lawine von Reaktionen, die in ihrem Ausmaß von der DDR-Regierung keineswegs... erwartet worden war“.⁹ Für weltweites Aufsehen sorgten auch Ausbürgerungen aus der Sowjetunion in den 1970er-Jahren. So wurde im Jänner 1974 Alexander Solschenizyn aus Anlass der Veröffentlichung des „Archipel Gulag“, in dem er den Terror des kommunistischen Regimes schonungslos beschrieb, aus der UdSSR ausgebürgert und ausgewiesen. Ihm folgten 1978 die beiden russischen Renommierkünstler Mistislaw Rostropowitsch und seine Frau Galina Wischnewskaja, da diese „systematisch Handlungen (begingen), die dem Prestige der UdSSR abträglich und mit der Zugehörigkeit zur sowjetischen Staatsbürgerschaft unvereinbar“ seien. Insbesondere hätten sie durch „ihre provokatorische Tätigkeit und ihre verleumderischen Erklärungen ... im Westen ... das Feuer antisowjetischer Unterstellungen geschürt“.¹⁰ Aber auch in der Tschechoslowakei kam es in dieser Zeit zu politisch motivierten Ausbürgerungen. So wurde zB den Proponenten der Charta 1977 Pavel Kohout und Jiri Grusa die Staatsangehörigkeit 1979 bzw. 1981 entzogen. Mit Expatriationen hatte man in der Tschechoslowakei freilich bereits reichhaltige Erfahrungen, war es dort doch infolge der so genannten Beneš-Dekrete¹¹ bis 1947 zur Ausbürge-

* Teil I wurde von Ilse Reiter verfasst. Teil II erscheint in Heft 1/2007 und wird von Christiane Rothländer verfasst.

1) *Stern*, Grenzen zur Demokratie, juridikum 1/2006, 9.

2) Dazu etwa http://www.tagesschau.de/aktuell/meldungen/0,1185,OID4041498_REF2,00.html; http://www.tagesschau.de/aktuell/meldungen/0,1185,OID4244868_TYP6_THE_NAV_

REF1_BAB,00.html (13.10.2006)
3) Baden-Württemberg und Hessen, dazu <http://www.zeit.de/online/2006/02/gesinnungstest> (13.10.2006)

4) Entscheidung vom 24.5.2006 (2 BvR 669/04).

5) http://www.eff.org/Censorship/Terrorism_militias/patriot-2draft.html (13.10.2006).

6) Nach Section 501 sollte die Ausbürgerung einer Person erfolgen

können, „if, with the intent to relinquish his nationality, he becomes a member of, or provides material support to, a group that the United States has designated a „terrorist organization“, vgl. dazu Joanne Mariner, Patriot Act II's Attack on Citizenship. Denationalization as Punishment, <http://www.counter-punch.org/mariner03082003.html> (13.10.2006).

7) Siehe *Keller/Kirchner* (Hg),

Biermann und kein Ende (1991) 5. 8) *Born*, Kampf um Legitimation, Stabilität und Instabilität der SED-Herrschaftsstrukturen; *Berbig ua* (Hg), In Sachen Biermann (1994) 61.

9) *Berbig/Karlson*, Einleitung, in: *Berbig ua*, In Sachen Biermann, 11.

10) *Neef*, „Ideologisch entartete Elemente“ (1996) 68, 64.

11) Dekret Nr. 33 (2.8.1945).

nung von mehr als zwei Millionen Deutscher und Ungarn gekommen. Jedenfalls hatte sich hinter dem Eisernen Vorhang eine Rechtsfigur erhalten, die in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg infolge der tragischen Erfahrungen mit de-facto- und de-iure-staatenlosen Flüchtlingen international zurückgedrängt werden sollte (UN-Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit 1961¹²).

Ihre wahre Hochblüte hatte die Ausbürgerung freilich – völkerrechtlich weitgehend unumstritten¹³ – in der Zwischenkriegs- und Kriegszeit, und zwar sowohl in Form der Denaturalisation als auch in Form der Aberkennung der Staatsangehörigkeit wegen Pflicht- bzw Treueverletzung dem Heimatstaat gegenüber.

Hochblüte...

Die Denaturalisation wurde bereits während des Ersten Weltkrieges in England und Frankreich eingeführt und danach beibehalten, aber auch Portugal, Italien, Belgien und Rumänien übernahmen während des Kriegs oder unmittelbar danach die Möglichkeit des Widerrufs von Einbürgerungen in ihre Rechtsordnungen. Die Staatenpraxis der 1920er-Jahre kannte darüber hinaus einen politisch motivierten Verlust der Staatsangehörigkeit.

Nach den einschlägigen sowjetischen Bestimmungen von 1921 zB verloren so alle Personen automatisch die Staatsangehörigkeit, die sich als so genannte AltemigrantInnen mehr als fünf Jahre ohne entsprechende Bewilligungen im Ausland aufgehalten hatten, die nach der Oktoberrevolution 1917 als politische Flüchtlinge unerlaubt aus der Sowjetunion ausgereist waren, als BürgerkriegsteilnehmerInnen oder KontrarevolutionärInnen freiwillig in antisowjetischen Heeren gedient hatten oder an kontrarevolutionären Organisationen bzw Unternehmungen beteiligt waren. Ohne Prüfung einer individuellen Pflichtverletzung wurden diese Personen pauschal als TreuebrecherInnen gewertet und expatriert, wovon bis zu zwei Millionen Menschen betroffen waren.

Auch im faschistischen Italien wurde die Ausbürgerung als Instrument gegen RegimegegnerInnen normiert. Insbesondere konnten ab 1926 all jene im Ausland befindlichen italienischen StaatsbürgerInnen, die „durch Gerüchte und falsche Nachrichten“ die „innere Beschaffenheit und das öffentliche Ansehen des italienischen Staates im Ausland (gefährdeten) oder sonstige Staatswidrigkeiten (begingen)“, mit dem Verlust der Staatsangehörigkeit aufgrund Gerichtsurteils bestraft werden. Die Ausbürgerungen in Italien wurden allerdings schon 1929 wieder eingestellt, die wenigen bereits ausgesprochenen Expatriationen 1932 sogar widerrufen.

In Deutschland hingegen nahmen im Nationalsozialismus die Ausbürgerungen enorme Ausmaße an. So wurden nur wenige Monate nach der „Machtergreifung“ Hitlers mit Gesetz vom 14.7. (RGBl I, S 480) sowohl eine Denaturalisation mit primär antisemitischer Stoßrichtung als auch eine Aberkennung der Staatsangehörigkeit aus politischen Gründen zwecks „Bereinigung des Reichsvolks“ eingeführt.¹⁴ Binnen zwei Jahren konnten nun solche Einbürgerungen widerrufen werden, die zwischen der „Novemberrevolution“ (9.11.1918) und der Ernennung Hitlers zum Reichskanzler (30.1.1933) erfolgt, im nationalsozialistischen Deutschland aber als „nicht erwünscht anzusehen“ waren, was „nach völkisch-nationalen Grundsätzen“ entschieden werden sollte. Diese Denaturalisation sollte sich konkret gegen „Kriminelle“, gegen Personen, die „sich sonst wie in einer dem Wohle von Staat und Volk abträglichen Weise verhalten“ hatten, sowie gegen seit 1918 eingebürgerte „Ostjuden“ richten.¹⁵ Mit Einführung dieser vor allem „rassisch“ motivierten Möglichkeit des Staatsangehörigkeitsentzugs stand Deutschland freilich insofern allein da, als die anderen europäischen Staaten die Denaturalisation auf Erschleichungstatbestände oder politische Gründe beschränkt

hatten. In Deutschland betrafen dementsprechend über 66% der insgesamt ausgesprochenen Denaturalisationen (10.487) jüdische Reichsangehörige. Von diesen durch individuell-fakultativen Verwaltungsakt erfolgenden Ausbürgerungen sind allerdings die kollektiv-automatischen Massenausbürgerungen von jüdischen Reichsangehörigen nach der 11. Durchführungs-VO vom 25.11.1941 (RGBl I, S 722) zum Reichsbürgergesetz von 1935 zu unterscheiden. Diese sah vor, dass alle deutschen Juden/Jüdinnen, die sich im Ausland aufhielten oder dorthin begaben, ohne Prüfung des Einzelfalles die Staatsangehörigkeit und ihr Vermögen verloren. Auf diese Weise wurden mehr als 240.000 Personen ausgebürgert und ihres Vermögens beraubt, die als in Vernichtungslager im „Generalgouvernement“ Deportierte unter diese Bestimmung fielen, galt doch das „Generalgouvernement“ im Unterschied zu den „eingegliederten Ostgebieten“ als Ausland.

Die zweite im Gesetz vom 14.7.1933 vorgesehene Ausbürgerungsform stellte hingegen eine Art Strafexpatriation von RegimegegnerInnen dar, mit der im Ausland befindlichen deutschen Reichsangehörigen aufgrund einer einvernehmlichen Entscheidung von Reichsinnen- und Reichsaußenminister die Staatsangehörigkeit entzogen werden konnte, wenn sie entweder „durch ein Verhalten, das gegen die Pflicht zur Treue gegen Volk und Reich verstößt, die deutschen Belange geschädigt“ – also insbesondere der „deutschfeindlichen Propaganda Vorschub geleistet oder das Ansehen oder die Maßnahmen der nationalen Regierung herabzuwürdigen gesucht“ hatten –, oder aber einer „Rückkehraufforderung“ des Reichsinnenministers nicht nachgekommen waren. Zweck einer derartigen Aufforderung war es, „Deutsche im Auslande, gegen die der Verdacht früherer oder gegenwärtiger staats- oder volksfeindlicher Betätigung gegeben“ war, einem „verantwortlichen Verhör“ im Inland zu

12) <http://unhcr.de/pdf/457.pdf> (13.10.2006).

13) Vgl dazu und zum Folgenden *Reiter*, Nationalstaat und Staatsangehörigkeit in der Zwischenkriegszeit – AusländerInnen-ausweisung und politische Aus-

bürgerung in Österreich vor dem Hintergrund des Völkerrechts und der europäischen Staatenpraxis, in: *Hahn/Komlosy/dies.* (Hg.), *Ausweisung, Abschiebung und Vertreibung in Europa* (16.-20. Jahrhundert) (2006) 93-218.

14) *Hepp* (Hg.), *Die Ausbürgerung deutscher Staatsangehöriger 1933-45 nach den im Reichsanzeiger veröffentlichten Listen*, 3 Bde. (1985-1988)

15) Es sei denn, dass „sie auf deutscher Seite im Weltkriege an der Front gekämpft oder sich um die deutschen Belange besonders verdient gemacht“ hatten.

unterziehen.¹⁶ Im Sinne einer Sippenhaftung konnte die Ausbürgerung auch auf Familienangehörige erstreckt werden. Darüber hinaus wurde das Vermögen des/der Ausgebürgerten konfisziert, er/sie wurde vom Erbrecht ausgeschlossen, akademische Grade sowie Renten und Pensionen konnten aberkannt werden. Was die Anwendung dieser Strafexpatriation anbelangt, so ist bis 1936 eine gewisse Zurückhaltung – wohl aus außenpolitischen Rücksichten – festzustellen. Das Regime setzte einen hohen Grad von Unerwünschtheit voraus und wollte offenbar zunächst ein öffentlichkeitswirksames Exempel gegen besonders bekannte Persönlichkeiten der linken Opposition sowie gegen Juden und Jüdinnen statuieren. Zu diesen Ausgebürgerten zählten etwa Thomas und Heinrich Mann, Lion Feuchtwanger, Erich Maria Remarque, Kurt Tucholsky, Albert Einstein und Philipp Scheidemann. Insgesamt wurden auf diese Weise zwischen 1933 und 1945 39.006 Personen expatriiert.

Aber nicht nur das kommunistische Rußland, das faschistische Italien, das nationalsozialistische Deutschland und das austrofaschistische Österreich kannten und praktizierten einen politisch motivierten Staatsbürgerschaftsverlust, sondern auch die demokratische Schweiz griff in der Kriegszeit zu diesem Instrument. Mit zwei bis 1947 geltenden Bundesratsbeschlüssen erlaubte sie nämlich den Entzug des Schweizerbürgerrechts mittels administrativen politischen Aktes im Falle von „unschweizerischen Verhaltens“ bzw eines Sicherheitsrisikos.¹⁷

... in rot-weiss-rot

Bisher von der Forschung weitgehend vernachlässigt war,¹⁸ dass sich auch das austrofaschistische Regime des Instruments der politischen Ausbürgerung bediente, um gegen die politische Opposition vorzugehen. Nachdem bereits Ende März die Auflösung des Republikanischen Schutzbundes angeordnet und am 26.5.1933 der Kommunistischen Partei jede Betätigung in Ös-

terreich verboten worden war, wurde im Sommer 1933 infolge der intensivierten terroristischen Aktivitäten der NationalsozialistInnen nun auch verstärkt der Kampf gegen diese aufgenommen und am 19.6.1933 die NSDAP in Österreich verboten. Dass die zahlreichen nach dem Verbot nach Deutschland geflüchteten österreichischen NationalsozialistInnen dort eine „österreichfeindliche“ Tätigkeit – vor allem in der „Österreichischen Legion“, entfalteten, war Anlass für Einführung der politischen Ausbürgerung auch in Österreich.

Mit der so genannten Ausbürgerungsverordnung, einer auf das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz von 1917 gestützten Verordnung der Bundesregierung, wurde daher am 16.8.1933 – unter Nachahmung des erst vier Wochen davor erlassenen reichsdeutschen Ausbürgerungsgesetzes – das Staatsbürgerschaftsgesetz von 1925 novelliert (BGBl. 369/1933). Konnte man bis zu diesem Zeitpunkt die österreichische Staatsangehörigkeit nur dann zwangsweise verlieren, wenn man BürgerIn eines anderen Staates wurde oder freiwillig in den öffentlichen Dienst oder Militärdienst eines fremden Staates trat, so trat nun der Verlust der Staatsangehörigkeit dann ein, wenn jemand „im Auslande offenkundig, auf welche Weise immer, Österreich feindliche Handlungen unterstützt, fördert oder an derartigen Unternehmungen teilnimmt“ oder „wenn er sich zu diesem Zwecke ins Ausland begeben hat“. Das gleiche galt, wenn er sich ohne Ausreisewilligung in einen Staat begab, für den eine solche vorgeschrieben war, was seit Juni 1933 für das Deutsche Reich (BGBl. 208/1933) galt. Die politische Bezirksbehörde bzw Bundespolizeibehörde des letzten Wohnsitzes im Inland hatte im Falle des Vorhandenseins der Ausbürgerungsvoraussetzungen dies „festzustellen und zutreffendenfalls den eingetretenen Verlust“ der Staatsangehörigkeit „ohne weiteres Verfahren“ auszusprechen. Der Bescheid war an der Amtstafel anzuschlagen und mit dem Tag des Anschlages wurde der Verlust der Staatsangehörigkeit wirksam. Einer allfälligen Berufung an die Landesregierung kam keine aufschiebende Wirkung zu.

ligen Berufung an die Landesregierung kam keine aufschiebende Wirkung zu.

Zur Absicherung der Expatriation wurden die Vertretungsbehörden Österreichs im Ausland von den Ausbürgerungen verständigt und angewiesen, für die in den übersendeten Listen angeführten Personen fortan keinerlei Amtshandlungen mehr vorzunehmen. Die Grenzstellen sollten die Wiedereinreise der Ausgebürgerten verhindern, wurden diese dennoch später im Inland „aufgegriffen“, waren sie als „lästige Ausländer“ nach dem Schubgesetz zu behandeln, also auszuweisen. Um den Ausgebürgerten jedweden wirtschaftlichen Rückhalt im Inland zu nehmen, konnte auch deren Vermögen beschlagnahmt und zugunsten des Bundeschatzes für verfallen erklärt werden. Im September 1934 wurden die Ausbürgerungsbestimmungen außerdem dahingehend verschärft, dass das Bundeskanzleramt den Ausgebürgerten auch „aller von ihm für sich und seine Angehörigen bis zum Zeitpunkte der Ausbürgerung erworbenen Anwartschaften aus der österreichischen Sozialversicherung für verlustig erklären“ konnte (BGBl. II 352/1934).

Obwohl noch im August 1933 erste Durchführungserlässe ergangen waren, trat schon unmittelbar nach dem Inkrafttreten der Ausbürgerungs-VO eine Fülle von offenen Rechtsfragen und Problemen auf. Das Bundeskanzleramt musste daher zunächst klarstellen, dass eine rückwirkende Anwendung sowie die selbständige Ausbürgerung nicht eigenberechtigter österreichischer BundesbürgerInnen unzulässig waren und Ehefrauen bzw Kinder von Ausgebürgerten nur dann die österreichische Bundesbürgerschaft verloren, wenn sie gleichzeitig mit dem Ehemann bzw Vater eine fremde Staatsbürgerschaft erwarben. Dementsprechend mussten in weiterer Folge zahlreiche Ausbürgerungen von Minderjährigen widerrufen werden. Was die tatbestandsmäßigen „Österreich feindlichen Handlungen“ anbelangt, so kam es schließlich 1937¹⁹ zu einer Klärung durch den an die

16) *Hering*, Der Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit, Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt 54/32 (1933) 624.

17) Siehe dazu das Forschungsprojekt von Regina *Wecker* und Josef *Mooser*, <http://histsem.unibas.ch/forschung/projekte/projektseiten/ausheirat-und-ausbuergerung/> (13.10.2006).

18) Eine Buchpublikation zu diesem Thema ist als Ergebnis eines von der Hochschuljubiläumsstiftung der Stadt Wien für die Akademie der Wissenschaften geförderten Projektes für 2007 geplant.

19) WStLA, M.Ab. 116, A 67, BGH 4333/36 R/III.

Stelle des VfGH getretenen Bundesgerichtshof, wonach als „Österreich feindliche Handlungen“ nicht nur solche im Sinne des Strafrechtes (Hochverrat) zu verstehen waren, sondern auch solche, „die den ruhigen Ablauf des öffentlichen Lebens in Österreich zu stören geeignet und bestimmt“ seien, weshalb es gerechtfertigt erschiene, auch die „Betätigung für eine politische Partei – also eines Personenkreises, der unmittelbar Einfluss auf die Staatsführung anstrebt –, „deren weitere Tätigkeit die Staatsgewalt zu verbieten für nötig fand“, darunter zu subsumieren.

Hinsichtlich des Umfanges der Ausbürgerungen muss von ca. 10.400 Personen ausgegangen werden, wobei davon in quantitativer Hinsicht bis 1936 in erster Linie NationalsozialistInnen betroffen waren, die sich nach dem Verbot der NSDAP vor allem nach Deutschland und nach dem Juli-Putsch 1934 vorerst nach Jugoslawien abgesetzt hatten. Aber auch KommunistInnen und SozialdemokratInnen, welche – vor allem nach dem Bürgerkrieg 1934 – hauptsächlich in die Tschechoslowakei geflüchtet waren, wo sich der Sitz des Auslandsbüros österreichischer Sozialdemokraten („ALÖS“, Brünn) und der Sitz des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei (Prag) befanden, wurden expatriiert. Erforderlich für die Ausbürgerung war allerdings stets ein ausreichender Nachweis entweder der unbefugten Ausreise oder einer „Österreich feindlichen Handlung“, was in vielen Fällen trotz Postbeschlagnahmen und Hausdurchsuchungen nicht möglich war. Während der Großteil der NationalsozialistInnen bis 1936 wegen unbefugter Ausreise ausgebürgert wurde, lagen der Ausbürgerung von SozialdemokratInnen und KommunistInnen (zB Julius Deutsch, Otto Bauer, Karl Heinz, Berthold König sowie Johann Kopenig) stets „Österreich feindliche Handlungen“ zugrunde, bestand doch für die Ausreise in die Tschechoslowakei keine Bewilligungspflicht.

Allerdings setzte schon mit dem Herbst 1934 eine Rückkehr der lin-

ken Flüchtlinge ein, wenngleich das ALÖS dem tschechischen Drängen auf Liquidierung der Emigration so lange wie möglich Widerstand leistete, weil es die negative propagandistische Wirkung der Auslieferung von Genossen an die Schuschnigg-Justiz fürchtete. Auch etliche der in die UdSSR Weitergereisten zogen „nach einiger Zeit die Gefängnisse Schuschniggs dem Realsozialismus vor“.²⁰ Für die Ausbürgerung von NationalsozialistInnen brachte dann das Juliabkommen von 1936 das Ende des Tatbestandes der unbefugten Ausreise. Die „Emigrantenfrage“ sollte „durch wechselseitiges Entgegenkommen“ ehemöglichst befriedigend gelöst werden. Bis zum „Anschluss“ 1938 wurde allerdings weder das von Österreich zugesagte Wiedereinbürgerungsgesetz erlassen, noch auf anderem Wege die Rückkehr und Repatriierung der „Emigranten“ in nennenswertem Umfang in Gang gesetzt, weshalb diese Frage auch einen Gegenstand bei den Berchtesgadener Verhandlungen zwischen Hitler und Schuschnigg am 12.2.1938 darstellte.

Nach dem „Anschluss“ an das Deutsche Reich erging schließlich am 3.7.1938 die Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit im Lande Österreich (GBIÖ 1938/236), die festlegte, dass alle Bescheide, mit denen österreichische BundesbürgerInnen „deutschen oder artverwandten Blutes“ ausgebürgert worden waren, „als nicht erlassen“ zu gelten hätten. Wie viele von den insgesamt etwa 8.500 RückkehrerInnen²¹ auch ausgebürgert waren, ist bislang nicht feststellbar. Jedenfalls begannen die Wiedereinbürgerungen im Herbst 1938, und bis zum Kriegsbeginn wurden insgesamt 530 einstige „Illegale“, die noch keine reichsdeutsche Staatsangehörigkeit erworben hatten, repatriiert.²²

Nach dem Ende der NS-Herrschaft wurde nun allerdings diese Verordnung wieder aufgehoben und die im Austrofaschismus verhängten Ausbürgerungen lebten wieder auf. Die Aufhebung dieser Ausbürgerungen erfolgte

nun nicht wie 1938 generell und kraft Gesetzes, sondern nur jeweils im Einzelfall auf Antrag. Nach dem Staatsbürgerschafts-Überleitungsgesetz 1945 (StGBI. 59/1945) wurde ein Ausbürgerungsbescheid jedoch nur dann aufgehoben, wenn die Ausbürgerung „nicht als Folge einer allgemeinen Haltung des Ausgebürgerten verfügt“ worden war, die mit den Grundsätzen der unabhängigen demokratischen Republik Österreich in Widerspruch“ stand. Mit der Erbringung des dafür geforderten einschlägigen Nachweises taten sich freilich die „ehemaligen Nationalsozialisten ... mit Rücksicht auf das Programm der NSDAP und die Art der Durchsetzung dieses Programms in Österreich“ durchaus schwer.²³ Von dieser durchaus strikten Haltung gegenüber den illegalen NationalsozialistInnen ging man allerdings bereits in der Staatsbürgerschaftsrechtsnovelle 1949 (BGBl. 142/1949) wieder ab, denn nun konnten Ausbürgerungen auch dann widerrufen werden, wenn die betroffene Person wenigstens auf Grund ihres „politischen Verhaltens“ seit Kriegsende „mit Sicherheit Gewähr dafür gibt“, dass sie „zur unabhängigen Republik Österreich positiv eingestellt ist“.

Die Ausbürgerung wurde also in verschiedensten Erscheinungsformen eingesetzt, um staatlicherseits auf reale oder vermeintliche Bedrohungen zu reagieren oder politisch missliebige Personen auszuschneiden. Trotz (oder infolge) wirtschaftlicher Globalisierung erlebt zurzeit die Staatsangehörigkeit als nationalstaatliche Domäne eine wahre Renaissance, ob dies auch für die Ausbürgerung aus politischen Gründen der Fall sein wird, wird sich weisen ...

Fortsetzung folgt in Heft 1/2007

Ao Univ. Prof. Dr. Ilse Reiter ist Professorin am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien; ilse.reiter-zatloukal@univie.ac.at

20) *Marschalek*, Untergrund und Exil. Österreichs Sozialisten zwischen 1934 und 1945 (1990) 55.

21) *Langoth*, Kampf um Österreich (1951), S. 337, spricht von ca. 8500 Rückkehrern.

22) *Kolonovits/Burger/Wendelin*, Staatsbürgerschaft und Vertreibung (2004) 275.

23) *Goldmund/Ringhofer/Theuer* (Hg), Das österreichische Staatsbürgerschaftsrecht mit erläuternden Anmerkungen, einschlägigen Nebengesetzen und der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe (1965), 309f.

„Justice must be done“ – and the reference & context are (often) unseen ...

A few thoughts on cross-references
in the „global (legal) village“

Marianne Schulze

R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy is not necessarily a traffic accident every lawyer knows of. However, a quotation from a 1923 *King's Bench* ruling concerning a motorcycle crash has taken on a life of its own and is thus known to most lawyers: „[i]t is not merely of some importance but it is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.“¹ Today a fair trial principle frequently invoked by the *European Court of Human Rights*, among others.²

The facts of the case in a nutshell: McCarthy, a motorcyclist caused an accident of such dimensions that he was ordered before a Court for dangerous driving. Both McCarthy and his solicitors did not know that the clerk of the justices was also working for the solicitors, who were working on the civil claim following this accident. The clerk joined the justices when they retired to discuss and decide the case. McCarthy was subsequently convicted. When

McCarthy learned of the clerk's affiliation, he applied to have the conviction repealed. After the justices swore in affidavits that they had reached their decision without consulting with their clerk, McCarthy appealed.

Obviously the strength and conviction of the principle that any appearance of bias or other interference with justice stands in the way of just decision-making is of such magnitude that one could easily state that the context and reference need not be cited. However, also „justice must not only be done, it must also be seen to be done,“ has a specific background and – after all – is the brainchild (and therewith the copyright) of one particular justice, namely the most honorable *Lord Chief Justice of England, Gordon Hewart, First Viscount Hewart PC.*

Global Justice?

The referencing, as well as cross-referencing of national cases but particularly also the absence of such citations and proper quotations has recently

stirred some thinking among legal professionals. Whether it be dubbed „judicial globalization,“³ „constitutional cross-fertilization,“⁴ „transnational legal communication,“⁵ „export and import of decisions,“⁶ „constitutional conversation,“⁷ or „constitutional migration,“⁸ it is essentially a debate on whether – and if so: how – references between Courts take place and how they should properly be made.

Plunging into „bricolage“⁹ presupposes that one accepts the existence of a „global village“ and takes it as given that legal principles – mainly derived from and in the context of essentially constitutional issues – are used in a trans-national fashion. As is shown in *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* and will be shown below, there are also cases transcending that constitutional boundary. However, most academic discussions on the nature, scope and implications of cross-references circle around constitutional citations.

Common denominator

Taking it as a given that a number of constitutional clauses are derived from or heavily influenced by international law,¹⁰ it would seem fair to state that there is some common ground for interpretation. On the other hand, there is – for once – something to be held in favour of *Judge Scalia*: „comparative analysis [is] inappropriate to the task of interpreting a constitution, though it was of course quite relevant to the task of writing one.“¹¹ For the purposes of this brief essay and the common denominator shall be viewed more favourably in the words of another supreme court judge, *President Aharon Barak*: „various international conventions

1) The *King v Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, 9 November, 1923; *King's Bench Division* (1924), 256 at 259.

2) See, e.g. *Campbell and Fell v. UK*, (*Application no. 7819/77; 7878/77*), 28 June 1984.

3) Anne Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 *Virginia Journal of International Law* 1103 (1999-2000).

4) *Ibid.*, 1116.

5) Gerald Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55 *Stanford Law Review* 1863, at 1864 (referring to Anne Marie Slaughter, *Judicial Globalization*).

6) Lee Epstein & Jack Night, *Constitutional Borrowing and Nonborrowing*, 1 *International Journal of Constitutional Law* 196 (2003).

7) Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 *Indiana Law Journal* 819, 892.

8) *Ibid.*, 834; see also Michel Rosenfeld, *Constitutional Migration and the Bounds of Comparative Analysis*, 58 *New York University Annual Survey of American Law* 67 (2001).

9) The term „bricolage“ was originally coined by anthropologist Lévi-Strauss in reference to the „bricoleur“ who uses as set of tools in different and heterogeneous ways to make do with whatever is at hand; see also David Schneidermann, *Exchanging Constitutions: Constitutional Bricolage in Canada*, 40 *Osgoode Hall Law Journal* 401 (2001) 407.

10) Jeremy Sarkin, *The Effect of Constitutional Borrowings on the Drafting of South Africa's Bill of Rights and Interpretation of Human Rights Provisions*, 1 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 176, 196.

11) *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 921 (1997), *Judge Scalia*. See also the argument by McCrudden on the difficulty of in cross-referencing on human rights principles because they are perceived as something happening „abroad;“ Christopher McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, *Oxford Journal of Legal Studies* 499 (2000), 530. See also Seith Kreimer, *Individual Comparisons: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing*, 1 *U.Pa. J.Const.L.* 640, 641.

enshrine constitutional values. These conventions influence the formation of the objective purpose of different constitutional texts."¹²

Wide range

The ways in which judges observe other court's decisions „as a footnote"¹³ is broad: the most famous example for references to other courts and a careful balancing of these decisions is surely the first decisions of the South African Constitutional Court, namely *S v Makwanyane*, concerning the applicability of the death penalty.¹⁴ At the other end of the spectrum stand decisions which seem to be using other court's reasoning but do not show such reference. A case in point is Japan that does not have a tradition of footnotes.¹⁵ Obviously it is „difficult to identify with any certainty [...] indirect influences that occur when an idea from one jurisdiction is picked up by a second, and then transferred to a third. The continuing influence of the first is indirect but important, but sometimes untraceable."¹⁶ Somewhere on the range in-between – or possibly better described as being on another system track – are decisions by the Supreme Court of Nauru: while a number of foreign cases are quoted at some length, there is no effort made to place the cases in context nor to weave them into the overall reasoning of the Court.¹⁷

The U.S. Supreme Court is certainly a special case because it makes explicit references only very infrequently, exceptions being *Thompson v. Oklahoma*,¹⁸ *Stanford v. Kentucky*,¹⁹ *Printz v. United States*,²⁰ *Knight v. Florida*,²¹ and *Atkins v. Virginia*.²² Recently, the U.S.

Supreme Court went so far as to refer to a regional court, the *European Court of Human Rights*.²³ However, a search of the cases does not reveal a reference to its backyard regional system: the *Inter-American Court of Human Rights*.

The appearance of stubborn opposition to references, which the U.S. Supreme Court seems to display, is certainly also stubbornly broken by some individuals. As is shown elsewhere²⁴ *Justice Frankfurter* was a frequent user of foreign material and indulged in cross-referencing. Similarly, *Judge Calabresi* has stressed his belief in the need to look across the pond.²⁵ Also, recently retired Supreme Court judge *Sandra Day O'Connor* is a reverent supporter of such engagement.²⁶ In the end, something is to be said in support of Canadian observation that those courts who do not refer to others, in turn will not be referenced by other courts.²⁷

This brings a key factor into play: the specific culture of a court, which is dependent on an array of factors and influences. A tendency to look inward will result in a failure to look outward and will hinder the growth of a tradition to expand the horizon to places outside.²⁸ Canadian Supreme Court *Judge Claire L'Heureux-Dubé* states herself that „[t]he most useful judgments for courts looking to comparative sources are those that use comparative materials themselves."²⁹ This need for a willingness to share culture is, however, distinctly different from the caution that has to guide the usage of references, namely that: „just as one cannot grow Washington apples in the Philippines or Guimaras mangoes

in the Arctic because of fundamental environmental differences, neither can [certain legal] formula be applied in toto [...]."³⁰

Proportionality

One of the major difficulties of cross-referencing is the accommodation of the source-judgment within the legal context. This is richly illustrated by the following set of decisions,³¹ which are linked with each other through a proportionality test³² set out by the Supreme Court of Canada in *R v. Oakes*.³³

The facts: David Edwin Oakes was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. He subsequently challenged the validity of s. 8 of the Act, which he maintained to impose a burden on the accused to prove that he or she was not in possession of narcotics for the purposes of trafficking, arguing that the section violates the presumption of innocence as prescribed in s. 11 (d) of the Canadian Charter.³⁴

Finding that the rights and freedoms enshrined in the Charter are not absolute, the Court discusses the limitations and how these should be set out.³⁵ The Court then states that two central criteria must be satisfied for the justification of a limitation, firstly, the objective must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom³⁶ and secondly, once a sufficiently significant objective is recognized, the party must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified, which involves „a form of proportionality test."³⁷

12) Aharon Barak, A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy, 116 *Harvard Law Review* 16 (2002), 113.
13) Lord Nicholls of Birkenhead in: *Attorney General v. Blake, Jonathan Cape Ltd.* (2001) 1 AC 268, 287; in reference to the US Supreme Court.
14) *State v T Makwanyane & M Mchunu*, CCT/3/94, 6 June 1994.
15) See Christopher McCrudden, 511.
16) *Ibid.*
17) See, e.g., *Harris v Adeang* [1998] NRSC 1; Civil Action No 13 of 1997 (27 February 1998).
18) *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988).

19) *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989).
20) *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).
21) *Knight v. Florida*, 120 S.Ct. 459 (1999).
22) *Atkins v. Virginia*, 122 S.Ct. 2242 (2002).
23) *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct. 2472.
24) Vicki Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on „Proportionality”, Rights and Federalism*, 1 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 583, 595.
25) Guido Calabresi, *Federal and State Courts: Restoring a Workable Balance*, 78 *New York Uni-*

versity Law Review, 1293.
26) See Judge Sandra Day O'Connor, Keynote address, *American Society of International Law, Proceedings 2002*, 348. See also speech by Judge Stephen Breyer at the 97th Annual Meeting of the American Society of International Law on „The Supreme Court and the New International Law,” April 2003.
27) Claire L'Heureux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, 34 *Tulsa Law Journal* 15, 31.
28) *Ibid.*, 37 f.
29) *Ibid.*, 38.
30) Philippine Supreme Court Judge Artemio Panganiban, *Judi-*

cial Globalization, Lecture at the First Australasia Judicial Educators Forum, February 2003, 24.
31) The set of decisions is by no means complete.
32) No theories of proportionality are discussed within this brief essay.
33) *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103
34) *Ibid.*, Para. 5 f.
35) *Ibid.*, Para. 68 f.
36) *Ibid.*, Para. 73; the Court refers to its earlier judgment, *R v. Big M Drug Mart Ltd*, citation omitted.
37) *Ibid.*, Para 74, reference to *R v. Big M Drug Mart Ltd*, citation omitted.

„[There are] three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair „as little as possible” the right or freedom in question.³⁸ Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom and the objective which has been identified as of „sufficient importance”.³⁹

In 1995 Chief Justice Gubbay of the Zimbabwe Supreme Court applied the narcotics related proportionality test in *Nyambirai v. National Social Security Authority and Another*.⁴⁰ The issue in *Nyambirai* was whether compulsory contribution to the social benefits scheme under the National Social Security Authority was constitutional. His Honor relied on various foreign judgments, *inter alia* the High Court of Australia, the U.S. Supreme Court, the European Court of Justice, the Cypriot Supreme Court and the Supreme Court of Canada.⁴¹

His Honor correctly referenced the source judgment: „See *R v Oakes* (1986) 26 DLR (4th) 200 (SCC) at 227 [...] (a decision of the Supreme Court of Canada)”.⁴²

Again a few years later the Privy Council⁴³ was confronted with an appeal from Elloy de Freitas, a resident and civil servant in Antigua who had allegedly breached the Civil Service Act by participating in peaceful demonstrations against government corruption. His claim that the provision of the Civil Service Act banning him from participating in demonstrations infringed his constitutional rights was first affirmed and later overturned. De Freitas' attorneys cited the *Nyambirai* judgment in support of their assertion

that a statutory provision must be reasonably justified.⁴⁴ Their Lords take note of this and other decisions that the attorneys refer them to.

Lord Clyde states that their Lordships were referred to three cases in which the phrase „reasonably justified in a democratic society” had been used. „In *Government of the Republic of South Africa v. The Sunday Times Newspaper* [1995] 1 L.R.C. 168 Joffe J. adopted from Canadian jurisprudence four criteria to be satisfied for a law to satisfy the provision in the Canadian Charter of Rights and Freedoms that it be ‘demonstrably justified in a free and democratic society.’ These were a sufficiently important objective for the restriction, a rational connection with the objective, the use of the least drastic means, and no disproportionately severe effect on those to whom the restriction applies. In two cases from Zimbabwe, *Nyambirai v. National Social Security Authority* [1996] 1 L.R.C. 64 and *Retrofit (Pvt.) Ltd. v. Posts and Telecommunications Corporation* [...] a corresponding analysis was formulated by Gubbay, C.J., drawing both on South African and on Canadian jurisprudence, and amalgamating the third and fourth of the criteria.”⁴⁵

His Lordship then makes a direct quote of the above-cited three step criteria, pointing out that he derived them from Chief Justice Gubbay. He then goes on to apply the test, finding that de Freitas had proven that the third part of the test – necessity – was not justifiable in a democratic society.⁴⁶

Three years later, in May 2001, the House of Lords took up two cases within one week raising questions of proportionality: In the first case⁴⁷ their Lordships had to deal with the use of testimony of a rape-victim obtained under the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, the conformity of which with fair trial provisions was examined.

Turning to the proportionality test, the House of Lords states that „[t]he cri-

teria for determining the test of proportionality have been analysed in similar terms in the case law of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. It is not necessary for us to re-invent the wheel. In *de Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1999] 1 AC 69 Lord Clyde adopted a precise and concrete analysis of the criteria.” [Their Lordships cite the already known test.]⁴⁸ There is no mention of the Zimbabwe Supreme Court, yet alone the Supreme Court of Canada.

A few days later, in *Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Daly*⁴⁹ their Lordships dealt with searches of prisoners' correspondence. Lord Steyn makes an addition to the general judgment, pointing to the issue of proportionality. However, he merely states that „[t]he contours of the principle of proportionality are familiar. In *de Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1999] 1 AC 69 the Privy Council adopted a three stage test.” [The test is cited in known length.]⁵⁰

Again a few weeks later the Hong Kong's Court of first Instance, in a judgment⁵¹ refers to the *de Freitas* judgment but also includes a reference to the Zimbabwe Supreme Court. It even goes so far as to give the *Supreme Court of Canada* credit. The case concerned the question of gender discrimination in the assessment of certain scores of secondary school pupils.

„In *de Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1999] 1 AC 69, giving the judgment of the Privy Council, Lord Clyde adopted the analysis of Gubbay CJ in two judgments of the Zimbabwe Supreme Court: In two cases from Zimbabwe, *Nyambirai v. National Social Security Authority* [1996] 1 L.R.C. 64 and *Retrofit (Pvt.) Ltd. v. Posts and Telecommunications Corporation* [...], a corresponding

38) *Ibid.*, reference to *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, supra, at p. 352.

39) *Ibid.*, Para. 74.

40) Judgment No. SC 110/95, reprinted in 1996 (1) South African Law Reports 636.

41) See *ibid.*, at 639.

42) *Ibid.*, at 647.

43) The British Privy Council functions as a Supreme Court for some of the countries, which were once part of the Commonwealth.

44) *de Freitas v. The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing and Others (Antigua and Barbuda)* [1998] UKPC 20; [1999] 1 A.C. 69, at 72.

45) *Ibid.*, at 80.

46) *Ibid.*, at 81.

47) *Regina v. A* (No. 2), [2001] UKHL 25, [2002] 1 A.C. 45.

48) *Ibid.*, at 65.

49) [2001] UKHL 26.

50) *Ibid.*, Para. 27.

51) *Equal Opportunity Commission v. Director of Education*, [2001] 2 HKLRD 690.



Blawg Austria
 Juristisches Tagebuch

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

www.verlagoesterreich.at

analysis was formulated by Gubbay CJ, drawing both on South African and on Canadian jurisprudence.⁵²

The judge points out that the three-fold analysis he cites had recently been approved and adopted by the House of Lords in *Regina v A*.⁵³ He furthermore states that „[t]he analysis originally made by Gubbay CJ comes from a distillation of South African, Canadian and Zimbabwean authorities. It has been adopted by the Privy Council and the House of Lords. It appears entirely complementary to the analyses earlier made in our own courts.”⁵⁴ Judge Hartmann then goes on to apply the three-stage test to the case, carefully pointing out the difficulties he observes.⁵⁵

A few months later, in London, the House of Lords has to decide the application of Dianne Pretty,⁵⁶ whose health situation is so precarious that she wants to end her life but requires assistance to do so. Mrs. Pretty's husband would be willing to assist her but only if he can be sure that he will not be prosecuted under the Suicide Act of 1961.⁵⁷ Discussing the issue of proportionality, Lord Hope of Craighead refers to the *de Freitas* judgment and subsequently mentions the „analysis of Gubbay CJ”.⁵⁸ While he points to the fact that Gubbay had drawn on Canadian jurisprudence, he does not refer to *R v Oakes* but *Rodriguez v Attorney General of Canada* [1994] 2 LRC 136, 161 instead.⁵⁹

Four months later the House of Lords applied *de Freitas* again in the case of the former member of the Security Service, Michael Shayler.⁶⁰ The applicant had passed on highly confidential material to a newspaper: he claimed that he had not violated criminal law but had acted in public and national interest.⁶¹ Discussing Shayler's right to freedom of expression, Lord Bingham of Cornhill cited *Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Daly* extensively, his quotation being identical with the above. There is no mention of the history of the „Privy Council's three stage test”.

A day later, the administrative court of the High Court of England and Wales however, mentions *de Freitas* and includes *Nyambirai*, when applying the proportionality test.⁶² A year later the test – with a reference to *Nyambirai* – shows up in the Supreme Court of Jamaica.⁶³

How to do justice to the references?

The issue of cross-referencing surely warrants more extensive analysis, in the framework of this brief essay, which merely highlights the issue and some basic problems, the following brief summary of possible ways forward for „judicial conversations” may be made⁶⁴:

1. One must analyze not only one but many different foreign legal solu-

tions, judgments and their legal and socio-economic policy background.

2. One must analyze the [national] statute, regulation or law and its legal and socio-economic policy background.

3. One must compare the first and the second to determine the common „core” and the differences between them to ensure that the legal institutions can be compared. „Comparison” of incomparable institutions misleads.

4. The foreign regulation or law behind the common core should be investigated considering the possibility of the integration of the experience into the national legal system.

5. The special legal item should be developed based on the foreign judgment or legal regulation, which will be built into the national Constitutional Court's decision as an integral part of the national way of constitutional thinking.

Which ever approach to „decision migration” one may embrace, it will surely be helpful that justice must not only be done to the appearance of fairness but also to the motorcycle and other casualties and facts involved in the matter.

Mag^a Marianne Schulze,
 LL.M., ist Redaktionsmitglied
 des *juridikum*;
marianne.schulze@gmx.at

52) *Ibid.*, 736 (Para. 123).

53) *Ibid.*, 737 (Para. 124).

54) *Ibid.*, 737 (Para. 125).

55) *Ibid.*, 737 ff.

56) *The Queen on the Application of Mrs. Dianne Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*, [2001] UKHL 61.

57) *Ibid.*, Para.1.

58) *Ibid.*, Para. 93.

59) *Ibid.*

60) *Regina v Shayler*, [2002] UKHL 11. There is another judgment by the Court of Appeal re: Michael Shayler, which was released 29 July 2003 (renewed application for appeal).

61) *Ibid.*, Para. 8.

62) *The Queen on application of S v Chief Constable of South Yorkshire and Anor* [2002] EWHC 478 (Admin.) (22 March, 2002), Para. 29.

63) *Jamaican Bar Association v. Ernest Smith & Company*, Supreme Court of Jamaica, No. HCV207/03.

64) See Imre Vörös, Contextuality and Universality: Constitutional Borrowings on the Global Stage – The Hungarian View, 1 University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 651, 659.

Wolfgang Abendroths These des „transformatorischen“ Charakters von Verfassung und Völkerrecht¹

Gerhard Stuby

Der Mythos, flexible Anpassung an den Markt erzeuge Freiheit und verbürge Sicherheit für jedermann, scheint trotz einiger Wolken am Horizont ungebrochen. Die Vokabel Sozialismus oder gar Marxismus assoziierten während der Zeit des Kalten Krieges, aber noch nachwirkend bis heute, in der Hauptströmung der öffentlichen Meinung der Bundesrepublik Unlustgefühle. Oft steigerten sie sich zu Ängsten, Kollektivität könne verordnet oder sogar mit naziähnlichen Repressionen erzwungen werden. Es ist erstaunlich, dass auf einem derartigen Hintergrund über eine Persönlichkeit wie Wolfgang Abendroth (1906-1985), der vor 20 Jahren als Exempel nicht nur eines politischen Professors, sondern auch eines solchen, der sich zu marxistischem und sozialistischem Denken bekannte, wieder gesprochen wird. Allerdings ist das

Echo nicht so überwältigend,² so dass von Rissen im Monolith der medialen Hirnbeherrschung zu sprechen, allemal verfrüht wäre.

I.

Gesellschaftspolitische Wirkung erzielte Abendroth in der Frühzeit der Bundesrepublik. Auch später noch war jede gewerkschaftliche Aktion, die über den Tarifkampf hinausging, durch seine Sicht des Grundgesetzes geprägt. Anknüpfend an Friedrich Engels, und sich absetzend von seinen Vorstellungen der Zwischenkriegszeit, die das Rätmodell propagierten,³ entwickelte er nach 1945 eine spezifische verfassungstheoretische Position. Die bestehende Verfassung (die geschriebene und die „gelebte“) ist Ausdruck von Klassenkompromissen – jetzt auch unter Beteiligung der Arbeiterklasse. Die

wichtigsten gesellschaftlichen Gruppierungen kommen zunächst überein, auf physische Gewalt bei ihren Auseinandersetzungen zu verzichten („Waffenstillstand“).⁴ Andere „strukturelle“ Gewaltmethoden (politischer, ökonomischer, sozialer Druck) sind damit nicht ausgeschlossen. Speziell aber das Grundgesetz von 1949 enthält mehr, nämlich eine Einigung über „materielle Inhalte“ (daher „Verständigungsfriede“).⁵ Diese stehen nicht nur im Mittelpunkt der (rechts)wissenschaftlichen Analyse, sondern, was die Bundesrepublik anlangt, dient das Grundgesetz mit seinem Verfassungsprinzip des sozialen und demokratischen Bundesstaates (Sozialstaat: Art 20 mit „Ewigkeitscharakter“: Art 79 Abs 3), zu der auch Art 15 (Vergesellschaftungsmöglichkeit von Schlüsselindustrien) und Art. 14 Abs 2 (mit der Möglichkeit der Neudefinition des Eigentums durch den Gesetzgeber) als zentrale Normen zu rechnen sind, als Ausgangspunkt für die konkrete Aktion der Organisationen der Arbeiterbewegung, insbesondere der Gewerkschaften und der ihre Interessen aufnehmenden Parteien. Nicht nur der Kampf für unmittelbare sozial-ökonomische Verbesserungen ist durch das Grundgesetz „legalisiert“, sondern darüber hinaus auch die Agitation für eine neue Gesellschaftsordnung (Sozialismus in welcher Form auch immer).⁶ Abendroth bezeichnet dies als den gesellschafts-transformatorischen Charakter des Grundgesetzes. In seiner Auseinandersetzung mit seinem Kontrahenten Adolf Arndt auf dem Godesberger Parteitag von 1959, in der Abendroth letztlich unterlag, spielt

1) Der Artikel ist eine leicht veränderte Fassung des Beitrages des Verfassers im Tagungsband: *Hans-Jürgen Urban/Michael Buckmiller/Frank Deppe* (Hrsg.), „Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie“. Zur Aktualität von Wolfgang Abendroth, VSA-Verlag Hamburg 2006, 125 ff.

2) Zwei Veranstaltungen sollen hier erwähnt werden. Der Fachbereich Gesellschaftswissenschaften der Universität Marburg machte in einem ganztägigen Symposium am 2.5.2006, dem Geburtstag Abendroths vor hundert Jahren, auf sein Leben und Werk aufmerksam. *Günther Beyer* berichtete am 5.5.2006 in der SZ recht ausführlich unter

der Überschrift „Der Partisanenprofessor“ über diese Veranstaltung. Noch bemerkenswerter war die ganztägige Konferenz am 6.5.2006 im Vorstandgebäude der IGM in Frankfurt, die vom Vorsitzenden der IGM *Peters* mit einer ausführlichen Würdigung der Bedeutung Abendroths für die Gewerkschaften heute und einem Grußwort von *Jürgen Habermas* eingeleitet wurde. Die Frankfurter Rundschau zumindest berichtete in mehreren Artikeln hierüber.

3) Über diese Phase des Lebens und Wirkens von Abendroth jetzt eingehend *Andreas Diers*, Arbeiterbewegung – Demokratie – Staat, Wolfgang Abendroth – Leben und Werk 1906-1948 (2006).

4) Diesen Waffenstillstandcharakter bei Abendroth hat insbesondere *Jürgen Seifert*, Demokratische Republik und Arbeiterbewegung in der Verfassungstheorie von Wolfgang Abendroth, Kritische Justiz 1985 (18) 458, herausgearbeitet.

5) Diese Qualifikation wurde von *Helmut Ridder*, Der Jurist Wolfgang Abendroth, Düsseldorf Debatte. Zeitschrift für Politik, Kunst, Wissenschaft 1985 (12) 67, geprägt.

6) Dieser Aspekt ist vor allem von *Peter Römer*, Recht und Demokratie bei Wolfgang Abendroth (1986), ausführlich erläutert worden. Der Doppelcharakter: Möglichkeit der Transformation zum

Sozialismus auf der einen und status quo Stabilisierung auf der anderen kommt sehr präzise in den eigenen Worten Abendroths zum Ausdruck: „Bei Garantie sozialpolitischer Mindestansprüche war jede der beiden Gruppierungen bereit, für die andere die Chance ihrer Legalität für ihre künftigen politischen und ökonomischen Kämpfe gegen sie selbst zu gewährleisten.“, so in einem Disput mit *Tomas Ellwein*, in *Josef Mück* (Hrsg.), Bad Wildunger Beiträge zur Gemeinschaftskunde., Verfassungsrecht Bd. 5 (1975) 455 (468).

diese Frage eine entscheidende Rolle.⁷ Begreift sich die SPD als eine Kraft, die Staat und Gesellschaft mit sozialistischer Perspektive transformieren will und dabei den Legalitätsrahmen des Grundgesetzes nicht nur ausschöpft, sondern inhaltlich mittels des Gesetzgebers neu bestimmt? Oder verzichtet sie letztlich auf diese Zielsetzung, weil sie sich dem herrschenden (in letzter Instanz dem vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen) „Wertekonsens“ von vornherein unterwirft?

In diesem Kontext entwickelt Abendroth einen ganz spezifischen Interpretationsansatz für die Verfassung, der als historisch oder genauer als positivistisch-historisch bzw historisch-materialistisch bezeichnet wird.⁸ Er bedient sich dieser Methode, um den sozialen Kompromissgehalt der Norm (Verfassung, Gesetz etc) zu bestimmen, nämlich den „Willen“ des Gesetzgebers. Dieser „Wille“ spiegelt jeweils ein Kräfteparallelogramm (Klassenkompromiss) in einem bestimmten historischen Punkt wider, der durch die „Interpretationsarbeit“ genau herauszuarbeiten ist. Dieser so „gefundene“ Gehalt der Norm ist für die politische und soziale Auseinandersetzung wichtig, zu der auch die prozessuale Durchsetzung auf allen Ebenen (Gerichte, Schiedsstellen, Gutachten etc) gehört. Sie findet allerdings nicht im luftleeren Raum statt, sondern bedarf einer möglichst breiten Akzeptanzbasis der jeweiligen betroffenen Bevölkerungsschicht (Massenbasis). Der historisch-materialistisch interpretierte Normgehalt ist ein Indiz für eine solche kampfbereite Akzeptanz. Es handelt sich also bei diesem Interpretationsansatz von Abendroth nicht um ein abstrakt theoretisches Modell, sondern um eine theoretisch fundierte pragmatische Methode mit politisch-praktischer Zielsetzung.

II.

Abendroth hat diesen Ansatz zum ersten Mal, und das ist weniger bekannt, in seiner 1936 als Buch erschienen

Doktorarbeit zu einem völkerrechtlichen Thema entwickelt.⁹ Er beschäftigt sich dort mit den B- und C-Mandaten des Völkerbundes, unter die die ehemaligen deutschen Kolonien entsprechend dem Versailler Vertrag gestellt wurden. Er möchte vermeiden – so die politische Intention seiner Studie –, dass die ehemals deutsch beherrschten Kolonien lediglich den Kolonialherrscher wechseln (nämlich statt eines deutschen jetzt einen englischen bzw. französischen), ohne dass sich an ihrer konkreten Situation (wirtschaftlich, gesundheitlich, bildungsmäßig etc) etwas ändern läßt. Vielmehr sollen der Mandatstatus, der die Auflage an die Mandatäre enthält, die Mandatsgebiete zur Selbstständigkeit hin zu entwickeln, dem Völkerbund Einflussmöglichkeiten zugunsten der Betroffenen eröffnen. Wie Abendroth später feststellt, hat er die damaligen Möglichkeiten des Völkerbundes überschätzt. Aber diese Fehleinschätzung und auch die konkrete rechtliche Ausführung des Themas – es ist hinsichtlich der den früheren Protektorate vergleichbaren Verwaltungsstrukturen der UN-Sicherheitsmandate im Kosovo, Afghanistan uam wieder aktuell geworden – sind hier nicht der entscheidende Gesichtspunkt, sondern der methodische Zugang Abendroths zum Völkerrecht und zum Völkerbund als Internationale Organisation.

Völkerrechtliche Verträge werden von Staaten abgeschlossen. In rechtlicher Fiktion stellen sie gleichberechtigte Subjekte dar. Soziologisch betrachtet sind sie jedoch in einem Kompromiss (Verfassung) organisierte Einheiten divergierender sozialer Gruppen, zwischen denen extreme Asymmetrie hinsichtlich ihrer Kapazitäten (militärisch, ökonomisch etc) besteht. Abendroth wendet sich in seiner Dissertation von einer Einschätzung des Völkerbundes als einer reinen „Erfindung der imperialistischen Weltpolitik“ ab, zu einer weitaus komplexeren Einschätzung dieses Gebildes

(Internationale Organisation). Da der Völkerbund auf einem völkerrechtlichen Vertrag beruht, reflektiert er die Interessen der jeweiligen Klassen der beteiligten Staaten und auch die dort stattfindenden Klassenkämpfe. Im Zentrum der genauen Analyse des jeweiligen völkerrechtlichen Vertrages steht die Feststellung des übereinstimmenden Willens der Parteien, hier der Staaten. Seine soziale und politische Entstehungsgeschichte steht im Zentrum der Analyse, dh der Willensfeststellung der Vertragspartner. Sie erschöpft sich nicht in den Ansichten der am Vertragsschluss beteiligten Staatsmänner. Vielmehr hat sie den komplexen sozialhistorischen Macht- und Interessenzusammenhang zu berücksichtigen. Die Parallele zur Auslegung der nationalen Verfassung, später des Grundgesetzes, wird hier deutlich, wo es um den Willen des *pouvoir constituant* (also der Repräsentanten der wichtigsten sozialen Gruppierungen) geht, der sich im Verfassungstext ausdrückt. So kommt Abendroth für die B- und C-Mandate des Völkerbundes zu dem Ergebnis, dass die Mandatsmächte über diese Gebiete nicht wie über ihre eigenen Kolonialgebiete Souveränität ausüben, sondern von der Zielsetzung der Mandatssatzungen her, die dort befindliche Bevölkerung unter Kontrolle des Völkerbundes auf die Unabhängigkeit vorzubereiten haben. Sie sind durch normative Vorgaben zugunsten der Betroffenen bis in die konkreten Verwaltungseinzelheiten (Infrastruktur, Gesundheit, Bildung etc) gebunden. Der normative Inhalt und vor allem dann dessen Umsetzung in der Praxis gehen allerdings nicht weiter, als es das machtmäßige Gleichgewicht zwischen den Großmächten als den Bestimmenden im Völkerbundsrat (heute Sicherheitsrat der UN) zulässt. Hier bleibt Abendroth ganz im Kontext eines realistischen oder später neorealistischen Analyseansatzes.¹⁰ Völkerrecht kann nicht weiter reichen als es die gegebene Machtstruktur zu-

7) Vgl. Dieter Gosewinkel/Adolf Arndt, Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945-1961) (1991) insbes 548 ff.

8) Hierzu Peter Römer, Recht und Demokratie bei Wolfgang Abend-

roth 1986, und ders, Demokratie als inhaltliches Prinzip der gesamten Gesellschaft. Wolfgang Abendroths Beitrag zur Verteidigung demokratischer Position in der Bundesrepublik, Demokratie und Recht 1981 (2) 123.

9) Wolfgang Abendroth, Die völkerrechtliche Stellung der B- und C-Mandate (1936).

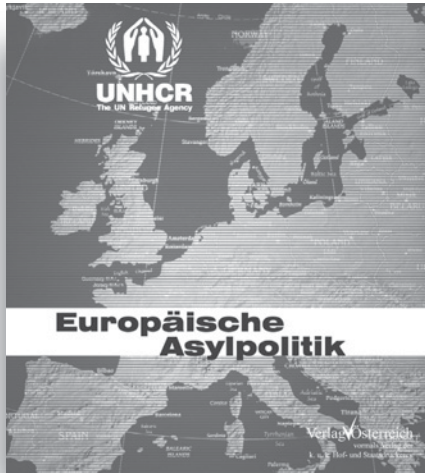
10) Hier übereinstimmend mit seinem Freund Georg Schwarzenberger, vgl. Stephanie Steinle, Völkerrecht und Machtpolitik.

Georg Schwarzenberger (1908-1991) (2002) oder seines Schülers Werner Link, Die Neuordnung der Weltpolitik. Grundprobleme globaler Politik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (1998).

UNHCR (Hg.)

Europäische Asylpolitik

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



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

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

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

VERLAG ÖSTERREICH

lässt. Die Faktoren der Machtstruktur beschränken sich jedoch nicht allein auf die militärische oder auch ökonomische Potenz der jeweiligen Großmächte. Öffentliche Meinung zB in den nationalen und über die nationalen Grenzen hinweg – ob auch als eigener Faktor der internationalen Beziehung bleibe dahingestellt – spielt eine zunehmend wichtige Rolle. Es mag sein, dass Abendroth gewisse Hoffnungen auf Änderungen der Gesamtsituation der internationalen Beziehungen durch den Beitritt 1934 der SU zum Völkerbund und eine mögliche Belebung der kolonialen Emanzipation setzte. Wenn ja, sind sie zunächst schnell zerstoßen.

III.

Nach 1945 beurteilt Abendroth die einzelnen Faktoren und damit den Gesamtkontext der internationalen Beziehungen optimistischer. 1981 skizziert er die Unterschiede der Zwischenkriegszeit zu der Situation nach 1945 folgendermaßen:

„Im Jahre 1919 ist aus der Sicht der Arbeiterbewegung die Verwer-

fung von Möglichkeiten, die die bürgerliche Rechtsordnung gewährt, von Fall zu Fall sehr wichtig, aber der Gesamtprozess einer Transformation in eine spätere sozialistische Gesellschaft ist noch nicht innerhalb dieses Gefüges definierbar. Das ist nach 1945 bei Veränderungen auch der internationalen Gleichgewichtslage schlicht anders. Die rechtsinterpretative und die rechtswissenschaftliche Betrachtungsweise erhält für die Arbeiterbewegung nun eine neue Dimension. Es geht für die Juristen der Arbeiterbewegung vor 1914, grob formuliert, im Wesentlichen nur darum, die Rechtsnormen der bürgerlichen Gesellschaft zu stärken und auszunützen, die für die Arbeiterbewegung als gewährte Konzessionen brauchbar sind, ohne freilich der Illusion zu erliegen, dass von hier aus eine Transformation der gesamten bürgerlichen Gesellschaft überhaupt erreichbar sein könnte; rechtswissenschaftliches Auftreten von Marxisten war hier im Wesentlichen praktische Aufgabe des Tages, nicht strategische. In der Gleichgewichtslage nach Ende des Zweiten Weltkriegs ist die Situ-

ation eine vollständig andere. Man kann jetzt an ein systematisch in sich geschlossenes System rechtswissenschaftlichen Denkens herangehen als strategisches Anleitungsmittel, und das heißt natürlich auf der Basis und in Anerkennung der inzwischen geschaffenen verfassungsrechtlichen Normen. Typisch dafür ist: Der beste marxistische Rechtswissenschaftstheoretiker der Weimarer Republik, der frühe Karl Korsch, schreibt ein System des Arbeitsrechts und gibt Anleitungen für arbeitsrechtlich richtiges Auftreten von Vertretern der Gewerkschaftsbewegung und auch der politischen Arbeiterbewegung. Aber er kann gar nicht daran denken, etwa ein generelles strategisches Konzept rechtswissenschaftlichen Denkens bis in das verfassungsrechtliche Denken hinein zu liefern, weil die realen Voraussetzungen dafür fehlen. Das ändert sich ab 1945, denn jetzt sind die Rechtswissenschaft und das Rechtssystem potentiell transformatorischen Charakters. Es ist vor allem das relative Gleichgewicht zwischen einer (bei allen Mängeln) sozialistischen Weltmacht und

den kapitalistischen Staaten, das die Basis dafür bietet.¹¹

Als einen wichtigen Grund für den behaupteten transformatorischen Charakter nennt Abendroth die neue globale Gleichgewichtslage, die sich nach 1945 herausgebildet hat, wobei er der Bipolarität zwischen den UdSSR als sozialistischer Weltmacht und den kapitalistischen Staaten einen besonderen Stellenwert einzuräumen scheint. Diese Ausführungen Abendroths beziehen sich in erster Linie auf das bundesrepublikanische Rechtssystem und die bundesrepublikanische Rechtswissenschaft. Überträgt er diese Einschätzung auch auf das Völkerrecht? Es fällt auf, dass Abendroth bei der Feststellung einer möglichen transformatorischen Funktion des Völkerrechts als rechtlichem Ausdruck des Systems der internationalen Beziehungen, soweit er sich hierzu nach 1945 äußert, vorsichtiger operiert. In seiner angeführten Studie zu den B- und C-Mandaten hatte er allerdings noch keinen Anlaß, auf diese Frage einzugehen.

Die (soziale) Bedeutung des Völkerrechts steht für ihn auch jetzt nach Ende des 2. Weltkrieges außer Zweifel. Das wird in dem Disput mit Ernst Otto Czempel aus dem Jahre 1970 deutlich. „Deshalb ist zum Verständnis dieser Entwicklung der politisch-sozialen International Relations die Analyse des Völkerrechts und der Ausdehnung der Völkerrechtsgemeinschaft unerlässlich, wie umgekehrt die Dialektik des Verhältnisses zwischen dem Völkerrechtssystem und der sozialen Realität, in dem es besteht und sich inhaltlich und räumlich extendiert und differenziert, zur zutreffenden (dh sachadäquaten) Interpretation des Völkerrechts erforderlich wird. Ohne die Einbeziehung dieser Problematik des International Law als formell verbindenden

Moments zwischen den wirtschaftlich und sozial verbundenen, aber widersprüchlich zusammenwirkenden Staaten nunmehr des gesamten Erdballs ist eine wissenschaftliche Analyse des nun global gewordenen internationalen Systems (und damit auch der außenpolitischen Verhaltensweisen der einzelnen Staaten) nicht mehr möglich.“¹²

Er verfolgt in Einzelanalysen den Verlauf des Entkolonisierungsprozesses (Neue Weltwirtschaftsordnung, Bandung-Konferenz uam).¹³ Diejenigen Momente des antikolonialen Befreiungskampfes in Vietnam interessieren ihn besonders, die zur Schwächung des französischen und amerikanischen Imperialismus führen und Auswirkungen auf die normative Entwicklung des Völkerrechts haben.¹⁴ Die Rückwirkungen des bipolaren Kräfteverhältnisses auf die sog deutsche Frage (Untergangs- gegen Kontinuitätsthese in all ihren Varianten, Wiederbewaffnung, Atombewaffnung, Entspannungspolitik) haben ihn immer wieder zu zum Teil umfangreichen, in jedem Fall tiefblickenden Analysen auch der völkerrechtlichen Fragen veranlasst.¹⁵ Ob die Systemkonkurrenz jedoch einen eigenen, gar verselbständigten Stellenwert in der Analyse der Internationalen Beziehungen und der Bestimmung des Norminhalts des Völkerrechts in diesen Untersuchungen erhält, wage ich zu bezweifeln. Ebenso wichtig, allerdings gesehen im engen Kontext des durch die sowjetische Großmacht dargestellten Gegenmachtfaktors erscheinen bei ihm die antikolonialen Emanzipationskämpfe auf allen Ebenen der Auseinandersetzung. Bei der Gesamteinschätzung der internationalen Beziehungen, vor allem des sich immer wieder wandelnden und in Bewegung befindlichen Machtgleichgewichtes zwischen den Staaten, allem voran der Großmächte,

schätzt Abendroth die Bipolarität zwischen den Supermächten letztlich trotz der einen oder anderen zur Tagespolitik geäußerten Euphemismen nüchtern ein. Das würde der in der Dissertation verfolgten historisch-materialistischen (realistischen) Analyse der Internationalen Beziehungen entsprechen, aber auch auf der Linie seiner früheren kritischen Einschätzung des „abgekoppelten“ Weges der UdSSR zum Sozialismus/Kommunismus liegen. In diesem Punkt hatte er mit Trotzki übereingestimmt, der den „Sozialismus nur in einem Lande“ für unmöglich hielt. Abendroth betonte zwar das unterschiedliche Eigentumssystem der SU und der sozialistischen Länder und die sozialen Folgerungen hieraus positiv. Aber er sah es von Beginn an und dann später vor allem durch die wachsenden Großmachtanforderungen (insbesondere auf dem Militärssektor: Rüstungswettlauf) als gefährdet und prekär an. Wenn er das UN-System positiver als den Völkerbund beurteilt und auch die Entwicklung des Völkerrechts seit dieser Zeit insgesamt progressiv im Sinne der „Benachteiligten“ (weiter Begriff von Subalternen) beurteilt,¹⁶ so wegen der Kräfteverschiebungen nach der Zerschlagung des deutschen Faschismus durch die Antihitlerkoalition und der teilweisen Ausfüllung des entstandenen Vakuums durch antikoloniale Kräfte (hierzu China als entstehenden Weltmachtfaktor rechnerisch), zu deren Verstärkung die SU in erster Linie als „normale“ Großmacht und somit als Gegenmachtfaktor im internationalen Kräfteparallelogramm beitrug. Ihr realsozialistisches Gepräge spielte höchstens indirekt eine Art Katalysatorfunktion. In der Entwicklung der Bundesrepublik war dies besonders bei der Ausgestaltung des „Sozialstaates“ in unmittelbarer Nachbarschaft zur

11) Gespräch mit Wolfgang Abendroth, in *Bernhard Heidtmann/Hans Heinz Holz/Hans-Jörg Sandkühler* (Hrsg.), *Dialektik, Beiträge zu Philosophie und Wissenschaften* Bd 3 (1981) 152-153.

12) Abgedruckt in *Ekkehard Krippendorf* (Hrsg.), *Internationale Beziehungen* (1973) 12 ff.

13) Z.B. *Wolfgang Abendroth*, *Die weltpolitische Bedeutung der Bandungkonferenz*, *Archiv des Völkerrechts* (1956) 53 ff.; vor

allem die Stichworte: Abhängige Gebiete, Asylrecht, Großmächte, Kaschmir, Nyon-Abkommen von 1937, Piraterie, Satellitenstaaten, Servitut in *Strupp/Schlochauer*, *Wörterbuch des Völkerrechts* (1962).

14) Vgl. zB das Vorwort zu *Heinrich Weiler*, *Vietnam, eine völkerrechtliche Analyse des amerikanischen Krieges und seiner Vorgeschichte*, 2. Aufl (1973).

15) ZB Die gegenwärtige völkerrechtliche Stellung Deutschlands 1955, wieder abgedruckt in *Wolfgang Abendroth*, *Antagonistische Gesellschaft und Politische Demokratie*, 2. Aufl (1972) 318 ff.

16) *Abendroth* ging selbstverständlich von dem historischen Begriff der gespaltenen, aber wieder zu einigenden Arbeiterbewegung aus. Die auch von ihm wahrgenommenen strukturellen Veränderungen in ihrer sozialen Zusammensetzung haben bei

ihm nicht dazu geführt, sie als das „historische Subjekt“ aufzugeben. Dies zB im Unterschied zu *Habermas*, für den ein derartiger „Subjektbegriff“ angesichts einer funktional differenzierten Gesellschaft einer antiquierten holistischen Gesellschaftskonzeption zuzurechnen ist. Vgl. *Jürgen Habermas*, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 9. Aufl (1990) 27.

Muzak/Pinter (Hg.)
Fremden- und Asylrecht

Stand: 1. 4. 2006, Gesamtausg. (8. Nachtrag, 9. Lieferung)
 1.034 Seiten, Loseblattsammlung, 3-7046-0545-X, € 110,-

- Mit dem Fremdenrechtspaket 2005 inklusive aller Durchführungsverordnungen
- Alle wesentlichen Verordnungen des Bundes
- Alle wesentlichen EU-Normen

Dr. Gerhard Muzak ist außerordentlicher Universitätsprofessor am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

Dr. Christoph Pinter ist Mitarbeiter der Rechtsabteilung UNHCR in Wien.

**ALTBEWÄHRT
 IN NEUEM LAYOUT UND
 NOCH AKTUELLER**



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

**VERLAG
 ÖSTERREICH**

DDR zu spüren. Allerdings bedürften gerade diese Fragen noch genauerer Bearbeitung.¹⁷ Ich vermute, dass Abendroth die scheinbar abrupten Veränderungen 1989/90 in seinem nüchternen Blick weniger als tektonische Verschiebungen empfunden hätte als wir Zeitgenossen.

IV.

Was bleibt von Abendroth heute? Seine Verfassungstheorie, einschließlich seines historisch-materialistischen Ansatzes war schon zu seinen Lebzeiten einzigartig und einsam. Jedenfalls spielte sie weder in der Rechtswissenschaft noch in der Rechtsprechung, insbesondere des Bundesverfassungsgerichtes eine Rolle. Auch die herrschenden politischen Wissenschaften haben sich höchstens am Rande mit

ihr beschäftigt. Diese Situation dürfte heute noch ausgeprägter sein. Kein Wunder, wenn man die Grundaussage von Abendroths Verfassungstheorie ernst nimmt: Der in einer bestimmten historischen Situation erreichte inhaltliche „Kompromiss“ (man würde angesichts der Asymmetrie der Kräfte besser von Zugeständnissen der sozialökonomischen Eliten sprechen), der in der Norm zum Ausdruck gekommen ist, kann nur insoweit gehalten werden, als auch später im weiteren Verlauf der gesellschaftlichen Auseinandersetzungen genügend Gegenmacht entfaltet wird. Unter diesem Gesichtspunkt könnten Grundgesetzartikel wie Art 20 Abs 1 (demokratischer und sozialer Bundesstaat) oder gar Art 15 und 14 (Sozialisierungsmöglichkeit, Definitionshoheit) heute als Worthülsen

betrachtet werden, die nur deshalb nicht beseitigt werden, weil sie für die sozialökonomischen und politischen Eliten „unschädlich“ sind. Aber so formuliert dürfte die an sich zutreffende Feststellung schief sein. Zur Beseitigung dieser Normen, die 1949 explizit der „Rückwärtssperre“ unterworfen wurden, reicht, aus welchen Gründen auch immer, eben die Kraft der Eliten nicht aus. Die betreffenden Grundgesetzartikel müssen bei präziserer, nämlich den gesamten gesellschaftlichen Kontext einbeziehenden Analyse als Normen „auf Vorrat“ begriffen werden. Bei „Rückbesinnung“ und neuer Kraftentfaltung von alternativen gesellschaftlichen Gegenkräften können sie wieder genutzt werden. Aber erst dann, wenn genügend gesellschaftliche Gegenmacht – und das kann nur

17) Vgl zB seine interessanten Ausführungen zu den Chancen (1981) 335 ff. (338 f.). Die „real-sozialistischen/kommunistischen Entwicklungen im globalen Maßstab von 1981, in *Abendroth/Blanke/Preuß* ua, *Ordnungsmacht*. Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft (1981) 335 ff. (338 f.). Die „real-sozialistischen Staaten“ erscheinen in diesem Kontext als zu „schützende“, weniger als Machtfaktoren wegen ihres Eigentumsystems. Sie werden als Staaten bezeichnet „die bereits sozialistische Produktionsverhältnisse weitgehend realisiert haben“, der Zusatz in Klammern „(so große Mängel sie im Übrigen hinsichtlich ihres Demokratisierungsgrades oder in anderen Frage auf Grund des Ganges ihrer Geschichte auch haben mögen)“ lässt aber darauf schließen, dass diese Stufe des alternativen Eigentumssystems kaum zur qualitativen Änderung der Internationalen Beziehungen beitragen kann.

die Bündelung der großen Mehrheit in solidarischer Organisation sein – sich auf sie beruft, wird man wieder von einem transformatorischen Charakter des Rechtssystems und der Rechtswissenschaft sprechen können. Jürgen Habermas meint in seinem Grußwort zur Konferenz in Frankfurt am 6. Mai 2006, die Abendrothsche Perspektive der sozialistischen Demokratie sei aus zwei Gründen obsolet heute. Die Konkurrenz der Gesellschaftssysteme sei inzwischen zugunsten eines globalen Kapitalismus entschieden. Von innen, also national, könne zudem eine Zählung des Kapitalismus nicht mehr erfolgen, „nachdem die kapitalistische Wirtschaft nicht länger in ein internationales System eingebettet ist, sondern umgekehrt die Nationalstaaten ihren Imperativen unterworfen hat.“¹⁸ Diese Hinweise sind wichtig. Sie sind jedoch als Gründe für die Schlussfolgerung von Habermas, Abendroths Ansatz sei obsolet, nicht hinreichend. Abendroth hat beide genannten Gründe jedenfalls schon bedacht und dennoch an seiner sozialistischen Perspektive festgehalten. Denn, wie ausgeführt, hat Abendroth zum einen die Systemkonkurrenz nur sehr bedingt als „Fortschrittsfaktor“ begriffen. Zum anderen, er hat stets „internationalistisch“ und global gedacht. Allerdings hatten die treibenden Kräfte, für ihn die der internationalen Arbeiterbewegung, nationale Basen, von denen aus das internationale Aktionsnetz zu knüpfen war. Sowohl seine wissenschaftliche Zuwendung zu einem völkerrechtlichen Thema und dessen Bearbeitung in der Schweiz, als auch nach seiner Rückkehr nach Deutschland seine Weigerung, seinen Freunden in die Emigration zu folgen, machen die beiden Seiten der Medaille in der Prägung seiner Biographie deutlich.¹⁹

Diese Spannung macht sich auch in seiner Sicht des Völkerrechts bemerkbar. Deshalb war er für diese Ebene im Unterschied zum Verfassungsrecht

mit der Charakterisierung „transformatorisch“ zurückhaltender. Das mag auch daran liegen, dass er hier keinen eigenen Theorieansatz entwickelt hat, wie es für Verfassungsrecht festzustellen ist. Obwohl Abendroth seine spezifische Sicht der Verfassung aus seiner Beschäftigung mit dem Völkerrecht gewonnen hat, bleiben seine völkerrechtlichen Arbeiten Beschäftigung mit Einzelthemen. Sie beruhen auf einer nicht weiter hinterfragten historisch fundierten realistischen Methode, die nach wie vor Relevanz in der Völkerrechtswissenschaft besitzt. Mit anderen Realisten wie zB dem Finnen Koskenniemi²⁰ übereinstimmend würde er heute nüchtern die Kräfteverschiebung zugunsten des amerikanischen Imperialismus konstatieren, allerdings wohl auch für eine Überschätzung des Kräftepotentials wegen der bestehenden und entstehenden Gegenkräfte (China, wiedererstarkendes Russland ua) nicht anfällig sein und sicherlich nicht für einen Kotau vor dem „demokratischen Hegemon“ plädieren.²¹ Staaten bleiben die prädominanten Subjekte des Völkerrechts, je nach Potenz gebunden in ein Geflecht von internationalen Organisationen, allen voran in das des UN-Systems. Souveränitätsdogma und Konsensprinzip vor allem für die Weiterbildung von Gewohnheitsrecht geben nicht nur anderen Großmächten gegenüber dem amerikanischen Hegemonialstreben, sondern auch Mittel- und Kleinmächten relative Spielräume. Normaufladungen durch Berufung auf Werteordnungen, auch als Menschenrechte mit erga omnes bzw jus cogens – Wirkung getarnt, dürfte Abendroth skeptisch gegenüberstehen. Denn bei Licht besehen liefern sie Interventionsgelüsten der „Willigen“ Vorwand und Legitimation. Da für ihn die politischen und sozialen Grundrechte im nationalen Bereich immer eine entscheidende Rolle gespielt haben, dürfte er den europäischen Integrationsprozess mit zwiespältigen Gefühlen verfolgt

haben und sich damit in einem weiteren wesentlichen Punkt von Jürgen Habermas unterscheiden. Das Auf- und Festlaufen der „aufgesetzten“ Integration durch „Verfassung“ (im Grunde nichts anderes als ein völkerrechtlicher Vertrag) dürfte er als Menetekel aufgefasst haben: Entweder ein Europa mit einem Sozialstandard zumindest auf der Höhe des „rheinischen Kapitalismus“ und auf der Basis von Mitbestimmungsmöglichkeiten, die über die Wahl zum Europäischen Parlament hinausgehen,²² oder keines.

Die Gedankenwelt Wolfgang Abendroths bleibt höchst aktuell. Sie, wie es die herrschende wissenschaftliche Publizistik tut, aus dem Diskurs zu entfernen, macht nur dann Sinn, wenn man jede Alternative schon vom Ansatz her verhindern möchte. Wolfgang Abendroth bleibt auf der Tagesordnung. Denn die alten Probleme drängen ungelöst. Selbstredend, weil es die Abendrothsche Methode fordert, müssen die seitherigen Entwicklungen reflektiert und analysiert werden.

Prof. Dr. Gerhard Stuby, seit 2000 im Ruhestand, ist Professor für öffentliches Recht und wissenschaftliche Politik am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Bremen. Der Schwerpunkt seiner Arbeiten liegt seit Jahren auf dem Gebiet der Völkerrechtsgeschichte. Er arbeitet zur Zeit an einem Projekt über die völkerrechtlichen Aktivitäten des Auswärtigen Amtes zwischen 1918 und 1945.
stuby@uni-bremen.de

18) www.literaturkritik.de/public/druckfassung_rez.php?rez_id=9477 (29.9.2006), jetzt auch in dem in Fn 1 genannten Band von Hans-Jürgen Urban ua, 21.

19) Alles sehr plastisch bei Andreas Diers, Arbeiterbewegung – Demokratie – Staat, Wolfgang Abendroth, nachzulesen.

20) Vgl. Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960 (2001).

21) So aber in der Tendenz zumindest Ulrich K. Preuß, Demokratischer Hegemon und Pariastaaten, F.A.Z., 9.5.2006, Nr. 107, 10

22) Vgl. Wolfgang Abendroth, Europäische Integration und demokratische Legitimation, Au-

ßenpolitik 1952 (10) 623 ff. Vgl. hierzu auch Oliver Eberl/Andreas Fischer-Lescano, Der Kampf um ein demokratisches und soziales Recht. Zum 100. Geburtstag von Wolfgang Abendroth, Blätter für deutsche und internationale Politik 2006 (5) 577 ff.

betreut von Judith Schacherreiter

Vorwort

Judith Schacherreiter

Im ausgehenden Freudjahr geht dieser Schwerpunkt der Frage nach, was aus einem interdisziplinären Austausch zwischen Rechtswissenschaft und Psychoanalyse gewonnen werden kann. Als gemeinsamer Anknüpfungspunkt dieser beiden Wissenschaften bietet sich das Verbot bzw. die Norm an, denn Normen sind der Gegenstand der Rechtswissenschaft und in der Psychoanalyse bildet der Konflikt zwischen Norm und Begehren den Ursprung psychosozialer Entwicklung und psychischer Störungen.

Die insofern wichtigste Norm bei Freud ist das Inzestverbot. Weniger im Ödipus-Mythos selbst, weil dort Sexualität in Form des Inzests nur von untergeordneter Bedeutung ist, umso mehr aber in der Freud'schen Interpretation dieses Mythos, spielt das Inzest-Motiv eine zentrale Rolle (vgl dazu den Themenbeitrag von *Herwig Gottwald*). Ausgehend von der griechischen Tragödie entwickelte Freud bekanntlich den weltberühmt gewordenen Ödipus-Komplex, also die Theorie über das auf die Mutter gerichtete sexuelle Begehren des Jungen, die damit einhergehende Rivalität mit dem Vater, das väterliche Verbot dieser Regungen und die Kastrationsandrohung.

Mit seinem Ödipus-Komplex skizziert Freud Prozesse des Begehrens und der Identifizierung, im Besonderen der Herausbildung von Geschlechtsidentitäten, wobei er – wie aus feministischer und queerer Perspektive vielfach kritisiert – die Entwicklungsgeschichte an einem heterosexuellen Ideal und einer hierarchischen Geschlechterdifferenz ausrichtet. So findet das inzestuöse Begehren bei der Tochter ihren Ausdruck nicht in einer aktiven Rivalität, sondern in einer passiven Erwartung an den Vater. (Eine feministische und queere Kritik enthält der Themenbeitrag von *Antke Engel*.)

Das Inzestverbot spielt nicht nur in Freuds Entwicklungspsychologie, sondern auch in seinen kulturtheoretischen Schriften eine wichtige Rolle, weil es hier den Übergang von der „Urhorde“ zu Gesellschaft und Kultur markiert. Die Söhne der Urhorde begehren die Frauen des Urvaters und ermorden ihn. Aus Schrecken und Reue über ihre Tat errichten sie das Totem als symbolischen Platzhalter des Vaters und unterwerfen sich selbst dem Inzestverbot, das als „Ur-Gesetz“ den Ausgangspunkt des Rechts markiert (*Freud*, Totem und Tabu; vgl dazu die Themenbeiträge von *Stefan Häussler* und *Martin Schulte*).

Im Recht hat das Inzesttabu als strafrechtliches Verbot Niederschlag gefunden. Es handelt sich hierbei um ein höchst eigentümliches und widersprüchliches sowie gesellschaftspo-

litisch sehr brisantes Delikt, weil völlig im Dunklen liegt, wer oder was durch das Inzestverbot eigentlich geschützt werden soll und weil die für das Strafrecht typische Opfer-Täter-Dichotomie fehlt (zum Inzest im Strafrecht vgl den Themenbeitrag von *Pia Abel*).

Schon alleine hinsichtlich des Inzesttabus könnte der Austausch zwischen Recht und Psychoanalyse daher Bände füllen. Die interdisziplinäre Befruchtung beschränkt sich allerdings nicht auf den Inzest. Auch die interpretative Arbeit und das Denken von JuristInnen sind einer psychoanalytischen Deutung zugänglich (vgl dazu vor allem die Arbeiten von *Peter Goodrich*; zur Untersuchung des common law lawyers vgl dessen Themenbeitrag). Weiters rückt die psychoanalytische Herangehensweise Fragen wie die Beziehung zwischen Subjekt und Rechtsordnung oder die Selbsterhaltung von Rechtsordnung und staatlichen Organisationen in ein neues Licht.

In dieser letzteren Hinsicht interessiert insbesondere die Lacan'sche Weiterentwicklung des ödipalen Konflikts. Das „Nein“ des Vaters (der bei Lacan nicht mehr der leibhaftige Vater, sondern der Repräsentant des Gesetzes ist) bedeutet hier nicht nur eine Einschränkung des Begehrens. Das Verbot reißt das Individuum aus der Einheit mit der Mutter und führt es dadurch in den Raum sozio-kultureller Regelungen und positiver Gesetze (in die sog. „symbolische Ordnung“) ein. Damit wird Subjektivität begründet, wobei das Subjekt, das sich der Autorität des Gesetzes unterwirft, seine ursprüngliche Ganzheit verliert und sich daher als mangelhaft und unvollständig erlebt. Aus dieser Unvollständigkeit heraus entwickelt es ein eigenes Begehren, das auf Vollständigkeit gerichtet ist, aber in der symbolischen Ordnung nicht erfüllt werden kann. Das Subjekt bleibt in dieser Ordnung daher mangelhaft und entfremdet. Diese Entfremdung hält die Beziehung zwischen Subjekt und Autorität in einem instabilen Spannungsverhältnis. Die Rechtsordnung bedient sich „institutionalisierter Phantasmen“, um den Glauben des Subjekts an die Autorität aufrechtzuerhalten. „Das Phantasma [jedoch], auf dem symbolische Autorität steht, ist zerbrechlich und immer durch eine Invasion des *Realen* bedroht.“ (vgl dazu den Themenbeitrag von *Martin Schulte*) Die systeminhärente Instabilität von Rechtsordnungen bleibt daher bestehen.

Vor diesem Hintergrund wünsche ich eine interessante Lektüre der Beiträge von *Herwig Gottwald*, *Pia Abel*, *Martin Schulte*, *Stefan Häussler*, *Antke Engel* und *Peter Goodrich*.

Gatten-, Bruder-, Vater-, Muttermord, Inzest, Blutrache unter Verwandten, Menschenopfer u.s.w.: Die griechische Mythologie ist voll von entsetzlichen, dem modernen, zivilisierten Menschen nahezu unverständlichen Vorgängen und Motiven. Schon in der klassischen Antike taten sich viele schwer mit diesem offenkundig barbarischen Erbe des aus grauer Vorzeit mündlich überlieferten und erst spät verschriftlichten Mythos. Hauptbestreben der Dichter, die sich im Fundus dieser Geschichten bedienten, war es daher seit Homer (8. Jahrhundert v. Chr.) und verstärkt seit den Tragikern des 5. Jahrhunderts, das Fremde, Dunkle, Grausige des Mythos, der einer vorzivilisatorischen Kulturstufe entstammte, durch Ästhetisierung zu entschärfen, zu entbarbarisieren und zu domestizieren, damit ein bereits teil-aufgeklärtes Publikum wie das der griechischen Theater die von Aristoteles beschriebenen, auf Einfühlung, auf der Erregung von „Jammer und Schaudern“ beruhenden und eine moralische Kasuistik voraussetzenden kathartischen Erfahrungen machen konnten, die das Bühnengeschehen im distanzierten Modus des Als-ob nach-erlebbar machten.

Der Mythos selbst hat keine rekonstruierbare ursprüngliche Gestalt, die Forschung hat lediglich Anhaltspunkte für seinen Zustand vor den Literarisierungsprozessen (die seit Blumenberg als „Arbeit am Mythos“ bezeichnet werden¹) ausmachen können, im Falle des Ödipus-Mythos sind diese zudem wenig aussagekräftig. Das Gros der vor-sophokleischen Überlieferungen von Oidipus, dem „Schwellfuß“, ist jung (5. Jh. v. Chr., aus dieser Zeit auch seine Einfügung in den thebanischen Sagenkreis um Kadmos und Agenor) und mit zahlreichen (nicht-mythischen) Märchenelementen behaftet: Die schicksalhafte Bedeutung der Geburt eines Kindes, die dem thebanischen König Laios, dem Vater Ödipus', durch das delphische Orakel verkündet wird (vgl. die Geburt Jesu und der herodianische Kindermord von Bethlehem), ist ebenso märchenhaft wie das Motiv des Helden, der durch Überwindung eines Ungeheuers (der Sphinx) ein Land und die Hand der Königin gewinnt. Ödipus' Mord an seinem Vater, die Heirat mit der Mutter und die anschließende Enthüllung seiner Geschichte mit den schrecklichen Folgen (Selbstblindung und Selbstverbannung des Helden, Selbstmord seiner Mutter bzw. Gattin) sind erstmals von Sophokles um 425 v. Chr. in dieser Kausalität gestaltet worden und haben das moderne Bild des Mythos entscheidend geprägt. Bei Homer gibt es zwar den Mord am Vater und die Hochzeit mit der Mutter, noch nicht aber die Selbstverstümmelung und die Verbannung: Ödipus bleibt bis zu seinem Tod in Theben (*Ilias* 23, 679f.; *Odyssee* 11, 271ff.). In den kommenden Jahrhunderten nahm man zahlreiche Veränderungen vor: „So ist er [Ödipus] eine zusammengesetzte Figur, die jedoch im Gegensatz zu Perseus, Herakles und den anderen erst nach Ende des Bronzezeitalters

zu einem bedeutenden Heros der Mythen geworden ist.“² Es gibt keinen einheitlichen, stringenten Ödipus-Mythos, wohl aber mehrere unterschiedliche literarische Fassungen dieses Stoffs, von denen wiederum Sophokles' Tragödie die bedeutendste darstellt. Schon aufgrund des ‚Sujetzwanges‘, dem der Tragiker wie in unterschiedlichen Ausmaßen alle weiteren Bearbeiter dieses Mythos unterlag (den Anforderungen des Sujets an alle späteren Bearbeitungen), enthält diese klassische Fassung Elemente wie den Schicksalsgedanken, die nur schwer in eine bereits in vielem aufgeklärte Gegenwart zu integrieren waren. So betont Albin Lesky in seiner Literaturgeschichte, daß die Gestalten des Dramas

Der Ödipus-Mythos und seine Rezeption in Literatur und Philosophie

Herwig Gottwald

zwar keine „Charaktere im Sinne moderner Psychologie, wohl aber große Persönlichkeiten sind, deren Wesen sich fest um eine Mitte schließt.“³ Der Zusammenprall genuin mythischer Schichten (wie Orakelglaube, Schicksalsgedanke, Vorstellungen von der Vorherbestimmtheit des Lebens durch göttliche Mächte) mit zeitgenössisch-, modernen' Elementen⁴ wie Psychologie und Handlungsmotivation ist bereits für dieses Stück charakteristisch und Ausdruck jener Tendenz einer in vielen Bereichen aufgeklärten Schriftkultur, den Mythos zu entschärfen, seine bedrohlichen, barbarischen, vormodern-archaischen Wesenszüge zu humanisieren. So wird der Mythos bereits in Aristophanes' *Die Frösche* (405 v. Chr.) parodiert. Eine poetische Entschärfung fordert etwa Aristoteles, wenn er Ödipus als Helden zwischen zwei Extremen erläutert: Man dürfe in einer guten Tragödie weder zeigen, „wie makellose Männer einen Umschlag vom Glück ins Unglück erleben“, noch „wie Schufte einen Umschlag vom Unglück ins Glück erleben“, noch aber, „wie der ganz Schlechte einen Umschlag vom Glück ins Unglück erlebt.“ Der ideale tragische Held sei jemand, „der nicht trotz seiner sittlichen Größe und seines hervorragenden Gerechtigkeitsstrebens, aber auch nicht wegen seiner Schlechtigkeit und

1) Hans Blumenberg, *Arbeit am Mythos*, Frankfurt a.M. 1979, S. 133: „Auch die frühesten Mythologeme sind schon Produkte der Arbeit am Mythos.“

2) Geoffrey Stephen Kirk, *Griechische Mythen. Ihre Bedeutung und Funktion* (1974), Reinbek bei Hamburg 1987, S. 157f.

3) Albin Lesky, *Geschichte der griechischen Literatur* (1971), München 1993, S. 328.

4) „Als Sophokles dieses Stück schrieb, war die Sophistik längst in vollem Angriff auf alles, was die Überlieferung heiligte. Sophokles hat seine Absage an all das Neue, Umstürzende in dem [...] Liede des Oidipus [...] klar ausgesprochen [...]“ Ebd., S. 329.

Gemeinheit einen Umschlag ins Unglück erlebt, sondern wegen eines Fehlers“:⁵ eben Ödipus. Dieser „Fehler“ ist allerdings im Stück selbst schwer nachzuweisen und nicht auf der moralischen Ebene angesiedelt,⁶ vielmehr ist es unmöglich, „für diese Tragödie einen Ausgleich von Schuld und Sühne zu errechnen und die unerhörte Wucht ihrer Tragik zum moralischen Exempel zu verdünnen.“⁷ Sophokles' Stück fasziniert vielleicht gerade deshalb bis heute, weil in ihm die mythische Ebene ebenso erhalten ist wie eine vielfach modern wirkende Psychologisierung und Handlungsmotivierung. Als analytisches Drama hat *König Oidipus* denn auch bis in die Moderne hinein seine Wirkung entfaltet: Ödipus ist vom Willen beseelt, das Dunkel des Verbrechens an seinem Vorgänger auf dem Thron, Laios, unbedingt aufzuklären, obwohl er sich mit jedem seiner Schritte tiefer in das „Netz des Verhängnisses“ verstrickt: „Jeder Versuch der Beruhigung ist in diesem Stücke zugleich ein Schritt zur Katastrophe.“⁸

Zwei der bedeutendsten modernen Bearbeiter dieses Sujets, Heinrich von Kleist und Max Frisch, haben genau diesen Grundzug der antiken Tragödie zu adaptieren versucht: In Kleists Lustspiel *Der zerbrochene Krug* (in dem der Dichter explizit auf Sophokles Bezug nimmt⁹) geht es ähnlich wie im antiken Drama um die unfreiwillige Selbstentlarvung des Täters, der zugleich der Untersuchungsrichter ist. Im Unterschied zum sophokleischen Ödipus aber ist sich der Dorfrichter Adam seiner Schuld durchaus bewußt und kann den Verstrickungen dennoch nicht entkommen, ohne aber tragisch zu enden: Adam scheitert komisch. Näher bei Sophokles steht Max Frischs Roman *Homo faber*, dessen Held – ohne sich dessen bewußt zu sein – mit jedem seiner Schritte tiefer in die inzestuöse Verbindung zu seiner unerkannten Tochter gerät und zuletzt auf tragische Weise untergeht, nachdem er wie Ödipus Schuld auf sich geladen hat, indem er – unabsichtlich wie Ödipus – den Tod seiner Tochter verursacht hat, aber auch in einem tieferen Sinn an deren Mutter schuldig geworden ist. Beide modernen Autoren sind damit einem Grundzug der sophokleischen Fassung des Mythos gefolgt: der Selbstverstrickung in unabwendbares Unheil gerade durch den Versuch, diesem zu entkommen. Anders als bei Kleist, der die mythischen Dimensionen völlig getilgt hat, spielt der mythische Schicksalsgedanke, das Element des unentrinnbaren Verhängnisses, dem der Held von Anfang an ausgeliefert ist und dem er selbst entgegenarbeitet, eine zentrale Rolle bei Frisch.¹⁰ Entscheidend für die moderne Rezeption des Ödipus-Mythos (in der Fassung der sophokleischen Tragö-

die) wurden interessanterweise aber nicht jener offenkundige Grundzug des Dramas, sondern das Inzest-Motiv und eine eher beiläufige Bemerkung der Iokaste, die den bereits zweifelnden, schreckliche Enthüllungen fürchtenden Ödipus („Wie soll mir vor der Mutter Bett nicht bange sein?“) beruhigen will und ihm rät, „dahin zu leben, wie man kann. Doch um die Ehe mit der Mutter sorg' dich nicht! Denn viele Menschen haben wohl in Träumen schon der Mutter beigelegen.“¹¹ Die unglaubliche Karriere des Ödipus-Mythos in der Moderne geht auf diese Stelle zurück, die Sigmund Freud in seiner *Traumdeutung* als Beleg für seine psychoanalytische Theorie zitiert, daß „die Eltern im Kinderseelenleben aller späteren Psychoneurotiker die Hauptrolle [spielen]“: „Verliebtheit gegen den einen, Haß gegen den andern Teil des Elternpaares gehören zum eisernen Bestand des in jener Zeit gebildeten und für die Symptomatik der späteren Neurose so bedeutsamen Materials an psychischen Regungen.“¹² Diese als „Ödipus-Komplex“ weltweit berühmt gewordene und bis heute in zahlreichen einschlägigen Arbeiten immer wieder erneuerte, phantastisch anmutende Theorie gewann Freud u.a. aus einer eigenwilligen Sophokles-Interpretation, die auch eine Rezeptionsästhetische Deutung ist: Die Schicksals-Thematik als unwichtig beiseite schiebend, sieht er im Inzest-Motiv den „Schlüssel zur Tragödie“: „Sein [Ödipus'] Schicksal ergreift uns nur darum, weil es auch das unsrige hätte werden können, weil das Orakel vor unserer Geburt denselben Fluch über uns verhängt hat wie über ihn. Uns allen vielleicht war es beschieden, die erste sexuelle Regung auf die Mutter, den ersten Haß und gewalttätigen Wunsch gegen den Vater zu richten; unsere Träume überzeugen uns davon. König Ödipus, der seinen Vater Laios erschlagen und seine Mutter Iokaste geheiratet hat, ist nur die Wunscherfüllung unserer Kindheit. [...] Der Traum, mit der Mutter sexuell zu verkehren, wird ebenso wie damals auch heute vielen Menschen zuteil, die ihn empört und verwundert erzählen. Er ist [...] der Schlüssel zur Tragödie und das Ergänzungsstück zum Traum vom Tod des Vaters. Die Ödipus-Fabel ist die Reaktion der Phantasie auf diese beiden typischen Träume [...].“¹³ Hierher gehört auch die Deutung der Selbstblendung des Ödipus als „symbolische Darstellung der Kastration“ (erkennbar im Typus des „verkappten Ödipus-Traums“).¹⁴ Die amerikanische Althistorikerin Mary Lefkowitz hat vor geraumer Zeit Einwände gegen dieses nicht erst seit Freud beliebte Verfahren vorgebracht, antike Mythen als Projektionsflächen für gerade aktuelle Theorien, Ideologien oder prinzipiell zeitgenössische Interessen zu benutzen: Sie stellt Mythos-Interpretationen grundsätzlich

5) Aristoteles, Poetik. Übersetzt von Manfred Fuhrmann. Stuttgart 1982, S. 39.

6) Fuhrmann sieht den „Fehler“ dieses tragischen Heldentyps in der falschen Einschätzung einer Situation; ebd. S. 118.

7) Lesky, S. 327.

8) Ebd.

9) Heinrich von Kleist, *Der zerbrochene Krug* (1807-11). Kleist beschreibt einleitend ein Gemälde dieses Titels, auf dem der Gerichtsschreiber „jetzt den Richter mißtrauisch zur Seite [an]sah, wie Kreon, bei einer ähnlichen Gelegenheit, den Ödip.“ Das juristisch-kriminalistische Element des Sujets steht folglich bei Kleist im Mittelpunkt der Handlung; vgl.

dazu Blumenberg, S. 98f. Für Blumenberg ist Kleists Stück die „verwegenste Parodie dieses Stoffes“.

10) Vgl. Herwig Gottwald, *Spuren des Mythos in moderner deutschsprachiger Literatur*, Würzburg 2006, S. 339-341.

11) Sophokles, *König Oidipus*. Vers 976 bzw. 979 ff., in: W. Willige (Hrsg.), *Dramen*, München/Zürich 1985, S. 343 (= Sammlung Tusculum).

12) Sigmund Freud, *Die Traumdeutung* (1900), Frankfurt a.M. 1982 (= Studienausgabe Bd. II), S. 265.

13) Ebd., S. 268. Freud selbst hat seine Theorie weiterentwickelt und modifiziert, gleich-

wohl gelten deren Kernthesen noch heute vielen als wissenschaftlich gesichert.

14) Ebd., S. 389. Nach Freud waren dem Spekulieren Tür und Tor geöffnet: „Daß der Dreiweg bei Sophokles [der Schauplatz der Tötung des Laios] das weibliche Genitale darstellt, geht aus dem Text klar hervor“, behauptet Karl Abraham 1923; der Name Ödipus' bedeutete einerseits Kastration, andererseits Erektion, so Driek van der Sterren 1948/74; beide zitiert nach: Werner Greve / Jeanette Roos, *Der Untergang des Ödipuskomplexes. Argumente gegen einen Mythos*, Bern u.a. 1996, S. 54ff.

Wieshaider (Hg.)
Gesetzbuch Kulturrecht

Stand: 1. 5. 2006, 300 Seiten, mit CD-Rom, br., 3-7046-4964-5, € 35,-
 Abo- und Hörscheinpreis € 28,-

Das Buch beinhaltet die erste Sammlung der relevanten Vorschriften aus dem Fach Kulturrecht, wie es seit dem Wintersemester 1999/2000 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien gelehrt wird.

Univ.-Prof. Dr. Richard Potz, Vorstand des Instituts für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität Wien

Dr. Birgit S. Moser-Zoundjiekpon, Leiterin der Rechtsabteilung im Erzbischöflichen Amt für Unterricht und Erziehung der Erzdiözese Wien und Assistentin am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität Wien

Dr. Wolfgang Wieshaider, Univ.-Ass. am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität Wien



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



in Frage, „die herauskommen, wenn Wissenschaftler sich antiker Literatur ohne Umschweife nähern wollen, so als läsen sie die Werke eines zeitgenössischen Schriftstellers“. Sie bezweifelt daher, „ob die Menschen im Altertum heutige Interpretationen [von Sophokles' *König Ödipus*] verstanden oder akzeptiert hätten, die den Hauptakzent auf Begehren und Inzest legen.“¹⁵ Lefkowitz bezweifelt, „daß Sophokles bewußt war – wie neuerdings behauptet wird –, daß es in *König Ödipus* in erster Linie um Inzest oder exzessive Endogamie geht, die in Unfruchtbarkeit und dem Untergang von Ödipus' Familie enden.“¹⁶ Unabhängig davon ist dieses Verfahren der Mythosdeutung bis heute in verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen überaus beliebt: Jeder/jede kann sich so irgendeinen altgriechischen Mythos aussuchen und ihn als Uralt-Beleg für gerade gängige Geschichtsphilosophien, Gesellschaftstheorien und politische oder ästhetische Theorien interpretieren bzw. aktualisieren.

Dass Freud mit seinen Quellen oft willkürlich und ohne empirische Absicherung umging (was seiner Beliebtheit gerade in den Geisteswissenschaften keinen Abbruch zu tun scheint, diese vielleicht sogar begründet), zeigt bereits ein

näherer Blick auf Sophokles' Stück: Keineswegs ist Ödipus' Tötung des Laios ein bewußter Vatermord, auch gibt es dabei keinerlei Verbindung zu dessen Ehefrau Iokaste, vielmehr dürfte es sich um Totschlag im Affekt, eventuell sogar in Notwehr gehandelt haben; die Tat war weder geplant noch heimtückisch. Gerade den Vatermord (für Freud bekanntlich ein Grundbaustein einiger seiner Kulturtheorien¹⁷) wollte Ödipus vermeiden, indem er dem Orakelspruch folgte und Korinth verließ (und gerade dadurch dem echten, unbekanntem Vater begegnete). Auch die Beziehung zu Iokaste ist keine erotisch motivierte, sondern erfolgt aus Gründen der Staatsräson.¹⁸ Sexualität, auch in der heutzutage offenbar faszinierenden Form des Inzests,¹⁹ spielt bei weitem nicht die bedeutende Rolle im Ödipus-Mythos bzw. in dessen antiken Gestaltungen, die ihr Freud und seine Adeptinnen bzw. Adepten bis zur Postmoderne zuschreiben wollen. Von einer weiterhin freudianisierenden und psychoanalysierenden wissenschaftlichen sowie literarischen Öffentlichkeit weitgehend unbeachtet, legten Werner Greve und Jeanette Roos vor über zehn Jahren eine wissenschaftstheoretisch fundierte empirische Überprüfung der Theorie vom Ödipus-Komplex vor, die um argumentative

15) Mary R. Lefkowitz: Die Töchter des Zeus. Frauen im antiken Griechenland (1986), München 1992, S. 29 u. 11ff.

16) Ebd., S. 11f.

17) Vgl. Totem und Tabu (1912/13), Der Mann Moses und die monotheistische Religion (1939).

18) Vgl. Greve / Roos, S. 57-63; vgl. auch Lefkowitz, S. 11: „Der Text von Sophokles' *König Ödipus* liefert keinen Hinweis darauf, daß Ödipus sich von Iokaste sexuell angezogen gefühlt hätte; er heiratete sie, weil die Heirat mit der Königswitwe die Belohnung für die Befreiung Thebens von der Sphinx war.“

19) Vgl. dazu Hans Weichselbaum (Hrsg.), Androgynie und Inzest in der Literatur um 1900, Salzburg 2005; darin meinen Artikel: Das Inzest-Motiv bei Richard Wagner und Thomas Mann, S. 181-207.

Ausgewogenheit und Fairneß gegenüber Freud geprägt ist. Das Ergebnis ist für die Psychoanalyse ernüchternd: „Darstellungen der psychoanalytischen Entwicklungstheorie, jedenfalls soweit sie die sogenannte ‚ödipale‘ Situation bzw. Konstellation in der ‚phallischen Phase‘ betreffen, gehören nicht in Lehrbücher der Entwicklungspsychologie, sondern in Darstellungen der Geschichte der Psychologie.“²⁰ Freuds Verdienste in dieser Beziehung sehen die Autoren eher in seiner Entdeckung kindlicher Sexualität als in der eines universell gültigen Ödipuskomplexes, der wohl in Einzelfällen, nicht aber insgesamt nachweisbar ist. Daß aber gerade hier, in der kindlichen ‚Sexualität‘, die Bezeichnung „Ödipuskomplex“ irreführend ist, hat man schon lange festgestellt: „Sophokles’ König Ödipus ist natürlich die Tragödie eines Erwachsenen. Dies verstärkt die Konfusion zwischen infantiler und erwachsener Sexualität.“²¹ In Sophokles’ Text geht es nicht um Sexualität, schon gar nicht um kindliche, sondern um die ins Tragische mündende Erforschung des eigenen Ursprungs. Die Traum-Stelle, auf die sich Freuds Deutung vor allem bezieht, hat in diesem Kontext die Funktion, „etwas möglichst Unplausibles als Argument heranzuziehen“,²² zumal Träume keineswegs pauschal als Äußerungen unbewußter unerfüllter Wünsche angesehen werden können. Träume eröffnen bei Freud bekanntlich einen „Königsweg zum Unbewußten“ und zugleich „einen Universalschlüssel zum Verständnis literarischer [...] Produktion.“²³ Träume aber sind – wie Manfred Engel zu Recht moniert – „black boxes“, sie können „nie Gegenstand von wie auch immer gearteten Betrachtungen oder Untersuchungen sein.“ Die „anthropologische Urszene des Traumphänomens [ist] das Erwachen. Der ‚Traum an sich‘ gehört allein dem Träumenden; der ‚Traum für uns‘ entsteht im Blick des Wachenden, der zurückgerichtet ist auf einen vergangenen und unaufhebbar differierten Aggregatzustand.“²⁴ Man kann Freud zwar kaum vorwerfen, seine Theorien ohne wissenschaftstheoretische Absicherungen entworfen zu haben, zumal die analytische Philosophie des Wiener Kreises und die moderne Wissenschaftstheorie erst lange nach der *Traumdeutung* entstanden. Dennoch sind die theoretischen Voraussetzungen der Psychoanalyse sowie deren Kerntheorien auch aus dieser Perspektive zu prüfen.²⁵ Für Karl Popper kann „Freuds Epos vom Ich, Über-Ich und Es

kaum mehr Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erheben als Homers Sammlung von olympischen Skandalgeschichten“, zumal die psychoanalytischen Theorien prinzipiell unprüfbar und unwiderlegbar seien.²⁶ Demgegenüber haben Greve und Roos gezeigt, daß die psychoanalytische Theorie sehr wohl eine „wissenschaftliche, empirisch überprüfbare Theorie“ ist, allerdings nur, „sofern dabei nicht ausschließlich die psychoanalytische Methodologie in einem eingeschränkten Sinne zugelassen ist.“²⁷ Das mag auf Freuds Ödipus-Theorie zutreffen (die empirisch widerlegt wird), kann aber nicht generalisierend auf die Psychoanalyse überhaupt angewandt werden, deren verschiedene Strömungen einer wissenschaftstheoretischen Prüfung unterzogen werden sollten, wie sie Greve und Roos an unserem Beispiel versucht haben.

Hans Blumenberg nähert sich dem Ödipus-Mythos von einer angemesseneren Seite: der Mythostheorie. Dieser zeigt für ihn eine typische Verfahrensweise von Mythen überhaupt: die Kreisschlüssigkeit, die das bedeutsame „Schließen eines Kreises von Lebensvorgängen“²⁸ bezeichnet (etwa im Odysseus-Mythos). Ödipus’ Rückkehr an den unbekanntem Ursprung als „Verhängnis der Götter“ ist „Organ einer hintergründigen Sinnherstellung, die nur den solchen Verhängnissen auch Ausgesetzten als Hohn auf jeden Sinn erscheint.“²⁹ Die anhaltende Faszination der Tragödie führt er nicht auf einen tabuierten Inzestwunsch zurück wie Freud,³⁰ sondern auf die Art der Aufdeckung der Schuld des Helden: „Es ist die Vergangenheit eines Königs, was sich unheilvoll entbirgt, nicht die verhehlte Wunschunterwelt eines ‚psychischen Apparats‘.“³¹ Der Tragödie komme es „nur darauf an, wie sich der Mensch seinen Untergang unwissend bereiten kann“; Sophokles inszeniert die Suche Ödipus’ nach dem Mörder und damit nach der eigenen Unreinheit als „ein politisches Verfahren“.³² In seiner Todestrieb-Theorie habe Freud einen neuen „Totalmythos“ geschaffen: „Es ist nicht ein Mythos der ewigen Wiederkunft des Gleichen [wie bei Nietzsche, H.G.], sondern der endgültigen Heimkehr ins Ursprüngliche. Darin, dies zu verheißen, liegt die große Versuchung umfassender Theorien, sich an Totalitätsgewinn dem Mythos gleichzusetzen. [...] So ergibt sich ein gemeinsamer Quellgrund für Todestrieb und Ödipus-Komplex. Dieser ist nicht primär Rivalität in einer libidinösen Beziehung, sondern die Rückfälligkeit des Individuums auf

20) Greve / Roos, S. 145.

21) Marie Jahoda, *Freud und das Dilemma der Psychologie* (1977), Frankfurt a.M. 1985, S. 100.

22) Greve / Roos, S. 58; Christlieb deutet die Stelle so, daß Iokaste, um Ödipus wegen der Orakelsprüche insgesamt zu beruhigen, sagen will: „genausogut könnte jemand geträumt haben, er wäre der Mutter beigelegen, und müßte dann Angst haben, es wirklich zu tun.“ Wolfgang Christlieb, *Der entzauberte Ödipus. Ursprünge und Wandlungen eines Mythos*, München 1979, S. 110.

23) Manfred Engel, *Jeder Träumer ein Shakespeare? Zum poetogenen Potential des Traumes*, in: ders. und Rüdiger Zymner (Hrsg.), *Anthropologie der Literatur*, Paderborn 2004, S. 102-117, hier S. 103.

24) Ebd., S. 108. Engel folgert schlüssig: „Die seit Lacan – bei Freud gibt es dafür allenfalls Ansätze – gängige Rede vom Traum (oder vom Unbewußten überhaupt) als einer ‚Sprache‘ ist

nicht einmal als Metapher sinnvoll. Sie gehört vielmehr selbst zu den vielfältigen kulturellen Strategien, mit denen die Fremdheit des Traumes aufgehoben werden soll.“

25) Eine weitere grundlegende kritische Auseinandersetzung mit Freud und der Psychoanalyse (aus biologischer Sicht), auf die ich hier nicht eingehen kann, ist Norbert Bischof, *Das Rätsel Ödipus. Die biologischen Wurzeln des Urkonfliktes von Intimität und Autonomie*, München 1985.

26) Karl Popper, *Vermutungen und Widerlegungen* (1963), Tübingen 1994, S. 53f. Hier erläutert Popper auch seinen Ausdruck „Ödipuseffekt“, den er eingeführt habe, „um den Einfluß einer Theorie, Erwartung oder Vorhersage auf das vorhergesagte oder beschriebene Ereignis zu kennzeichnen: Es ist ja bekannt, daß die Kausalkette, die zu Ödipus’ Vatermord führte, von der Voraussage dieses Ereignisses durch das Orakel ihren Ausgang nahm.“

27) Greve / Roos, S. 75. Ein weiterer, in den Geisteswissenschaften weitgehend unbeachteter Angriff auf Freud stammt von Anthony A. Derksen, *The Seven Sins Of Pseudo-Science*, in: *Journal for General Philosophy of Science*, Vol. 24, 1993, No. 1, S. 17-42. Für Derksen ist Freud der Prototyp eines Pseudowissenschaftlers: er wirft ihm u.a. Immunisierung der zentralen Hypothesen gegen Kritik und Benutzung unzuverlässigen Datenmaterials (Träume) vor. Besonders schwer wiegt der Vorwurf, daß Freud Methoden zur Gewinnung passender Daten und zur Ablehnung unpassender erfinde. Zugleich konzidiert er ihm eine phasenweise Nähe zu Poppers Wissenschaftstheorie (S. 38).

28) Hans Blumenberg, *Arbeit am Mythos*, Frankfurt a.M. 1979, S. 97ff.

29) Ebd., S. 97.

30) Freud, *Traumdeutung*, S. 267.

31) Blumenberg, S. 100.

32) Ebd., S. 101.

Pleischl/Soyer (Hg.)

Strafrecht

Gesetzbuch, 7. Auflage, Stand 1.1.2006

680 Seiten, br., 3-7046-4826-4, € 22,50, Abo- und Hörerpreis € 18,-

mit folgenden Neuerungen:

- Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
- StPO-Novelle
- SPG-Novelle 2006
- Strafprozessreformgesetz als Anhang



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



seinen Ursprung, in den Schoß der eigenen Mutter, [...]. So sind die von Freud in den Allgemeinbesitz zurückgeführten mythischen Hauptfiguren Repräsentanten der Bedeutsamkeit des Mythos selbst: Narziß und Ödipus.³³ Mythostheoretisch gerät Blumenbergs Freud-Deutung hier in die Nähe Poppers, wenn er Freuds „Paratheorien“ als dessen „Mythen“ bezeichnet, die vor allem eine „formale Erneuerung des Mythos“ darstellten, „eine Bedienung des Bedürfnisses an Bedeutsamkeit“.³⁴ Nach Popper bestehe die eigentliche Faszination der Psychoanalyse in ihrer großen Erklärungskraft: „Diese Theorien [Psychoanalyse und Marxismus, H.G.] schienen fähig zu sein, alles zu erklären, was in ihren Anwendungsbereich fiel. Ihr Studium schien einen faszinierenden Effekt zu haben, den einer intellektuellen Bekehrung oder Offenbarung. Es gingen Dir einfach die Augen auf für eine neue Wahrheit, die den Uneingeweihten verborgen war.“³⁵ Diese in der psychoanalytischen Ödipus-Theorie kristallisierende Tendenz großtheoretischer Entwürfe von Freud bis zur Postmoderne³⁶ beruht nicht zuletzt auf deren mythos-analogen Verfahrensweisen,

die in aufgeklärten Zeiten postmythische Bedeutsamkeit auf quasi-theoretischem Wege erzeugen wollen. Die literarische Arbeit am Ödipus-Mythos dagegen, von Sophokles bis Kleist und Frisch, präsentiert sich demgegenüber gerade in ihrem prinzipiell freieren, undogmatischen Umgang mit dem mythischen Sujet ungleich innovativer und glaubwürdiger.

Ao. Univ. Prof. Dr. Herwig Gottwald ist Professor am Fachbereich Germanistik der Universität Salzburg. Zahlreiche Publikationen im Bereich der Mythosforschung, jüngst etwa: Spuren des Mythos in moderner deutschsprachiger Literatur. Theoretische Modelle und Fallstudien, Würzburg 2006. Vgl. weiters: Das Inzest-Motiv bei Richard Wagner und Thomas Mann, in: Hans Weichselbaum (Hrsg.), Androgynie und Inzest in der Literatur um 1900, Salzburg 2005, 181, sowie: Mythos und Mythisches in der Gegenwartsliteratur (1996). herwig.gottwald@sbg.ac.at

33) Ebd., S. 104.

34) Ebd., S. 108; vgl. dazu Gottwald, Spuren des Mythos, S. 54-165.

35) Popper, S. 48.

36) Vgl. dazu Alan Sokal und Jean Bricmont, Eleganter Unsinn. Wie die Denker der Postmoderne die Wissenschaften mißbrauchen (1998), München 1999 (zu Lacan, S. 36-55; zu Deleuze/Guattari, S. 177-192).

Jede Debatte über den Sinn und Unsinn des „Inzestverbotes“ im Strafrecht endet wohl bald bei der Diskussion, wie sich die in den betroffenen Verbindungen gezeugten Nachkommen entwickeln, und damit in der Eugenik. Für Alan H. Bittles, der den Stand der Forschung diesbezüglich am Beginn des 21. Jahrhunderts zusammenfasste, stellt sich weniger die Frage, ob Inzest „schädlich“ ist, sondern eher „wie“ schädlich.¹ Seine These lautet, dass die Frage eigentlich durch die bisherigen Studien nicht beantwortet werden konnte.² Die Untersuchungen haben es bisher nicht geschafft, die zahlreichen „nichtgenetischen“ Faktoren, mit denen die Nachkommen aus Inzestverbindungen „belastet“ sind, zu „neutralisieren“: die Nachkommenschaft von Geschwistern bzw Kindern und Eltern sind geprägt von einer hohen Dunkelziffer und einem hohen Grad von Stigmatisierung und Tabuisierung. Die Fälle, die „zu Tage kamen“ und welche für die Untersuchungen herangezogen wurden, sind meist in irgendeiner Weise sonst noch „auffällig“: soziale Verwahrlosung, sehr geringes/hohes Alter der Eltern, bereits vorhandene physische und psychische Störungen, geringer sozioökonomischer Status, oder andere externe „Effekte“, wie die einer „missglückten“ Abtreibung.³ Die Vermutung von Alan H. Bittles ist, dass die „Gefährlichkeit“ von inzestuös gezeugten Nachkommen, bislang eigentlich von der Sozialwissenschaft überschätzt wurde.⁴ Auch in diesem Artikel kann darauf keine abschließende Antwort gegeben werden. Hier interessiert in erster Linie, wie sich das „Inzesttabu“ im österreichischen Recht historisch herausgebildet und wie es an unterschiedliche Machtkonzepte angepasst werden konnte. So hatte es sowohl als „Versündigungskonzept“ im Mittelalter, als auch in den Naturwissenschaften der bürgerlichen Gesellschaft seinen Platz.

Das „Inzesttabu“ spiegelt sich im aktuellen Strafrecht durch das Delikt der „Blutschande“ wider, parallel hierzu werden auch „sexuelle Missbrauchs- und Gewaltdelikte“ geregelt, die ebenfalls interfamiliäre sexuelle Kontakte zwischen Eltern und Kindern bzw unter Geschwistern betreffen können. Der Gesetzgeber hat sich auch in jüngster Zeit entschieden, diese Zweigleisigkeit beizubehalten: Das Delikt der „Blutschande“ überlebte somit auch die letzte Sexualstrafrechtsreform.⁵ Die Legistik war damals zwar im allgemeinen bemüht, die Terminologie der „Delikte gegen die Sittlichkeit“ zu verändern, die bis zu die-

sem Zeitpunkt noch immer geprägt war durch eine Dichotomie von „Zucht und Unzucht.“⁶ „Der Beischlaf zwischen bestimmten Verwandten“ sollte aber weiterhin als „Blutschande“ bezeichnet werden,⁷ und Paragraph 211 in seiner Terminologie auch „unmodernisiert“ beibehalten. Dieses Delikt hatte inhaltlich weiterhin Platz in einer Gruppe, die nunmehr „Delikte gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung“ genannt werden sollte. Die Rechtfertigung der Existenz dieses Tatbestandes ist etwas mysteriös – so tappt der derzeit aktuellste Kommentar bei der Suche nach dem zugrunde liegenden Rechtsgut auch im Dunkeln: es könne nicht die „Gesundheit der Nachkommenschaft“ sein, die Strafbar-

Blut und Schande – Inzest im Strafrecht

Pia Abel

keit müsste bei entsprechenden Verhütungsmaßnahmen fallen, aber auch der „Schutz familiärer Beziehungen“ sei wohl nicht das Rechtsgut, denn so müssten auch beispielsweise Adoptivkinder einbezogen werden.⁸ In der heutigen Fassung richtet sich der Tatbestand

- gegen den Vollzug des Beischlafes mit Personen, die in gerader Linie verwandt sind (Strafmaß bis zu einem Jahr),

1) „For Bittles, the question is not whether inbreeding is injurious; it is how injurious.“ (Arthur Wolf in: Arthur P. Wolf, William H. Durham (Hg), *Inbreeding, Incest and the Incest Taboo*, Stanford, California 2005, (=Wolf/Durham 2005) S 1-24, (=Wolf in Wolf/Durham 2005), S 3).

2) Er bezog sich insbesondere auf die Studien von C.O. Carter, „Risk to offspring“, *Britannien* 1967, Seemanová, „A study of incestuous matings“, *Tschechoslowakei* 1967, Adams and Neel, *Children of incest*, USA 1967 und Baird and McGillivray, *Kanada* 1982 (Alan H. Bittles, *Genetic Aspects of Inbreeding and Incest*, in: Wolf/Durham 2005 (Anm 1), S 38-60, (=Bittles in Wolf/Durham 2005), S 50, Abb 2.2).

3) Grundsätzliche Thesen über den aktuellen wissenschaftlichen Stand der Genetik: Bittles in Wolf/Durham 2005, (Anm 2), S 49). Vgl auch Angus Clark, Evelyn Parsons, *Culture, Kinship and Genes. Towards Cross-Cultural Genetics*, Basingstoke 1997.

4) Sein Vorschlag war die Untersuchungen auf Nachkommen aus Verbindungen von Cousin/Cousinen und Onkel-Nichten zu beschränken: der Vorteil wäre, dass diese Verbindungen in vielen Teilen der Welt bis heute sehr verbreitet und legal sind (va in Japan, Südinien und Pakistan), (Wolf in Wolf/Durham 2005 (Anm 1), S 3).

5) BGBl. I 2004/15.

6) Vgl hierzu Elisabeth Holzleithner, Nikolaus Benke, *Zucht durch Recht*, Vienna Working Papers in Legal Theory, Political Philosophy, and Applied Ethics, No.12., Wien 1999.

7) Im Unterschied zu Deutschland, wo der Tatbestand den Titel „Beischlaf zwischen Verwandten“ trägt.

8) Diethelm Kienapfel, Kurt Schmoller, *Studienbuch Strafrecht, Besonderer Teil, Band III, Delikte gegen sonstige Individual- und Gemeinschaftswerte*, Wien 2005, (=Kienapfel/Schmoller 2005), S 165.

- gegen die Verführung zum Beischlaf mit Personen, die in absteigender Linie verwandt sind (Strafmaß bis zu drei Jahren),
- bzw gegen den Vollzug des Beischlaf mit dem Bruder oder der Schwester (Strafmaß bis zu sechs Monaten).

Mit dieser Definition des Inzests⁹ folgt die österreichische Rechtsordnung unter den gängigen Verboten aus rechtsvergleichender Sicht dem üblichen europäischen Muster.¹⁰ Nur in wenigen Ländern, so beispielsweise Schottland, wird auch der Beischlaf zwischen Halbgeschwistern, und Onkel-Nichte/Tante-Neffe erfasst.¹¹

1. „Verbrechen ohne Opfer“

Im Unterschied zum Delikt des „Missbrauchs“ gibt es bei diesem Delikt keine Opfer-Täter-Dichotomie:¹² beide AkteurInnen der „Blutschande“ begehen prinzipiell eine rechtswidrige Handlung – die Rechtsordnung spricht also gegenüber den Betroffenen prinzipiell ein Unwerturteil aus. Straffrei bleiben diese Personen allerdings, wenn sie zum Zeitpunkt der Tat das 19. Lebensjahr nicht vollendet haben. Eine Ausnahme von der Straffreiheit wird allerdings auch dann gemacht, wenn „zur Tat verführt worden ist“: Zur Blutschande „verführende“ (mündige) Minderjährige werden also umgekehrt mit Strafe bedroht, und das auch, wenn die „verführte“ Person älter sein sollte.¹³ Im Fokus des Strafrechts steht, was sexuelle Kontakte zwischen diesen Verwandten betrifft, ausschließlich der vaginale Beischlaf. Für die „Blutschande“ unbeachtlich sind daher auch „beischlafähnliche Handlungen“ und Handlungen, die auch unter „sexuelle Nötigung“ fallen würden. Hierbei wird besonders deutlich, dass das Konzept der „sexuellen Integrität“, mit dem ein weiteres Verständnis von Sexualität verbunden wird,¹⁴ wenig mit der „Blutschande“ gemein hat. Umgekehrt ist die „Befleckung des Blutes“ offenbar nur durch heterosexuellen Vaginalverkehr möglich, der potentiell darauf ausgerichtet ist, Kinder zu zeugen. Bei der Suche nach dem dahinter liegenden Rechtsgut stößt man auf mehrere Komponenten, die historisch unterschiedlich ausgeprägt waren.¹⁵ So wurden die Tatbestände als normativer Ausdruck des Inzesttabus gesehen, bzw als Exogamiegebot. In der deutschen

Strafrechtsdiskussion wurde der Familienschutz¹⁶ betont, und vor allem ab dem 19. Jahrhundert die Eugenik ins Spiel gebracht. Das Wort „Inzest“ bedeutet schlicht „unrein.“¹⁷ Dass bei der verpönten Handlung, diejenige zwischen zu „eng“ verwandten Personen gemeint ist, bringt das deutsche Wort „Blutschande“ im Sinne von „Befleckung des Blutes“ besser zum Ausdruck. Klar ist auch, dass das, was als „zu eng“ gesehen wird – als rein normative Komponente – einem historischen und gesellschaftlichen Wandel unterliegt und unterschiedlichen Rechtfertigungen zugänglich ist. Mittlerweile ist auch die Frage, ob Inzest überhaupt strafrechtliche Relevanz hat, in rechtsvergleichender Perspektive unterschiedlich beantwortet: So kennt unter anderem¹⁸ der „code pénal“, das Französische Strafgesetzbuch, das Delikt des Inzests seit der Aufklärung überhaupt nicht mehr, während in Deutschland¹⁹, der Schweiz²⁰ und Österreich bis heute daran festgehalten wird.

2. Potentielle Gefährdung der Nachkommen

Seit dem Aufschwung der Eugenik in der Biologie²¹, bot im deutschsprachigen Rechtskreis die Abwehr der Gefahr, dass diesbezüglich „Fehler“ in die nächste Generation „eingespeist“ werden, eine maßgebliche Legitimationsgrundlage. Der Strafanspruch des Staates ergab sich aus der Gefährdung der „Blutsverwandtschaft“, und damit der „allgemeinen Volksgesundheit“: gleichsam wie ein abstraktes potentielles Gefährdungsdelikt, dass das Anstecken einer Krankheit unter Strafe stellt. Im Vordergrund stand ab Ende des 19. Jahrhunderts bis heute mit anderen Worten eine biologistische Konstruktion des Delikts, die wenig mit dem Individualrechtsgut „sexuelle Integrität“ zu tun hat. Mit der Komponente der „Verführung“, die sich im zweiten Absatz des Tatbestandes befindet, wird dieser Fokus von der Erbbiologie, also auf die potentiellen Folgen einer solchen sexuellen Verbindung, aber in manchen Konstellationen auf die sexuelle Handlung selbst bzw das Szenario, in dem sie stattfindet, verschoben. Über die „eugenische Seite“ des Deliktes hinausgehend, wird also bei der „Verführung“ in diesem Zusammenhang sehr wohl ein Unwerturteil gegenüber bestimmten sexuellen Praktiken durch das Strafrecht ausgesprochen.

9) Die Definition als Verbot des Beischlafes zwischen genetischen Verwandten ersten Grades (zur Einteilung der Grade: Bittels in Wolf/Durham 2005 (Anm 2), S 39, Abb 2.1.).

10) Derzeit gibt es in Europa kein Verbot des Beischlafes zwischen Verwandten dritten Grades (Cousin/Cousine), während in einigen Staaten der USA strafrechtliche und zivilrechtliche Schranken solcher Verbindungen existieren (ebenda, S 43, Abb 2.1.).

11) Verbot des Beischlafes zwischen genetischen Verwandten zweiten Grades (ebenda).

12) „Verbrechen ohne Opfer“ nennt es deswegen auch Susanne Trube-Becker, Missbrauchte Kinder. Sexuelle Gewalt und wirtschaftliche Ausbeutung, Heidelberg 1992, zit nach Susanne Huss, Inzest aus strafrechtlicher Sicht – einschließlich Beobachtungen der Situation des Inzest-Opfers im österreichischen Rechtssystem, Dipl. jur., Salzburg 1996, S 7.

13) Es sei denn, die Judikatur entscheidet, dass ein solcher Sachverhalt in der Praxis denkunmöglich ist.

14) In Anlehnung an den Terminus „körperliche Integrität“ bezeichnet die „sexuelle Integrität“ als Individualrechtsgut, die „Freiheit vor sexualbezogenen Beeinträchtigungen“ (Kienapfel/Schmoller 2005 (Anm 8), S 114).

15) Die historische Entwicklung im österreichischen und deutschen Strafrecht diesbezüglich sehr gut zusammenfassend: Claudia Hönninger, Inzest/Blutschande, Diplomandenseminararbeit (unveröffentlicht), Universität Wien (liegt der Autorin vor).

16) Der Begriff „Familie“ wird hierbei stets als Institut gemeint und nicht als individuelle Familie, wenn die Tathandlung als ein „Angriff auf die Familie und ihren Bestand“ bezeichnet wird (vgl Herbert Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Stuttgart 1957, S 67).

17) Negative Form von lateinisch „castus“: das Gegenteil von keusch, rein, züchtig ([http://www.dictionary-translator.com/german/Latin-Deutsch/c/castus%20\(m\).%20..%sittenrein.shtml](http://www.dictionary-translator.com/german/Latin-Deutsch/c/castus%20(m).%20..%sittenrein.shtml), Stand 22.06.2006).

18) So auch zB auch in Belgien, Niederlande, Luxemburg, Portugal, Türkei, Japan, Argentinien und Brasilien.

19) § 173 dStGB „Beischlaf zwischen Verwandten“

20) Art 213 sStGB „Inzest“

21) Der Aufschwung der Eugenik wird mit Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts markiert: „Pionier“ auf diesem Gebiet war A. G. Bell (wesentlich bekannter als „Erfinder des Telefons“), mit wissenschaftlich mittlerweile widerlegten, aber leider folgenschweren Untersuchungen an Gehörlosen, welche deren Zwangssterilisationen zur Folge hatte. Zur Geschichte der Eugenik: Peter Weingart, Jürgen Kroll, Kurt Bayertz, Rasse, Blut und Gene. Geschichte der Eugenik und Rassenhygiene in Deutschland, Frankfurt/M. (ua) 2001).

3. Kanonisches Recht

Das Inzesttabu wurde aber schon lange vor der Kenntnis über genetische Vorgänge in Recht gegossen: eine rechts-historisch ewige Konstante ist es allerdings nicht. Das Verbot hatte ursprünglich viel mit der Kontrolle ehelicher Legitimität durch das kanonische Recht²² zu tun. Weder die Gesellschaften des Altertums, wie im Römischen Reich, noch davor in Griechenland oder Ägypten, und auch nicht die Bibel²³ selbst kannten Regelungen, die die meisten Arten von Verwandtenehen verboten.²⁴ Im alten Ägypten war die Ehe zwischen Geschwistern anthropologisch am weitesten verbreitet, so war es aber auch in polygamen Kulturen auf dem Gebiet des heutigen Iran und des Nahen Ostens bis ins Mittelalter üblich, sowohl Geschwister als auch Eltern und Kinder zu verheiraten.²⁵ Die Bevorzugung der Inzest-Ehe waren von der sakralen Vorstellung geprägt, dass – ähnlich wie bei Pflanzen – die guten Eigenschaften einer Sippe gleichsam „veredelt“ werden.²⁶ Es war aber auch eine Möglichkeit, den Besitz einer großen Familie beisammen zu halten.²⁷ Im Mittelalter war der Inzest hingegen ein Teil der vielen Ehehindernisse, die durch die katholische Kirche installiert wurden: in seiner Hochblüte, im 11. Jahrhundert, wurde das Eheverbot auf den siebten Grad der Verwandtschaft nach kanonischer Zählung ausgedehnt – das Vierte Laterankonzil 1215 stellte somit – mit seiner Einschränkung auf den vierten Grad der Verwandtschaft – eine Lockerung des Regimes dar.²⁸ Eine Besonderheit dieses Verbotssystems war seine Dispensmöglichkeit: es ging also weniger um die Durchsetzung des Inzesttabus an sich, sondern um die Möglichkeit der Obrigkeit, die eheliche Legitimität zu steuern: sie konnte über die Ausnahmen von der Regel entscheiden und hatte so die Möglichkeit, die feudale Besitzakkumulation zu steuern²⁹ – sie musste vor der Eheschließung auf diese Art und Weise gefragt werden. Attraktiv waren außerdem die Einnahmen aus Spendengeldern, die aus Anlass solcher Ehen regelmäßig an die Kirche flossen.³⁰ Bis heute besteht im dritten und vierten Grad der Seitenlinie eine Dispensmöglichkeit durch die katholische Kirche, während „vom Hindernis der Blutsverwandtschaft in gerader Linie oder im zweiten Grad der Seitenlinie (...) es niemals Dispens (gibt).“³¹ Die strengeren

Regeln des 4. Laterankonziles waren im Übrigen bis 1917 in Geltung.³²

Der Inzestbegriff einer feudalen Gesellschaft war mit anderen Worten ein reines „Versündigungskonzept“ und umschloss auch „geistige Beziehungen.“ Ziel war die Steuerung der Mobilität der Untertanen durch Kontrolle der ehelichen Legitimität in feudalen Herrschaftsstrukturen, die durch das kanonische Recht maßgeblich von der Kirche ausgeübt wurde. Die Gefahr der Blutschande lag in der „mittelbaren Beleidigung des Staates“ und war diese potentielle Ursache für „gefährliche Zerrüttungen und Unordnungen.“³³ Bis zur josephinischen Epoche knüpften die gesetzlichen Regelungen daher einfach an das kanonische Recht an, ohne selbst eine Definition zu liefern: die *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) verbot den Geschlechtsverkehr zwischen andersgeschlechtlichen Verwandten und Verschwägerten, die nach kanonischem Recht „zu nahe“ miteinander verwandt waren.³⁴ Die Einbeziehung der Schwägerschaft verriet, dass es im Unterschied zur „Blutschande“ des 19., 20. und des 21. Jahrhunderts noch nicht um die „Verunreinigung des Blutes der Nachkommen“ ging, sondern schlicht um die Bestrafung eines „unreinen Gefühles.“ Die Halsgerichtsordnungen der Frühen Neuzeit³⁵ und auch die *Theresiana*,³⁶ die erste Strafrechtskodifikation mit Geltung für die gesamten habsburgischen Erbländer, folgten dieser Systematik. Einen Bruch gegenüber dieser frühneuzeitlichen Konzeption stellte in mehreren Punkten die „Josephina“ (1787)³⁷ dar:

- Erstmals wurde das Inzestverbot nicht aus dem kanonischen Recht abgeleitet, bzw. diesem durch schlichtem Verweis überlassen, zu bestimmen, was „zu nahe“ ist: der betroffene Personenkreis wurde durch das Strafrecht abschließend geregelt.
- Mangels Adelsprivilegien betraf die Strafdrohung einheitlich den gesamten Untertanenverband.
- Prinzipiell wurde zwischen „Kriminalverbrechen“, welche von Gerichten zu ahnden und „politischen Verbrechen“, welche in die Kompetenz der Verwaltungsbehörden fielen, unterschieden – die Blutschande zählte nunmehr zu den politischen Verbrechen.
- Der bloße Versuch blieb aufgrund dieser Einordnung straffrei.

22) So geht auch heute noch das kanonische Recht weiter als die „säkulare“ Blutschande: *Codex iuris canonici* (CIC), Buch 4, Kapitel III, Can. 1091
 § 1 In gerader Linie der Blutsverwandtschaft ist die Ehe ungültig zwischen allen Vorfahren und Nachkommen, ob ehelichen oder nicht ehelichen.
 § 2 In der Seitenlinie ist die Ehe ungültig bis zum vierten Grade einschließlich.
 23) So führten ProtagonistInnen des alten Testaments, wie Abraham und Sarah (Halbgeschwister) und die Eltern von Moses, Amran und Jochebed (Neffe-Tante), in legaler Weise „inzebstiöse“ Beziehungen (vgl. Genesis 20:12, Exodus 6:20).
 24) Vgl. Jack Goody, *Die Entwicklung von Ehe und Familie in Europa*, Frankfurt/M. 1989, zit. nach: Susanne Hehenberger, „Hast du es gewusst, daß ihr mitsamen blutfreunde seydt?“, Das Delikt „Inzest“ in der Strafpraxis der Herr-

schaft Freistadt im 18. Jahrhundert.“, *Dipl. Arb.phil.*, Wien 1999. (=Goody in Hehenberger 1999), S 35ff.
 25) Walter Scheidel, *Ancient Egyptian Sibling Marriage and the Westermarck Effekt*, in: Wolf/Durham 2005 (Anm 1), S 93-109, S 94.
 26) So vor allem in der polygamen Kultur der Zoroastrier auf dem Gebiet des Iran und Nahen Ostens (vgl. ebenda, S 105).
 27) Ebenda.
 28) Goody in Hehenberger 1999 (Anm 24), S 36.
 29) Ebenda, S 37.
 30) Bittels in Wolf/Durham 2005 (Anm 2), S 40.
 31) CIC Buch 4, Kapitel II, Can. 1078, § 3.
 32) Bittels in Wolf/Durham 2005 (Anm 2), S 40.

33) Ernst Carl Wieland, *Geist der peinlichen Gesetze*, Leibzig 1784, S 237.
 34) Art. 117 CCC (=KAROLINA), Ernst Carl Hellbling, *Grundlegende Strafrechtsquellen der österreichischen Erbländer vom Beginn der Neuzeit bis zur Theresiana*, Ein Beitrag zur Geschichte des Strafrechts in Österreich, (herausgegeben und bearbeitet von Ilse Reiter) Wien/Köln/Weimar 1996, (=Hellbling 1996).
 35) *Ferdinanda*“ (1656) und „*Leopoldina*“ (1675) (ebenda).
 36) *Constitutio Criminalis Theresiana*. Peinliche Gerichtsordnung, Vollständiger Nachdruck der Trattnerschen Erstausgabe 1769, Graz 1993 (=THERESIANA).
 37) *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung*, in: A. Buschmann, *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit*, München 1998 (=JOSEPHINA).

- Entscheidend war, ob die Tathandlung öffentliches Ärgernis hervorrief.³⁸

4. Eheliche Legitimität: Machtwechsel

Die Kontrolle der ehelichen Legitimität war im Absolutismus erstmals durch weltliche Herrschaft zentralistisch organisierbar: sie war seit der Josephina abgekoppelt vom Einfluss der Kirche, was die Definition des Inzestverbotes und der Festlegung des Personenkreises betrifft – es gab aber auch parallel zu dieser strafrechtlichen Entwicklung eine große Veränderung im Eherecht und den Heiratsbeschränkungen.³⁹ Bei Dispensationsgesuchen sollte der Instanzenzug so verlaufen, dass „der Fall“ vorläufig „Uns angezeigt, und nur nach von Uns erhaltener Erlaubniß mag sich weiters darüber an das geistliche Gericht gewendet werden.“⁴⁰ Ein anderes Feld der Kontrolle des Untertanenverbandes war die Kompetenz der Ehebeschränkungen durch die Grundherrschaften. Diese waren die kleinsten Einheiten feudaler Strukturen, für große Teile der Bevölkerung waren diese rechtlich allerdings höchst relevant: sie bestimmte über die Mobilität der unteren Stände. Die Grundherrschaften wurden ebenfalls vor allem in der josephinischen Epoche in ihrer Möglichkeit stark eingeschränkt, die Ehe, und damit auch die Freizügigkeit der ländlichen Bevölkerung, zu kontrollieren. So war die Aufhebung der Leibeigenschaft durch die Patente 1781 und 1782 maßgeblich dafür verantwortlich, dass „jeder Unterthan gegen blosse vorhergehende Anzeige und unentgeltlichen Meldezettel sich zu verehelichen berechtigt“ sei und dass jedem Untertanen die räumliche Freizügigkeit, also auch das Wegziehen aus einem Herrschaftsbereich und Niederlassung an einem anderen Ort, zustehe.⁴¹ Die Neuregelung des Inzests und die Entkoppelung des Strafrechts diesbezüglich vom kanonischen Recht, gingen mit anderen Worten parallel mit der Aufbrechung der feudalen Strukturen der Grundherrschaften und deren starken Einfluss auf die Freizügigkeit eines großen Teils der Bevölkerung vorstatten. Für die Entwicklung einer zentralen weltlichen Instanz, war nicht nur die Entmachtung der Kirche, sondern auch der Grundherrschaften notwendig: dies wurde durch die Aufhebung der Leibeigenschaft forciert, und gipfelte schließlich in deren Auflösung 1848. Durch die Errichtung

der Gemeindegeldverwaltung war somit auch der „politische Ehekonsens“⁴² durch eine weltliche Zentralinstanz verwaltungsrechtlich steuerbar.⁴³

Auffallend „unaufgeklärt“ an der josephinischen Regelung des Inzeststabus ist jegliche Absenz von „wissenschaftlichen“ Aspekten. Während in späterer Zeit die Biologie als Erklärungsmuster, aber auch die soziale Schädlichkeit der Handlung für das Familienleben betont werden, ist in der Josephina „die Öffentlichkeit“ Maßstab für die Beurteilung der Strafwürdigkeit. Nachdem die Judikatur dieser Zeit noch nicht regelmäßig in Sammlungen publiziert und damit der Nachwelt zugänglich gemacht wurde, kann an dieser Stelle leider nicht gesagt werden, wie die Anforderungen an dieses „öffentliche Ärgernis“ unter Joseph den Zweiten tatsächlich waren: vermutet werden kann allerdings, dass, wie später die Praxis zum StG 1852⁴⁴ zeigte, durch das „zu Tage kommen“ der Tathandlung, automatisch eine abstrakte Öffentlichkeit – verkörpert durch den Richter – „verärgert“ wurde. Deutlich wurde außerdem, dass das „kanonische Modell“ der „Versündigung“ mit der Gleichstellung der Verschwägerung als rein „geistige Beziehung;“ ebenso auch durch den „aufgeklärten Absolutismus“ rezipiert wurde. Der Fokus auf die Blutverwandtschaft, und der dadurch eröffnete „naturwissenschaftliche“ Zugang, sollte erst durch die Nachfolgekodices des 19. Jahrhunderts entwickelt werden.

5. 19. Jahrhundert: „Blutschande“ und „Missbrauch“

Jenes Gesetz, welches in Österreich bis 1974 das Strafrecht – und zwar dessen materielle Grundlage – bestimmte, war das StG 1803.⁴⁵ Als allgemeiner Zweck der Strafe galt die Generalpräventionstheorie des psychologischen Zwanges von Anselm Feuerbach.⁴⁶ Bemerkenswert, was das Delikt der Blutschande betrifft, ist die Tatsache, dass in diesem erstmals zwischen „direkter“ und „indirekter“ Verwandtschaft unterschieden wurde. Der vaginale Beischlaf zwischen verschiedengeschlechtlichen Verwandten in auf- und absteigender Linie wurde in § 113 StG 1803 erfasst, welcher diese Art der „Unzucht“ als „Verbrechen“ regelte.⁴⁷ Andere Formen der „Unzucht“, die diesem „Verbrechen“ bisher nach kanonischem Muster gleichgesetzt waren, waren nun-

38) „Das Vergehen der Blutschande soll da, wo es rüchbar wird, und daraus Aergernis entsteht als ein politisches Verbrechen behandelt und bestrafet werden.“ (Hofdekret vom 8. November 1787 Joseph des Zweyten, Verordnungen und Gesetze vom Jahre 1787, Wien 1789, 7. Teil, S 531f, =HOFDEKRET 1787).
 39) Die Verordnungen vom September 1781 über die Ehedispensation und die Verordnung vom 16. Jänner 1783 in Ehesachen.
 40) § 16 (Joseph des Zweyten Verordnung in Ehesachen, was den bürgerlichen Vertrag (Civilkontrakt) und dessen Folgen betrifft, für die sämtlichen christlichen Religionsgenossen, Wien 16. Jänner 1783).
 41) Josef Ehmer, Das Heiratsverhalten und die Traditionen des Kapitalismus. England und Mitteleuropa im 19. Jhdt, Habil. Phil., Wien 1988, S 75.
 42) Dies ist die Bezeichnung der Heiratserlaubnis, welche von der Obrigkeit eingeholt werden musste.

43) Was nicht bedeutete, dass es nach Auflösung der Grundherrschaften für den Großteil der Bevölkerung leichter gewesen wäre, eine Ehe zu schließen – im Gegenteil: der „politische Ehekonsens“ erlebte in der Zeit der 1850er eine Hochblüte. Die Gemeinden – nunmehr unter strengen Kontrolle der Zentralinstanz des neoabsolutistischen Staates – erhoben etwa gegen jede fünfzehnte bis zwanzigste Heirat erfolgreich Einspruch, da die Heiratswilligen nicht genügend Existenzmittel vorweisen konnten. Diese Widersprüchlichkeit ergab sich daraus, dass alte Methoden nun umgesetzt durch eine „moderne Verwaltung“ auf neue Probleme der „Proletarisierung“ der Bevölkerung angewandt wurden (ebenda, S 83).
 44) Diese Praxis zum StG 1852 zeigt sich exemplarisch im Judikat: KH 17. 05. 1854, Nr. 4694, in: Franz Peitler, Systematische Sammlung der auf das Strafgesetz sich beziehende Entscheidungen des k.k. obersten Gerichts- und Kassationshofes von den Jahren 1853,

1854 und 1855,..., ein Beitrag zur richtigen Anwendung des österreichischen Strafgesetzes vom 27. Mai 1852, II. Band, Nr 327-1070, Wien 1856.
 45) Das österreichische Strafgesetz über schwere Polizei-Übertretungen vom 3. September 1803, 2. Auflage, Wien 1846 (=StG 1803).
 46) Zur Strafrechtstheorie vgl. die Standardwerke von Anselm Ritter von Feuerbach, Kritik des natürlichen Rechts, Altona 1796, ders., Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der bürgerlichen Gewalt und das Zwangsrecht der Unterthanen gegen ihre Oberherren, Gießen 1798.
 47) § 113 1803: „II. Blutschande, welche zwischen Verwandten in auf- und absteigender Linie, ihre Verwandtschaft mag von ehelicher oder unehelicher Geburt herrühren, begangen wird.“

mehr als „schwere Polizeiübertretung“ gesondert geregelt.⁴⁸ Auch das Ausmaß und die vorgesehene Härte der Bestrafung gegenüber dieser Personengruppe wurde mit deren gesonderten Erfassung divergent – sie betrug nur die Hälfte gegenüber den direkt Verwandten: die „Polizeiübertretung“ wurde mit ein- bis dreimonatigen Arrest relativ milder als das „Verbrechen“ geahndet, welches mit sechs Monaten bis ein Jahr Kerker bedroht war. Das StG 1803 regelte im Unterschied zur Josephina auch nicht mehr „das öffentliche Ärgernis“ als Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit, sondern als *Erschwerungsgrund*. Wie schon erwähnt, kann heute zwar nicht gesagt werden, wie der Umgang in der josephinischen Epoche mit diesem Tatbestandsmerkmal in der Praxis war⁴⁹ – aus der Perspektive der reinen Regelungstechnik betrachtet, hatte die Josephina aber eine aus heutiger Sicht wohl seltsam anmutend radikale Trennung zwischen öffentlichem und privatem Raum: der Inzest war nur dann mit Strafe bedroht, wenn er zu Tage kam und „öffentliches Ärgernis“ hervorrief.

Parallel zu dieser Entwicklung der Verschärfung für bestimmte Fälle der „Blutschande“ wurde mit dem StG 1803 erstmals das „Missbrauchsszenario“ vom Strafrecht erfasst: § 112 stellte auf den Beischlaf⁵⁰ mit unmündigen Mädchen ab, in dem er bestimmte, dass die „Schändung“ an unmündigen „Personen“⁵¹ (...) „ebenfalls als Nothzucht angesehen, und bestraft“ werde. So sei es unbeachtlich, ob die vom Tatbestand erfassten Mädchen der „Schändung“ zustimmten, da eine Person unter vierzehn Jahren ganz allgemein „von der Eigenschaft und den Folgen der mit ihr vorzunehmenden Handlung keine Kenntniß hat“,⁵² womit die „Möglichkeit eines vernünftigen Willensgebrauches (...) ausgeschlossen“⁵³ sei. Wegen der gesetzlichen Unfähigkeit einzuwilligen, würde ein einverständlicher „unternommener Act, bei dem von dem Gesetze für sie und in ihrem Namen ausgesprochener Proteste als eine Bezwungung ihres Willens, somit als eine Gewaltthat“⁵⁴ gedeutet. Mit dem StG 1803 wurde unter den „Sittlichkeitsdelikten“ somit erstmals ein allgemeines Schutzalter für den (auch bloß versuchten) Beischlaf eingeführt. Dieser „Urtyp“ des Missbrauchstatbestandes wurde von den Kommentatoren und der Judikatur in seiner Anfangsphase allerdings sehr restriktiv ausgelegt: von den „unmündigen Personen“ standen vorerst nur „unbescholtene“ Mädchen unter strafrechtlichen Schutz. „Un-

schuldig“ war nach Jenull das Mädchen dann, „wann sie in einem Zustande der gänzlichen Nichtkenntnis der Eigenschaft und der Folgen der mit ihr vorgenommenen Handlung verführt worden ist.“⁵⁵ „Bescholtene“ Minderjährige waren in dieser Systematik für das Strafrecht, von Fällen der „Nothzucht“ abgesehen, also nicht nur irrelevant, sie wurden in Fällen der „Blutschande“ sogar zu Tätern und Täterinnen gemacht.

Das StG 1852⁵⁶ hielt an der materiellen Konzeption fest, die das StG 1803 zuvor eingeführt hatte. Dieses Strafgesetz war in Österreich bis zu den Reformen unter Justizminister Broda in der Ära Kreisky gültig: das heute noch in Geltung befindliche StGB trat erst über hundert Jahre später im Jahr 1975 in Kraft.⁵⁷ Die Bestrafung der „Blutschande“ und der neu aufgekommene Kinder- und Jugendschutz hatten im 19. Jahrhundert einen gemeinsamen Nenner: Sie beide waren Ansatzpunkt evolutionistischer und sozialdarwinistischer Anschauungen. Sowohl die Verhinderung der „falschen“ „Blutvermischung“⁵⁸ als auch die moralisch sittliche Erziehung der Kinder galten als Grundlagen für die Höherentwicklung der Nation.⁵⁹ Seit der Aufklärung wurden daher unter anderem die allgemeinen Altersgrenzen in ganz Europa aufgrund dieser veränderten Wahrnehmung gegenüber „Kindheit“ eingeführt. Die Zeit der Pubertät wurde als besonders „gefährlich“ betrachtet – so argumentierte Ende des 19. Jahrhunderts beispielsweise Wulffen dafür, „im Interesse der sexuellen Evolution“ das Schutzalter generell auf 16 Jahre anzuheben, da gerade in der Pubertät die Sexualität leicht irregeleitet werden könnte.⁶⁰ Mittermaier plädierte auch für feste, möglichst hohe Altersgrenzen: „Gerade in der Zeit des eben erwachten Geschlechtstriebes ist die Gefahr des Verderbens am größten und strenger Schutz daher am nötigsten.“⁶¹ Andererseits erfuhren die Minderjährigen bei Missbrauch über das Delikt der „Blutschande“ eine Kriminalisierung: sie waren mit anderen Worten nicht nur zu schützende „Reinheit“, sondern auch potentielle KomplizInnen.⁶²

6. Das „neue Strafrecht“

Als 1975 schließlich ein gänzlich neues Strafrecht in Kraft getreten ist, sollte auch dieses „antiquiert (...) bezeichnete Delikt“⁶³ des 19. Jahrhunderts nicht gänzlich verschwinden. Obwohl die „Brodaschen Reformen“ in vielen Bereichen und

48) § 246 StG 1803 regelte die „Unzucht“ zwischen Geschwistern (voll- und halbbürtig), Stiefeltern und Stiefkind und Schwager und Schwägerin.

49) Vgl Anm 44.

50) Im Gegensatz zum allgemeinen Nothzuchtstatbestand des §110 StG 1803, ließ §112 den versuchten, aber nicht vollendeten Beischlaf genügen (Inge Nora Bachitsch, Die Entwicklung der Sittlichkeitsdelikte in Österreich bis 1918 unter Berücksichtigung der wichtigsten Strafgesetzentwürfe, Diss. iur., Wien 1997, =BACHITSCH 1997, S 74).

51) Die Literatur ließe die an und für sich geschlechtsneutrale Formulierung automatisch nur für Mädchen gelten (Sebastian Jenull, Das Oesterreichische Criminal-Recht nach seinen Gründen und seinem Geiste, 4 Bände, Wien

1837 (2. Auflage), (=JENULL 1837), S.190 und ebenda, mwN).

52) JENULL 1837 (Anm 59), S 190.

53) Ebenda.

54) KH, 6. Mai 1851, G. Z. Nr. 113, zit nach Eduard Herbst, Die grundsätzlichen Entscheidungen des k.k. Cassationshofes über zweifelhafte Fragen des allgemeinen österreichischen Strafrechtes, Wien 1853, S 42.

55) JENULL 1837 (Anm 59), S 102.

56) Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen für das Kaisertum Österreich, Kaiserliches Patent vom 27. Mai 1852, RGBl. 36/117 (=STG 1852).

57) Strafgesetzbuch vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtliche Strafe bedrohten Handlungen, BGBl 1974/60 (=STGB 1974).

58) Die Strafdrohung der Blutschande sollte

auch nach Ansicht der Kommentatoren 1928 „die Blutvermischung“ verhindern, daher trat nach deren Ansicht, „eine solche Gefahr erst durch den vollzogenen Beischlaf“ ein (Altmann/Jacob/Höpler/Lohsing/Mager, Kommentar zum österr. StR, I. Band, Wien 1928, S 345).

59) Tanja Hommen, Sexuelle Gewalt im Kaiserreich, Frankfurt/M. 1999, (=HOMMEN 1999), S 55.

60) Erich Wulffen, Der Sexualverbrecher. Ein Handbuch für Juristen, Verwaltungsbeamte und Ärzte, Berlin 1910, zit. nach HOMMEN 1999 (Anm 59), S 54.

61) Mittermaier zit. nach ebenda.

62) F. Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, Graz/ua 1955, S 157.

63) Kienapfel/Schmoller 2005 (Anm 8), S 165.

nicht zuletzt in seinen Grundlagen und Systematik im Strafrecht einen neuen Geist verkörpert⁶⁴, erwies allerdings der Bereich der „Sittlichkeitsdelikte“ erstaunliche Kontinuität: „Im Grundsätzlichen schließt das StGB hins der Sittlichkeitsdelikte größtenteils an das bisherige Recht (...)an;“⁶⁵ heißt es im Kommentar zum neuen Strafgesetzbuch.⁶⁶ Die einzige wesentliche Neuerung in diesem Bereich war tatsächlich das zuvor durch die kleine Strafrechtsreform⁶⁷ gefallene Totalverbot von homosexuellen Kontakten. Für das Delikt der Blutschande bedeutete die „Brodasche Reform“ die Ausgestaltung, die es bis heute hat.⁶⁸ Durch das Abgehen der Zweiteilung der Gesetzbuches in Kriminalverbrechen und „politische Verbrechen“, wurden die „Restelemente“ des kanonischen Inzestbegriffes beseitigt: Straflös wurden Beischlaf zwischen „Verschwägerten“, und außerdem die „sonstigen unzüchtigen Handlungen“ zwischen Verschwägerten und Geschwistern, die zuvor im StG 1852 quasi als Verwaltungsstrafrecht unter Strafe standen. Das Strafrecht interessierte sich ab da also nur mehr für den Aszendenten-Deszendenten-Inzest und den Geschwisterinzest: für Letzteren bedeutete die „Brodasche Reform“ sogar eine Verschärfung, denn die Strafe wurde gegenüber dem StG 1852 verdoppelt.⁶⁹

7. Schlussbemerkung

Ausgehend vom Stand der eugenischen Forschung, die kurz an den Beginn dieses Artikels gestellt wurde, stellt sich me insgesamt die Frage, warum die letzte Reform des Sexualstrafrechtes nicht genutzt wurde, eine stringente „Architektur“ des StGB zu entwickeln, welche sich konsequent am Rechtsgut der sexuellen Integrität orientiert. Schmoller meint, dass die Reformen mit dem StRÄG 2004 „vorläufig abgeschlossen“ seien.⁷⁰ Die „Law and Order Stimmung“, die gerade in Wahlkampfzeiten manchmal in diesem Bereich zu herrschen scheint,⁷¹ lässt aber auch befürchten, dass die Bestrafung der „Gefährdung der Nachkommenschaft“, auf

eugenisch andere „Fälle“ ausweitbar wäre. Ein Blick in die Rechtsgeschichte hat jedenfalls gezeigt, dass hier ein weites Feld juristischer Regelungstechnik möglich ist.

Mag.^a Pia Abel ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht der Wirtschaftsuniversität Wien und dissertiert in den Themenbereichen Österreichisches Sexualstrafrecht, Rechtsgeschichte und Legal Gender Studies an der Universität Wien. pia.abel@chello.at

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.

64) Vgl diesbezüglich die Einleitung von Otto LEUKAUF und Herbert STEININGER, Kommentar zum StGB, Eisenstadt 1974, S 2.

65) Ebenda, S 916.

66) Eine historische Einschätzung die Schmoller in der Einleitung zur Darstellung der „strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität“ im Jahr 2005 rückblickend offenbar nicht teilt: „Durch das StRÄG 1971 („kleine Strafrechtsreform“, Anm P.A.) sowie das StGB 1974 wurde schließlich im Wesentlichen eine zeitgemäße Beschränkung auf den

Schutz konkret beeinträchtigter Rechtsgüter erreicht (Kienapfel/Schmoller 2005 (Anm 8), S 110).

67) StRÄG 1971.

68) Das JGG 1988 bewirkte lediglich eine Erhöhung der Alterbegrenzung des Absatzes 4 vom 18. auf das 19. Lebensjahr.

69) Das StG 1852 sah in seinem § 501 eine Strafe von ein-dreimonatigen Arrest – das StGB 1974 sieht beim Geschwisterinzest bis zu sechs Monate Gefängnis vor.

70) Kienapfel/Schmoller 2005 (Anm 8), S 110.

71) Vgl Wahlkampfzeitung des BZÖ im Nationalratswahlkampf 2006: „Harte Strafen und lebenslange Kontrollen für Kinderschänder“ Lebenslang für Kinderschänder muss lebenslang bleiben! (BZÖ weekly, Nr. 2., 23.08.2006, S 6).

Dass man George Orwells *opus magnum* „*Nineteen Eighty-Four* (1984)“ seit 1989 als antiquierte *science-fiction* Persiflage des morbiden Überwachungsstaats zu den Akten legen kann, ist eine verbreitete Dummheit, an der wie häufig die Ideologen schuld sind. Die ungebrochene Aktualität des Romans liegt weniger an seinen historisch-politischen Anspielungen, als vielmehr an der Offenlegung des verdrängten traumatischen Kerns, der letalen Innenseite des modernen Verfassungsstaat, welche das Subjekt in einem kontinuierlichen Spannungsverhältnis zur gesetzlichen Autorität verhaftet.

„1984“ ist die Geschichte von Winston Smith und seinem Kampf gegen den „großen Bruder“, einer körperlosen, gleichzeitig aber überlebensgroßen Vaterfigur, die das System einer totalitären Partei omnipräsent repräsentiert. Zu den Paradoxien dieses Systems gehört es, dass es sowohl den Kriegszustand als auch den Widerstand gegen sich selbst als feste Komponenten seiner Ordnung installiert hat. Nach einigen subversiven Versuchen, sich der „Gedankenpolizei“ – vor allem durch die verbotene Liebesbeziehung zu Julia – zu entziehen und dabei dem System auf die Schliche zu kommen, findet sich der Held schließlich im „Zimmer 101“, der Folterkammer des „Ministeriums der Liebe“, in welcher er mit seiner „persönlichen Hölle“, einer Rattenphobie, gequält wird. Die Geschichte endet damit, dass Winston schließlich seinen Hass gegen den großen Bruder aufgeben und sich seine Liebe zu ihm eingestehen muss. Wie von der Partei geplant, enden damit gleichzeitig seine Gefühle für Julia.

Vom realen Urvater zum symbolischen Namen-des-Vaters

Eine psychoanalytische Deutung des Romans kommt nicht um Sigmund Freuds zentrale Analyse der Paternität als Grundstruktur der Beziehung des Subjekts zu Autorität und Gesetz herum, welche er zuerst in „*Totem und Tabu*“ entwirft und später in „*Der Mann Moses und die monotheistische Religion*“ weiterentwickelt. Freud geht davon aus, dass im Unbewussten die „archaische Erbschaft“ eines verdrängten Vätermordtraumas verborgen liegt, in welcher sich das Gesetz des Vaters über einen kontinuierlichen Prozess der Verschuldung als festes Programm in das Subjekt eingeschrieben hat. Dessen Ursprung beschreibt Freud in einem an Darwin angelehnten Mythos: In der Frühgeschichte lebten die Menschen in einer Urhorde, die von einem gewaltigen Urvater dominiert wurde. Dieser vereinigte alle Macht in sich und bestrafte jeden Widerspruch durch Kastration, Verbannung oder Tod. Schließlich erschlugen die Söhne – der „Brüderclan“ – den Patriarchen, weil dieser ihrem Begehren – vor allem dem der Hordenfrauen – entgegen stand. Aufgrund der Ambivalenz in der Beziehung der Söhne zum Vater, in der auch Liebe enthalten war, reute sie die Tat alsbald. Aus diesem Schuldgefühl errichteten sie schließlich das Totem als symbolischen Platzhalter des Vaters und unterwarfen

sich seinem Gesetz, sodass Freud das Inzesttabu (und das Mordverbot, weil das heimtückische Töten die Brüder an den Vätermord erinnerte) als Ausgangspunkt des Rechts, die Ur-Gesetze, ausmachen kann. Freuds Mythos beschreibt den „Vater des Gesetzes“ als den toten Vater, denn erst der Mord kann die Verschuldung der Söhne und damit subjektive Anerkennung der väterlichen Autorität produzieren. Der lebende Vater ist im Gegensatz dazu der „Urvater“, der nicht für das Gesetz, sondern – im Gegenteil – für ein unbeschränktes Genießen außerhalb des Gesetzes steht.¹

Der traumatische Kern der symbolischen Autorität und das institutionalisierte Phantasma des Genießens

Eine Psychoanalyse des Gesetzes mit Lacan und Orwell

Martin Schulte



Jacques Lacans interpretatorische Weiterführung von Freuds Mythos beschreibt die Entstehung des Gesetzes als einen Prozess innerhalb der Familie, und zwar konkret als den Moment der väterlichen Intervention in die Mutter-Kind Symbiose am Ende der ödipalen Phase. Das „Nein“ des Vaters gegenüber dem infantilen Begehren der Mutter, Lacans „*non-du-père*“, wird von dem Kind als traumatischer Eingriff erfahren, den es in der maskulinen Variante mit der Kastrationsandrohung und in der femininen mit einer bereits vollzogenen Kastration assoziiert. Der Vater wird dabei als Konkurrent und Bedrohung, sprich als „Urvater“ erfahren. Das durch das Inzestverbot gestörte ödipale Begehren des Kindes erfährt schließlich eine Transformation hin zu einem Begehren, das auf das Gesetz des Vaters gerichtet ist. Lacan nennt dies die „*métaphore paternelle*“ und beschreibt so die Entstehung der psychischen Struktur der Anerkennung von (symbolischer) Autorität so als Übergang von der Identifikation des Kindes mit dem Begehren der Mutter zu der Identifikation mit dem Gesetz des Vaters, bzw mit dem Signifikanten des „*Namens-des-Vaters*“, dem „*nom-du-père*“, als einer symbolischen Funktion. Der Vater ist allgegenwärtig und abwesend zugleich. Als toter Vater verkündet er sein Gesetz nie direkt, sondern es wird immer nur in seinem Namen ausgesprochen.

Das im Zusammenhang mit Freuds Ursprungsmythos und Lacans Konzeption vom *Namen-des-Vaters* offenbarte Spannungsverhältnis zwischen Subjekt und Autorität wird in „1984“ zur Darstellung des Subjekts in einer spezifischen politischen Ordnung und deren Gesetz als Spiegel



1) Freud, Totem und Tabu (Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker) (1912 – 13) und Der Mann Moses und die monotheistische Religion: Drei Abhandlungen (1939 [1934 – 38]), beide in Studienausgabe Band IX.

des unbewussten Prozesses, an dessen Ende die erzwungene Anerkennung der symbolischen Autorität des Vaters steht. „Zimmer 101,“ der Ort des Traumas, muss so als die detailreiche Inszenierung der Freudschen Kastrationsangst vor dem Urvater erkannt werden.² „1984“ ist damit keineswegs die Erzählung vom gescheiterten Vatermord; ihr Clou liegt vielmehr darin, dass es dem Vater letztlich gelingt, sein Gesetz zu installieren, was er nach dem Freudschen Mythos aber nur als toter, dh bei Lacan: als „symbolischer“ Vater kann. Dass Winston sich über die tatsächliche Existenz des *großen Bruders* im Unklaren ist, birgt grundsätzlich die Unsicherheit über den symbolischen Status des Vaters und lässt „Ozeanien,“ den totalitären Staat der Handlung, so als den (Ab-)Ort der Herrschaft des Urvaters erscheinen. Lacan weist die Erfahrung der ödipalen Kastrationsangst in seinem Triangel der subjektiven Erfahrung³ dem „*Realen*“ zu, das neben dem „*Symbolischen*“ (Gesetz, Sprache, Sexualität) und „*Imaginären*“ (Bildhaftigkeit, Sinn) den Teil der subjektiven Erfahrung repräsentiert, der sich einer Symbolisierung entzieht, dh weder auf Worte noch auf Bilder reduziert werden kann. Es handelt sich um die traumatische Erfahrung der absoluten Grenze von Worten und Bildern, welcher das sprechende Subjekt ausgesetzt ist. „*Realität*“ ist demgegenüber eine Form der subjektiven Erfahrung, welche sich aus symbolischen und imaginären Komponenten zusammensetzt.

Der Wechsel in der Funktion des *großen Bruders*, der sich am Ende des Romans vollzieht, spiegelt damit präzise den Handlungsverlauf des Mythos wider: Aus dem bedrohlichen Urvater, der Winston in einem kontinuierlichen Stadium von (Kastrations-)Angst und Aufbegehren gefangen hielt, wird der geliebte symbolische Vater, der das Subjekt durch die Anerkennung seines Namens aus der (ödipalen) Spannung befreit und damit in Lacans *symbolische Ordnung* als der Gesamtheit aller sozio-kulturellen Regeln einschließlich des positiven Gesetzes und der Sprache einführt. Solange Winston im „Vaterhass“ verharret, lebt er – um mit Žižek aus „*The Matrix*“ zu zitieren – in der „*Wüste des Realen*.“⁴ Erst als Winston beginnt den Vater zu lieben, kann er die „*reale*“ Kastrationsangst auflösen, zahlt dafür aber den Preis der Trennung und Entfremdung von Julia, welche in dieser Interpretation als Repräsentation der „*Mutterimago*“ – der unbewussten Erinnerungsspur des Bildes von der symbiotischen Mutterbeziehung – fungiert.⁵

Die Institutionalisierung des Phantasmas

Der dunkle Grundton, von dem Orwells Roman bis zum Ende getragen wird, gibt wenig Anlass, die finale Auflösung der Spannung zwischen Subjekt (Winston) und Autorität (der

große Bruder) als *Happy End* zu begreifen. Der Weg aus der „*Wüste des Realen*“, sprich der Kastrationsangst vor dem Urvater, führt in die *symbolische Ordnung*, zu Lacans „*großem Anderen*,“ und – in besonderer Weise in „1984“ hervorgehoben: In die Unterwerfung unter die Macht der Institutionen als Garanten eines symbolischen Gefüges, das erst mit der Anerkennung des Gesetzes des Vaters Konsistenz erlangt: Der *Name-des-Vaters* vermittelt Geschlossenheit innerhalb der dem Subjekt grundsätzlich fremden *symbolischen Ordnung*. Die Identifikation mit dem Gesetz des Vaters als Ergebnis der *métaphore paternelle* erspart dem Subjekt die traumatische Konfrontation mit dem „*Signifikanten des Mangels im großen Anderen*“ [S(A)] – mit dem Lacan auf die instabile Beziehung zwischen dem Buchstaben des Gesetzes (dem Signifikanten) und dessen Bedeutung (dem Signifikat) innerhalb des *Symbolischen* verweist. Das Subjekt zahlt für den Eintritt in die *symbolische Ordnung* mit einer kaum erträglichen Schuld, die Lacan in Anlehnung an Heidegger als „*Mangel im Sein*“ bezeichnet. Diese ontologische Leerstelle ist die konkrete Folge des Schnitts, den das „*Nein*“ des Vaters in die Denkprozesse des Subjekts einfügt und dieses damit als gespalten und mangelhaft definiert. Das Subjekt mangelt, weil es die unwiederbringlich verlorene Einheit der Mutterimago, angetrieben durch sein Begehren, bis an sein Ende vergeblich suchen muss. Da der *große Andere* dieses Befriedigungserlebnis nicht gewährt, ist er selbst mangelhaft, sodass sich das Subjekt in seiner durch das Begehren determinierten Sprache, seinen Gesetzen, sowie in seinem gesamten Diskurs auf dem Feld der gleitenden und instabilen Signifikanten, Metaphern und Metonymien immer als entfremdet erfährt.

Welchen Ausweg hat das Subjekt aus diesem Dilemma? Die psychoanalytische Antwort liegt im Phantasma, dessen Grundstruktur auf der prinzipiellen Erfüllbarkeit des Begehrens basiert. Lacans *Mathem* (\$ ♦ a) beschreibt das Phantasma als spezifische Beziehung des gespaltenen Subjekts (\$) zu dem berühmten „*objet petit 'a*,“ welches die Objekt-Ursache des Begehrens bezeichnet, die das Begehren des Subjekts unablässig offen hält. Es handelt sich um ein beliebiges Objekt, welches vom Subjekt gewählt wird und als unbewusste Repräsentation der Mutterimago von ihm den erhabenen Status des höchsten Gutes zugewiesen bekommt. Dieses Phantasma nimmt in der staatlichen Organisation eine systemkonstituierende Funktion ein. Der moderne Staat hat die phantasmatische Beziehung des Subjekts zur Objekt-Ursache seines Begehrens selbst institutionalisiert. Deutlich wird dies in dem detailreich beschriebenen System der Institutionen in „1984“, welche objektiv dazu dienen, die morbide Realität des Staates als Ausdruck der Macht der Partei zu garantieren, im Grunde aber das Genießen des

2) Diese Deutung ist im engeren Sinne Freudianisch: Freud führt den Ursprung der Phobie in der Analyse des „kleinen Hans“ auf die Kastrationsangst des Kindes vor dem Vater aufgrund seines ödipalen Begehrens zurück. Die Objekt-Ursache der Phobie – im Fall vom kleinen Hans waren es Pferde – dient im Psychismus dazu, der Kastrationsangst eine greifbare Form zu geben und dem Subjekt so die Möglichkeit des Ausweichens zu schaffen.

3) Lacan, *Le séminaire XX: Encore*, 115 (Paris 1975); siehe auch Žižek, *Looking Awry: An Introduction To Jacques Lacan Through Popular Culture*, 135 ff. (Cambridge 1991).

4) Als Nemo die trübe Wahrheit der im Krieg mit den intelligenten Maschinen zerstörten Erdoberfläche erkennt, begrüßt Morpheus sein Erwachen mit den Worten: „Welcome to the desert of the Real“. (Vgl Žižek, *Matrix* oder die zwei Seiten der Perversion, in: Lacan in Hollywood, 41 (Wien 2000).

5) Das selbe Thema behandelt Richard Marquand in dem 1983er Filmepos „*Star Wars Episode VI: Return of the Jedi*“: Darth Vader verbündet sich mit dem „bösen“, dh außerhalb des Gesetzes (der „guten“ Jedi-Ritter) agierenden „*Imperator*“ (Urvater) und muss dafür mit dem Leben bezahlen. In beiden Geschichten führt die Verweigerung des Gesetzes der *symbolischen Ordnung* und Hinwendung zum Phantasma des unbeschränkten Genießens zum Niedergang des Subjekts.

Dearing/Haller (Hg.)

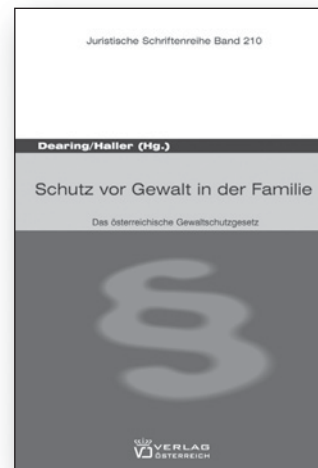
Schutz vor Gewalt in der Familie

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

cs12
VERLAG
ÖSTERREICH

Rechtssubjekts organisieren, was im Kern über die Produktion und Aufrechterhaltung eines partikulär-ideologisch strukturierten Phantasmas erreicht wird.

Obwohl Orwells apokalyptische Staatsvision augenscheinlich weit vom modernen Verfassungsstaat der „bürgerlichen“ Institutionen entfernt ist, zeichnet sie die universellen Parameter der autoritären Verhaftung des Subjekts im institutionellen Phantasma nach. Die vier Institutionen in „1984“ – das „Ministerium der Liebe,“ „der Wahrheit,“ „des Überflusses“ und „des Friedens“ – beschreiben die manifeste Repräsentation der spezifischen Anordnung der bedeutungsvermittelnden Signifikanten und Signifikate in der *symbolischen Ordnung* als dem Subjekt radikal entfremdet, was auf die notorische Alterität des *großen Anderen* deutet. Bezeichnend ist so, dass die jeweils durch seinen Namen suggerierte Funktion des Ministeriums dessen tatsächliche Tätigkeit umzukehren scheint. Dabei folgen sie den Grundmaximen des Systems, wonach „Krieg Frieden, Freiheit Sklaverei und Ignoranz Stärke“ sind. Zwei Aspekte sind hier für eine auf den universellen Charakter der Wirkungs- und Arbeitsweise des institutionellen Rechts gerichteten Analyse entscheidend: Erstens die phantasmatische Funktion der Rechtsinstitutionen, und zweitens die Instabilität der gesetzlichen Signifikanten in ihrer Beziehung zum Si-

gnifikat. Aufschlussreich ist an dieser Stelle die von Pierre Legendre ausgearbeitete Analyse der Rechtsinstitutionen, deren Funktion darin liegt, die Einheit des Subjekts und die damit einhergehende Reproduktion von Subjektivität, verstanden als *Sein in der Anerkennung des Namens-des-Vaters*, zu vollziehen.⁶ Dies geschieht über ein „*atomares Band*,“ durch welches dem Subjekt die normative Logik des prohibitorischen Gesetzes, sprich der staatlichen Autorität, vermittelt wird.⁷ Hierzu ist es erforderlich, eine Repräsentation des Ursprungs des Rechts aufzustellen, eine Institutionalisierung des „Warum?“, welche notwendig von der Durchsetzung des Gesetzes begleitet wird.⁸ Diese Funktion wird sowohl von den Institutionen, als auch von den Texten des Rechts wahrgenommen, indem sie dem Subjekt einen Bezug zum Heiligtum, Verbot und Tabu vermitteln. Das Recht kann die Ursprungsfrage nur in einem Mythos beantworten, welchen die Rechtsinstitutionen verkünden und inszenieren.⁹ Der Mythos selbst ist die Grundlage der phantasmatischen Beziehung des Subjekts zu der Autorität des Gesetzes.

„1984“ zeigt, dass in der Wahl des mystischen Ortes der Abstammung eine ideologische Variable liegt, die instabil und damit leicht umzukehren ist. Die Referenz der systemfundierenden „*Herrschaftssignifikanten*“ (Lacans S_1) haben keine fest fixierte Beziehung zu einem bestimmten

6) Legendre, *The Lost Temporality of Law*, *Law & Critique* 1 (1), 12.
 7) Legendre, *The Other Dimension of Law*, *Cardozo Law Review* 16 (3-4), 954.

8) Legendre, *The Lost Temporality of Law*, *Law & Critique* 1 (1), Fn. 6, 11.

9) Legendre, *Communication Dogmatique*, in: Sfez (Hrsg), *Dictionnaire Critique de la Communication*, (Paris 1993) 37.

Signifikat (S_2), sodass Orwells provokant-pervertierte Maximen die Werte der humanistischen Staatsordnung in ihr Gegenteil verkehren können: Freiheit ist Sklaverei, Krieg ist Frieden, Ignoranz ist Stärke, weil die Beziehung von S_1 zu S_2 instabil ist. Hier offenbart sich das aktuelle Problem, worauf sich eine liberale Rechtsethik angesichts des Scheiterns aller universell-rationalen Grundlegungen in der Unfixierbarkeit der Beziehung von *Herrschaftssignifikant* und Signifikat stützen lässt.¹⁰ Legendres Lösung, der autoritäre Verweis auf das römische Recht, der ihm übrigens den Ruf eines konservativen Theoretikers *par excellence* eingebracht hat, steht der postmodernen Beobachtung etwa Rortys und Žižeks gegenüber, wonach wir heute Zeuge des endgültigen Zusammenbruchs des Projektes der Aufklärung sind, Menschenrechte und Freiheit auf eine metaphysische Grundlage zu stellen, welche von der radikalen Kontingenz des historischen Fortschritts (den Naturrechten, der praktischen Vernunft, etc) ausgenommen ist und sich auf eine Art Kantisches Ideal der universellen, vernunftbasierten Ethik, zB den Habermas'schen Diskurs, stützt.¹¹

Der historische Ablauf der Ereignisse ist ein fragiler Prozess, der einer kontinuierlichen Revision unterliegt. Orwell zeigt dies an der Funktion des *Ministeriums der Wahrheit*, in dem Winston damit beschäftigt ist, die Geschichte des Systems und der Partei den aktuellen ideologischen Direktiven anzupassen. Die postmoderne Ideologiekritik sieht hierin einen universellen Prozess, nachdem Geschichte immer einer retroaktiven Anpassung unterliegt. Jede narrative Perspektive ordnet die historische Abfolge neu und weist ihr einen neuen Bedeutungsgehalt zu, so dass die Unmöglichkeit, eine neutrale Position einzunehmen, von der aus es möglich wäre, die divergierenden narrativen Symbolisierungen auf einen einheitlichen Nenner zu bringen, zu einem *a priori* der Geschichte selbst geworden ist.¹² Parallel hierzu wird auch das institutionell vermittelte Recht einer kontinuierlichen Revision seiner Grundlagen (zB der verfassungsrechtlichen Referenzpunkte) unterzogen, mittels derer über verschiedene methodische Variablen gesetzliche Definitionen neu formuliert werden, ohne dass der grundlegende Verweis auf den Ursprung aufgeben werden müsste. Beispiele hierfür lassen sich in allen Bereichen des positiven Rechts finden und treten deutlich in der nie endenden Neu-Interpretationen auch fundamentaler gesetzlicher Begrifflichkeiten – etwa der „Menschenwürde,“ „guten Sitten,“ oder „Gutgläubigkeit,“ etc – hervor, wie sie in der Rechtssprechung und Gesetzgebung täglich stattfindet. Man ist so gezwungen, die Unvermeidbarkeit einer generellen Ambivalenz aller liberal-demokratischen Werte zu konstatieren, nach der auch eine

offen anti-demokratische oder rassistische Ethik als formal gleichberechtigte *Metastase des Genießens* (Žižek) neben dem humanistischen Wertemodell der Aufklärung steht.¹³ Hierin mag man den Grund dafür erkennen, dass das Recht in relativ kurzen historischen Intervallen zwischen deutlich divergierenden ethischen Positionen oszilliert, innerhalb deren sich kein konstanter rechtsethischer Kern erkennen lässt.

Die Dekonstruktion, ausgehend von Nietzsche und Heidegger, formuliert die Problematik der instabilen Beziehung zwischen *Herrschaftssignifikant* und Signifikat parallel als Problem der Notwendigkeit von Spiritualisierungen. Danach wird Metaphysik als spirituelle Grundlage eines dogmatischen *Herrschaftssignifikanten* (wie etwa die Kantische Ideenlehre als Grundlage des kategorischen Imperativs) konzeptualistisch, als anorganisch-theistischer Begründungszusammenhang aufgefasst, der seinem Wesen nach unbeschränkt adaptibel und damit offen für „Kontamination“ ist, was letztlich zur Ablehnung metaphysischer Ableitungen auf diskurstheoretischer Ebene führen musste. Metaphysik wird nicht mehr als Garant für eine aufgeklärte Moral oder „gerechtes“ Recht erkannt, sondern im Gegenteil als eine willkürlich ausfüllbare Grundnorm, die beliebig für die Verrechtlichung einer Position oder Ideologie eingesetzt werden kann.

Das Festhalten an der Möglichkeit einer metaphysischen Zeichenbesetzung hat – so die Kritik Jacques Derridas – zur Folge, dass der einzige (argumentativ-logische) Ausweg, sich etwa des Naturalismus oder Rassismus zu entledigen praktisch darin besteht, die jeweilige Gegenposition zu spiritualisieren, ihren Ursprung also in das Reich der Metaphysik zu verlegen. Daraus folgt wiederum, dass auch diese spiritualisierte Gegenposition nur eine einseitige Form von Subjektivität darstellt. Die modernen moralischen Axiome wie Demokratie oder Menschenrechte sind danach also nichts anderes, als Ausdruck subjektiver Metaphysik. Derrida sieht deswegen in dem Prozess der Spiritualisierung von Position und Gegenposition einen „zwingenden Mechanismus, ein Programm, das heute und für lange Zeit die Mehrheit der Moraldiskurse über Rassismus, Nazismus, Totalitarismus, etc regieren wird.“¹⁴

Die einzige wirkliche Konstante des Rechts lässt sich so als die Spiritualisierung selbst ausmachen. Sie liegt in der fundamentalen phantasmatischen Beziehung des Subjekts zu dem *großen Anderen*¹⁵ – der staatlichen Autorität als Grundpfeiler der beliebig-partikulären *symbolischen Ordnung* – zu deren Aufrechterhaltung die unablässige Erneuerung der Referenz zu einem mythischen Ursprung

10) Rechtshistorisch zeigt sich diese Problematik eindrucksvoll in der Diskussion des grundnormbasierten Rechtspositivismus (Kelsen), dessen humanistisches Scheitern spätestens in dem Ermächtigungsgesetz von 1934 zutage trat.

11) Rorty, *Contingency, Irony, Solidarity* (New York 1989); Žižek, *Looking Awry: An Introduction To Jacques Lacan Through Popular Culture*, 157 ff.

12) Žižek, aaO.

13) Es erscheint damit nicht allzu fernliegend, in der sog. „Ewigkeitsgarantie“ des

Artikels 79 Abs 3 im deutschen Grundgesetz die Erkenntnis und gleichzeitig auch Furcht vor dieser Ambivalenz zu erkennen, welche – wie auch das „Widerstandsrecht“ des Artikels 20 Abs 4 – die symbolische Funktion hat, einen humanistisch-demokratischen Kern als unumstößliche Systemkomponente aus dem unberechenbaren Fluss der Rechtsfortbildung heraus zu nehmen.

14) Derrida, *Spurs/ Writing and Difference*, FN 21, 313: „The axiomatic comes back directly or indirectly to this metaphysics of subjectivity.“

15) Hier kommt es auf Lacans grundlegende Unterscheidung zwischen dem großen und dem kleinen anderen (A/a) an. Während sich Lacans Mathem des Phantasmas auf den *kleinen anderen* – die Objekt-Ursachen des Begehrens – bezieht, muss hier unterstrichen werden, dass sich das autoritäre Phantasma im Zusammenhang mit der mythischen Ursprungsreferenz nicht nur auf den kleinen, sondern explizit auch auf den *großen Anderen* als Äquivalent der symbolischen Ordnung bezieht.

notwendig ist. Dieses fundamentale Phantasma fungiert als Operationsmodus, innerhalb dessen Dinge und Ereignisse Bedeutung erlangen. Worin liegt also die „wahre“ Natur des *sozialen Bandes* in den liberal-demokratischen Gesellschaften, wenn nicht in einem gemeinsamen Glauben an bestimmte humanistische Werte und Ideale? Rorty schlägt in diesem Zusammenhang eine Grundlage von Solidarität vor, die auf der Anerkennung des anderen – hier zu verstehen als der Nächste – als jemandem, der „des Leidens fähig“ ist beruht, und zwar dem spezifischen Leiden, welches durch die „ultimative Erniedrigung“ hervorgerufen wird.¹⁶ Im Kern bedeutet dies die Störung und Unterminierung des auf die Erfüllbarkeit des Begehrens gerichteten Phantasmas des anderen als existentielle Seinsfundierung.¹⁷ Orwell beschreibt diesen Mechanismus in der Schlüsselszene in *Zimmer 101*. Es gelingt O'Brian erst, Winstons Widerstand zu brechen, als er – mittels der Ratten – seine Beziehung zu Julia, in der Winston sein persönliches Phantasma auslebt, zerstört. Als er in höchster Verzweiflung schreit: „Tut es Julia an!“ zerbricht die fundamentale Konstitutionierung seines Seins. An diesem Punkt begegnet uns wieder die qualvolle Erfahrung des *Realen*. Indem Winston den *Solar Plexus* seiner symbolischen Erzählung, welche ihm den Horizont seines Selbstverständnisses vermittelt, opfert, wird seine Beziehung zu der Objekt-Ursache seines Begehrens gestört, das Phantasma zerbricht an einer Funktion, die sich – um Lacans klassische Definition des *Realen* noch einmal aufzugreifen – einer Symbolisierung entzieht.

Vom symbolischen zurück zum realen Vater

Das Phantasma, auf dem symbolische Autorität steht, ist zerbrechlich und immer durch eine Invasion des *Realen* bedroht, welche den Urvater reinstalliert. Diese Gefahr ist in der mangelhaften und deswegen unbefriedigenden *symbolischen Ordnung* angelegt, denn der Urvater steht für ein unbeschränktes aber letales (Mehr-)Genießen jenseits des *Symbolischen*, welches als verdrängtes aber gleichzeitig anziehendes Phantasma im Subjekt verankert ist. Sobald dieses aktiviert wird, tritt die *reale* Kastrationsangst in die subjektive Erfahrung ein und erschüttert den Glauben an den *Namen-des-Vaters* als Garant des symbolischen Systems.

Auf der Ebene des demokratischen Rechtssystems artikuliert sich die *reale* Erfahrung als Teil einer anti-demokratischen Tendenz, die aber im Rechtsstaat selbst angelegt ist. Sie leitet sich daraus ab, dass sich das Rechtssubjekt etwa des deutschen Grundgesetzes gerade durch die Abwesenheit aller positiven Eigenschaften definiert. Die von Art. 3 proklamierte Gleichheit vor dem Gesetz basiert gerade auf der Fiktion, dass das Subjekt allen positiven Gehalts wie Geschlecht, Rasse oder sozialer Status, sprich aller Identifikationen, mittels denen es sich in die *symbolische Ordnung* einfügt, vor dem Gesetz entledigt wird. Übrig bleibt das „reine“ Subjekt des Begehrens, welches dem *großen Anderen*

gegenüber tritt. Die Essenz der Demokratie ist sozusagen eine Leerstelle, welche aus dem Entzug des Genießens der partikulären Identifikationen im Symbolischen folgt. Deren Konterfunktion sind politische Bewegungen innerhalb des Systems, die (zunächst) keinen unmittelbaren Anspruch auf die Autorität des Rechts erheben, sondern nur als Subsystem auf der Hervorhebung einer spezifischen Identifikation – wie z.B. Feminismus oder Ökologie – basieren, und damit die demokratische Reduktion des Genießens konterkarieren, indem sie über die Rückführung der positiven Identifikationen des Subjekts auf das unbeschränkte Genießen des Urvaters (der den Gleichheitssatz missachten kann) verweisen. In ihrer gesetzlichen Anerkennung – die in diesem Sinne als „Negation der Negation“ funktioniert – entsteht so eine originär anti-demokratische Tendenz, die eine spezifische Identifikation, wie etwa die Rasse, als positiven Subjektgehalt in den Status eines *Herrschaftssignifikanten* erhebt. Dieser fließende Übergang zwischen der *symbolischen* und der *realen* Erfahrung des Subjekts setzt die liberale Demokratie in Beziehung zu der Staatsform von „1984“, welche die totalitäre Tendenz des demokratischen Entzugs des Genießens in dem Übergang von Freiheit zu Sklaverei definiert. Die Freiheit des Subjekts ist gleichzeitig die Sklaverei des Gesetzes des freudschen *Über-Ichs*, welches das blockierte Genießen des „karthesanischen“ Subjekts durchsetzt. Der Preis der phantasmatischen Identifikation mit dem Genießen des Urvaters ist freilich noch qualvoller, als das Nicht-Genießen im *Namen-des-Vaters*, dessen Funktion in der Verschleierung der Kastrationserfahrung liegt und der das Subjekt in „1984“ ausgeliefert ist.

Die ambivalente phantasmatische Determinierung des Subjekts, das immer zwischen dem blockierten symbolischen Genießen und dem unbeschränkten Mehr-Genießen des *realen* Urvaters hin und her gerissen ist, bürgt damit für die systeminhärente Instabilität von Rechtsordnungen, welche gezwungen sind, über ein institutionalisiertes Phantasma – der Liebe des toten Vaters – den Glauben des Subjekts an den *Namen-des-Vaters* aufrecht zu erhalten. Auch die von Legendre vorgeschlagene Lösung des römischen Rechts als ein den *Namen-des-Vaters* ausfüllendes Konstrukt trägt damit den traumatischen Kern des Mehr-Genießens des Urvaters in sich.

Martin Schulte, LL.M., ist Rechtsanwalt und promoviert derzeit über „Das Gesetz des Unbewussten und die Erotik des Rechts: Grundlinien einer psychoanalytischen Rechtstheorie“ an der J.-W.-Goethe-Universität in Frankfurt a.M. bei Prof. T.-M. Seibert. Publikationen bisher zum amerikanischen Wirtschaftsrecht und zum Medizinrecht. martin.schulte@gmail.com

16) Rorty, aaO, 179.

17) Vgl Žižek, aaO Es soll noch einmal auf die absolute Beliebigkeit der konkreten phantasmatischen Form des *objet petit'a* hingewiesen werden. Die Mutterimago stellt lediglich die unbewusste Grundlage der phantasmatischen Ersatzbildungen dar.

1. Einleitung

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit nur einem Aspekt der Genealogie jener tragenden Thesen der Lacanschen Psychoanalyse, welche für seine Theorie der Rechtsbegründung entscheidend sind. Der Anspruch ist damit bescheiden. Schon angesichts des nur knappen Platzes muss die Darstellung der Lacanschen Theorie schmerzhaft verkürzt bleiben. Die zentrale Bedeutung etwa, welche Lacan im Gefolge des französischen Strukturalismus der Sprachförmigkeit des Unbewussten zuspricht, konnte hier allenfalls angedeutet werden. Ebenso bleiben wichtige Unterscheidungen im Prozess der Subjektkonstitution nach Lacan unterbelichtet.¹ Es erschien mir aber unter Inkaufnahme dieses Mangels interessanter, das Augenmerk der Leserin auf einen topologischen Aspekt der ideengeschichtlichen Einordnung zu lenken, der den *Ort* der sozialen Normen betrifft. So werde ich zunächst in aller Kürze die mir zu diesem Vorhaben besonders relevant erscheinenden Motive der Theorie der Rechtsbegründung darstellen, wie sie bei Lacan und dem kritischen Lacanschüler Pierre Legendre vorgestellt werden (2.) und in einem weiteren Schritt mit einer kurzen Übersicht der Philosophie der Sozialnormen bei Fr.W.J. Schelling die Eröffnung einer entsprechenden Traditionslinie plausibel zu machen versuchen (3.).

2. Der „allgemeine Vater“

Zunächst aber, gerade im ausgehenden Freudjahr, und gerade auch wenn von Lacan, dem Sprecher der *cause Freudienne*, zu handeln ist, erscheint es angemessen, zunächst dem „allgemeinen Vater“² der psychoanalytischen Theorie das Wort zu erteilen: Denn die Grundlegung dessen, was aus der Perspektive der Rechtswissenschaft eine psychoanalytische Rechtstheorie bezeichnen kann, leisten Sigmund Freuds kulturtheoretische Schriften.³ In ihnen entfaltet Freud (wenn auch in „großartiger Verdichtung“ Jahrtausende währender Prozesse⁴) eine phylogenetische Gesellschaftstheorie,⁵ nach welcher dem Geschehen menschlicher Urgeschichte unzerstörbare Spuren in der menschlichen Erbgeschichte zukomme.⁶ So erzählt „Totem und Tabu“ von der Entstehung des Rechts aus einem mörderisch gewordenen natürlichen Begehren. Der Aufstand der vereinigten Söhne, deren Begehren sich der alle übermächtigende Vater in einer ersten menschlichen Gemeinschaft entgegenstellt, endet mit dessen Tod und der Entstehung des ersten Rechts, nämlich den Verboten von Mord und Inzest. Mit diesen tritt zugleich eine erste soziale Organisation der über ihr Tun erschrockenen Brüder auf den Plan „mit Triebverzicht, Anerkennung von gegenseitigen Verpflichtungen, Einsetzung bestimmter, für unverbrüchlich (heilig) erklärter Institutionen, die Anfänge also von Moral und Recht.“⁷

Festzuhalten an dieser wohlbekannten Erzählung ist für die Zwecke der Genealogie auch einer Lacanschen Rechtsphilosophie eine fundamentale These: Das Recht – es entsteht aus einem *vorangegangenen* Begehren, welches verbrecherisch gewesen sein wird. Der Ursprung der Reue aber, des Schreckens, welchen die vereinigten Brüder über den Vätermord empfinden, musste bei Freud offen bleiben.

Diese Leerstelle der phylogenetischen Perspektive schließt Lacan. Während bei Freud das erste Recht als eine Reaktion auf das verbrecherisch gewesene Begehren verstanden wird, bezeichnet es bei Lacan – nunmehr als *Gesetz* bezeichnet – selbst

Der Ort der Sozialnorm

Zu einem topologischen Aspekt der Genealogie der Lacanschen Rechtsphilosophie

Stefan Häußler

die Grundstruktur des Begehrens, welche Beziehung Lacan, hierin ganz Hegelianer, als dialektisch auffasst. Zwar setzt das Gesetz dem Begehren Schranken und reguliert es (Freud), zugleich aber gilt das Begehren immer gerade der Übertretung der aufgestellten Verbote, sodass das Begehren immer bereits die Verbote, das Gesetz, voraussetzt. Wieder ist es der Vater, welcher dem Begehren entgegensteht. Während dieser aber in Freuds Erzählung der ersten menschlichen Gemeinschaft selbst das Gesetz *ist* und durch das erste Recht seine nur funktionale Ersetzung findet, ist der Vater bei Lacan stets bereits als der *Repräsentant* des Gesetzes, mithin als Gegenstand einer psychischen Vermittlung gedacht und, unabhängig von seiner leibhaftigen Person, der bloße Name der verbietenden und gesetzgeberischen Funktion („Name-des-Vaters“).

Unter den Bedingungen der dialektischen Beziehung von Gesetz und Begehren begründet die Unterwerfung unter das väterliche Gesetz nicht allein eine Beschränkung des Begehrens, sondern vielmehr als erstes die Freisetzung zu eigenem Begehren. Im damit angesprochenen ödipalen Konflikt erkennt Lacan drei Ordnungen der Subjektivität, deren Relationierung

1) Verwiesen sei hier daher auf die gute Einführung in Francois Dosse, *Geschichte des Strukturalismus* Band 1, Frankfurt 1999, 145 ff., den Band „Lacan zur Einführung“ von Gerda Pagel sowie für einen allgemeinen Überblick zu psychoanalytischen Rechtstheorien meinen Beitrag in S.Buckel/R.Christensen/A.Fischer-Lescano (Hrsg), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, 305 ff.

2) Wie J.L. den anderen „allgemeinen Vater“, den römischen Papst, in einem Brief an seinen

Bruder Marc-Francois vom September 1953 nennt (zitiert nach E. Roudinesco, Jacques Lacan: Bericht über ein Leben, *Geschichte eines Denksystems*, Frankfurt 1999, 312).

3) „Totem und Tabu“ (1913), „Zeitgemäßes über Krieg und Tod“ (1915), „Massenpsychologie und Ich-Analyse“ (1921), „Die Zukunft einer Illusion“ (1927), „Das Unbehagen in der Kultur“ (1930), „Warum Krieg?“ (1933), „Der Mann Moses und die monotheistische Religion“ (1939).

4) S. Freud, *Der Mann Moses und die monotheistische Religion*, in: Studienausgabe Band IX, 529.

5) L. J. Pongratz, *Hauptströmungen der Tiefenpsychologie*, Stuttgart 1983, 106 f.

6) S. Freud, *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, in: Studienausgabe Band IX, 114.

7) S. Freud (Fn.4), 530.

die Aufgabe des Gesetzes ist: das Imaginäre, das Symbolische, das Reale. Für die Zwecke ihrer erläuternden Funktion in einer Lacanschen Rechtsphilosophie mögen diese hier vereinfachend als Bereich der Kreativität, der Phantasie, des Bildes, der Täuschung (das Imaginäre), als kulturelle Ordnung von Recht, Sprache und Bedeutung (das Symbolische) und schließlich die jenseits solcher Ordnungen liegende Erfahrung reiner Positivität, in welcher Phantasie und Realität, Innen und Außen, Ich und Anderer undifferenziert in Eins fallen (das Reale),⁸ charakterisiert werden. Subjektivität ist im Verhältnis dieser Ordnungen keine natürliche oder vorgängige Wirklichkeit, weder „angeboren“ noch „substantivisch“, sondern eine dialektische Beziehung zu und Reflexion seiner Umwelt.⁹ Subjektivität setzt damit das Gesetz und mit ihm die Einführung in die symbolische Ordnung (deren wesentlicher Gegenstand es in seinen jeweiligen Vermittlungen ist) voraus, wenn auch um den Preis des „Verlusts eines direkten Zugangs zu einer unvermittelt und unbeschränkt gegenwärtigen Wirklichkeit“.¹⁰

Wie bereits angedeutet, beschränkt sich Lacans dialektische Rekonstruktion des Gesetzes und seiner Funktion nicht auf seine Funktion der Freisetzung von Subjektivität. Auch das Begehren wird erst durch das Gesetz lebendig. Denn das Begehren des freigesetzten Subjekts richtet sich – wegen der Fragilität seiner ursprünglichen und begründenden Identifikation – auf seine Anerkennung als Subjekt selbst. Anders als eine reale Befriedigung von körperlichen Bedürfnissen und anders als ein vorgestellter Anspruch auf totale Präsenz des Anderen setzt das Begehren nämlich die Differenz zum Anderen voraus und bildet damit die Voraussetzung auch einer eigenen Subjektivität. Begehren des Subjekts ist damit „weder Appetit auf Befriedigung, noch Anspruch auf Liebe, sondern vielmehr die Differenz, die entsteht aus der Subtraktion des ersten vom zweiten, ja das Phänomen ihrer Spaltung selbst“.¹¹ Erst in dieser Spaltung gelingt auch die Einführung in die Ordnung des Symbolischen, welche der gesetzgebende „Name-des-Vaters“ mit dem Verbot der imaginierten totalen Präsenz des Anderen (nämlich zunächst der Mutter) garantiert. Aus eben jenem Grunde bestimmt Lacan die symbolische Ordnung als den Ort des Rechts, der Sprache und der Bedeutung. Da das Begehren des Subjekts sich nur jenseits von schlichter Befriedigung und totaler Präsenz realisieren kann, ist es notwendig in einer Vermittlung befangen, die den metonymischen Bewegungen der Signifikanten unterliegt und sich sprachförmig artikuliert. Die Sprachförmigkeit jener Vermittlung aber entzieht das Begehren der Herrschaft des ‚Ich‘-sagenden Subjekts und unterwirft es der Sprachordnung des Anderen.¹² Der Andere nämlich ist sowohl ein anderes Subjekt (dessen Urbild die Mutter ist) in

seiner radikalen Differenz und nicht assimilierbaren Einzigkeit als auch die symbolische Ordnung selbst, welche das begehrende Subjekt mit anderen Subjekten vermittelt: „Hier lässt sich erkennen, dass die Unwissenheit, der der Mensch in bezug auf sein Begehren verhaftet bleibt, weniger eine Unwissenheit ist in bezug auf das, was er beansprucht [...], als vielmehr eine Unwissenheit hinsichtlich des Punkts, von wo aus er begehrt. Eine Antwort stellt unsere Formel dar, dass das Unbewusste Diskurs des Anderen sei, besser: über den Anderen [...] (als objektive Bestimmung) [...]. Dem wäre aber hinzuzufügen, dass das Begehren des Menschen das Begehren des Anderen ist, wobei diesmal das ‚des‘ in dem Sinn zu nehmen ist, den die Grammatiker subjektiv nennen, dh dass der Mensch als Anderer begehrt.“¹³ MaW: der Mensch begehrt – unter den Bedingungen des Gesetzes – von einem exzentrischen Ort aus, er ist – als Subjekt – immer bereits *dezentriert*.

Der von Lacan weitgehend unbeantwortet gebliebenen, für eine Rechtsphilosophie bedeutenden Frage, wie sich das solcherart abstrakte Gesetz jenseits seiner bloßen Geltung in rechtsförmigen Institutionen konkret verwirklicht, wendet sich der kritische Lacanschüler, Rechtsgeschichtler und Philosoph Pierre Legendre zu. Die Funktion der rechtlichen Institutionen entspricht bei Legendre der des väterlichen Gesetzes bei Lacan, indem bei Legendre auch die Rechtsinstitutionen in den Verlust der Ganzheit einführen und Subjektivität begründen. Anders als bei Lacan stehen sich bei Legendre im ödipalen Konflikt nicht allein die väterliche Metapher, der „Name-des-Vaters“ und das sich entwickelnde Subjekt des Begehrens gegenüber, sondern vielmehr das Subjekt und das Recht als solches,¹⁴ welches freilich seine Wirkung auch von der „thematischen Homologie“ der Väterlichkeit dieses Rechts bezieht: „Gott, das Gesetz, der Staat, das Volk, der Text sind dabei.“¹⁵ Die Stabilisierung verlustbasierter Subjektivität erwartet Legendre durch institutionelle Tradition und rechtliche Eigenlogik,¹⁶ weil eben diese das Wesen der westlichen Rechtstradition prägten und damit die historisch vorgefundene symbolische Ordnung strukturierten.¹⁷ Gerade die Traditionalität der rechtlichen Formen garantiere, dass die „andere Dimension des Rechts“ nicht explizit, sondern vielmehr auf eine Oberfläche gespiegelt werde, in der das Gesetz nicht als Gesetz des Vaters erkannt wird.¹⁸ Mit Legendre kann also in Verlängerung der Lacanschen Theorie gesagt werden, dass nicht allein das väterliche Gesetz, sondern auch die geschichtlich verbürgte Sozialnorm (mittels ihrer „thematischen Homologie“) in die symbolische Ordnung einzuführen vermag und die Dezentrierung des begehrenden Subjekts gewährleistet. Interessant scheint mir die Genealogie einer solchen Vorstellung, welche hier an einem Beispiel erläutert werden soll.¹⁹

8) G. Pagel, Lacan, 2. Aufl Hamburg 1991, 59. Weinheim und Berlin 1991, 165, 190.
 9) E. Ragland-Sullivan, Jacques Lacan und die Philosophie der Psychoanalyse, Weinheim und Berlin 1989, 30.
 10) R. Bernet, „Subjekt und Gesetz in der Ethik von Kant und Lacan“, in: H.-D. Gondek/P. Widmer (Hrsg.), Ethik und Psychoanalyse, Frankfurt am Main 1994, 27-51, 35.
 11) J. Lacan, Die Bedeutung des Phallus (zitiert nach G. Pagel (Fn. 8), 69).
 12) G. Pagel (Fn.8), 70 f.
 13) J. Lacan, Subversion des Subjekts und Dialektik des Begehrens im Freudschen Unbewußten, in: ders., Schriften II, 3. Aufl.,
 14) N. Duxbury, Exploring legal tradition: psychoanalytical theory and Roman law in modern continental jurisprudence, in: Legal Studies 9 (1989), 84, 95.
 15) M. Schneider, ‚Es genügt nicht, Menschenfleisch herzustellen‘, in: Tumult 26 (2001), 45, 49.
 16) P. Goodrich, ‚The Unconscious is a Jurist‘: Psychoanalysis and Law in the Work of Pierre Legendre, in: Legal Studies Forum 20 (1996), 195, 203.
 17) Näher zu Legendre: M. Schulte, Der traumatische Kern der symbolischen Autorität und das institutionalisierte Phantasma des Genießens, in diesem Band, 199 ff.
 18) A. Pottage, Crime and Culture: The Relevance of the Psychoanalytical, in: The Modern Law Review 55 (1992), 421, 427 ff.
 19) Tatsächlich sind die Einflüsse, die in Lacans Theorie wirksam werden, überaus vielfältig und umfassen neben der Philosophie des deutschen Idealismus insbesondere auch die Heideggersche Existentialanalytik. Hierzu ausführlich: A. Juranville, Lacan und die Philosophie, München 1990.

3. Peripherie der Sozialnormen

Friedrich Wilhelm Joseph Schelling (1775–1854) entstammt einer Familie württembergischer Theologen, was insofern bedeutsam ist, als seine Philosophie zentrale Motive des Denkens der württembergischen Reformation aufnehmen wird und, mit einer Wendung gegen Fichte und Hegel, einer Vermittlung von Natur- und Geistesphilosophie im später so bezeichneten objektiven Idealismus das Wort reden wird. Die angedeutete Verbindung jenes intellektuellen Umfelds, in dem sich der junge Schelling bewegt, und den Grundgedanken seiner Philosophie geschieht über den von Schelling stark rezipierten Mystikerphilosophen Jakob Böhme (in der Form, in der ihn die protestantisch-württembergischen Theologen Johann Albrecht Bengel und Christoph Friedrich Oetinger lasen und vermittelten).

Für eine Rekonstruktion der Schellingschen Topologie der Sozialnormen ist hier zunächst seine frühe Wendung gegen Kant anzusprechen. So fragt der junge Schelling im Anschluss an Kants Abkehr von der Metaphysik nach dem Prinzip der Philosophie überhaupt und der Frage, ob Kant dieses adäquat abgebildet habe. Als ein solches Prinzip hatte Kant in der Kritik der reinen Vernunft unter der Bezeichnung der transzendentalen Synthesis der Apperzeption das Selbstbewusstsein identifiziert. Kritisch wendet Schelling ein, dass ein solches Prinzip der Philosophie, so es sich wie bei Kant auf die objektiven Bedingungen der Erkenntnis beschränke, die Erfahrungsweise der Sinnlichkeit unzulässig außer Betracht lasse. Dem setzt Schelling in seiner frühen Werkphase einen die Trennung von theoretischer und praktischer Philosophie übersteigenden Begriff des Ich entgegen, der letzten Endes die Einheit des Wissens, des Glaubens und des Wollens verbürge.²⁰ Dieser Begriff des absoluten Ich ist natürlich kontrafaktisch gegen das empirische Ich gesetzt. Moralische Pflichten rekonstruiert Schelling demgemäß als Aufforderung an das empirische Ich, in die Selbstidentität des absoluten Ich einzutreten, in welchem Moralgesetz und Naturgesetz eins werden, da das absolute Ich nicht anders als moralisch handeln kann: „Was für das endliche [...] Ich moralisches Gesetz ist, ist für das unendliche Naturgesetz, dh es ist zugleich mit und in seinem Seyn gegeben. [...] Das unendliche Ich also kennt gar kein Moralgesetz, und ist seiner Causalität nach bloß als absolute, sich selbst gleiche, Macht bestimmt. Aber moralisches Gesetz, obgleich es bloß in Bezug auf Endlichkeit stattfindet, hat doch selbst keinen Sinn und Bedeutung, wenn es nicht als Endzweck alles Strebens Unendlichkeit des Ichs aufstellt.“²¹ Soziales Verhalten ist in dieser Bestimmung des Moralgesetzes für Schelling mithin nur insofern interessant, als es Ausdruck der empirischen Beschränkung des endlichen Ich ist. Es ist durch Möglichkeiten, modern gesprochen: Kontingenzen, geprägt, welche zugleich die Möglichkeit des Bösen enthalten, ja in ihrer Substanz eigentlich das Böse sind. Beschränkungen sozialen Verhaltens durch Rechtsnormen im engeren Sinne sind für das Moralgesetz bei Schelling also insofern relevant, als in ihnen die Möglichkeit aufscheint, Recht

und Pflicht zur Deckung zu bringen, sie identisch werden zu lassen. Gehorche nämlich das endliche Ich jener Forderung, sich in die Identität mit dem absoluten Ich zu setzen, so entfalle bereits die Möglichkeit, es werde gegen das Moralgesetz handeln (unter welches dann auch das wohlverstandene, also richtige Rechtsgesetz fällt).

Diese noch etwas einseitig das absolute Ich und seine Forderungen privilegierende Frühphilosophie verfeinert Schelling seit 1801 mit der Entwicklung der sog. Identitätsphilosophie. Die zentrale These der Identitätsphilosophie lautet, dass nicht nur das absolute Ich gegenüber dem empirischen Ich den (auch moralischen) Vorrang habe, Recht und Pflicht, Freiheit und Notwendigkeit also durch Willensakte des empirischen Ich zur Deckung gelangen müssen.²² Vielmehr denkt Schelling von nun an jene Entgegensetzungen als im Grunde bereits immer schon in absoluter Identität befindlich. Dementsprechend besteht der Grund richtigen Handelns (auch sozial richtigen Handelns) darin, eine wahre Handlung zu vollbringen, diese also als die in Übereinstimmung mit dem Absoluten stehende Handlung zu erkennen, wobei der Prozess der Erkenntnis, hierin Hegel ähnlich, als historisch gedacht wird. M.a.W. bestimmt Schelling nunmehr nicht die Sittlichkeit der Handlung, sondern die lebendige und historisch gewachsene Gesinnung als Maßstab der Bewertung sozialen Handelns. Die radikale Absetzbewegung zu Kant besteht darin, dass wegen der Schellingschen Bestimmung auch der Rechtsnormen als Teil eines umfassenderen Moralgesetzes diese Gesinnung letztlich auch die Rechtllichkeit einer Handlung bestimmt. Wenn wir uns kurz in Erinnerung rufen, was Kant als das a priori erkannte Rechtsgesetz bestimmt hatte, nämlich dass eine jede Handlung Recht sei, nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, wird diese Differenz deutlich. Sie verdankt sich Schellings Vertrauen auf die Harmonie der absoluten Identität, der gegenüber eine abstrakte Vernunftbestimmung wie bei Kant als defizitär erscheinen muss.

Auch diese Bestimmung genügt aber Schelling bald nicht mehr. Wie schon die Fortentwicklung der Frühphilosophie zur Identitätsphilosophie ist auch die neuerliche, nunmehr theistische Wendung von der ungenügenden systemischen Reflexion der Realität motiviert, der Verhältnisse, wie wir wohl heute sagen würden. So stellen insbesondere die „Philosophischen Untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit“ von 1809 einen Bruch in Schellings Denken dar, der sich auf eine intensive Rezeption Jakob Böhmes und anderer Mystikerphilosophen der Reformationszeit stützt und somit weit vor die Kantische Philosophie zurückgeht.²³ Böhme hatte gelehrt, dass auch das Böse seinen Ursprung in Gott als dem Zentrum der Natur haben müsse und die Welt als Offenbarung der Dialektik im Göttlichen selbst hervorgebracht werde. Nicht allein die Erscheinung des Bösen (ein seit Augustinus geläufiger Gedanke), sondern auch die Erscheinung des Guten sei mithin – bis zu einer von Böhme für das Ende der Zeiten in Aussicht genommenen Versöhnung – von der Entzweiung im Göttlichen abhän-


20) A. Hollerbach, Der Rechtsgedanke bei Schelling, Frankfurt am Main 1957, 89.
21) Fr.W.J. Schelling, Vom Ich als Princip der Philosophie oder über das Unbedingte im menschlichen Willen (1795), § 14, in: Ausge-

wählte Schriften Band 1, hrsgg. von M. Frank, 3. Aufl. Frankfurt am Main 2003, 88.
22) A. Hollerbach (Fn. 20), 146 ff.
23) X. Tilliette, Die Freiheitsschrift, in: H.M. Baumgartner (Hrsg.), Schelling, Freiburg und


München 1975, 96; T. Buchheim, Einleitung, in: Fr.W.J. Schelling, Über das Wesen der menschlichen Freiheit, hrsgg. von T. Buchheim, Hamburg 1997, XVIII.

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

gig. Schelling greift diesen Gedanken in der Freiheitsschrift auf und bringt ihn gegen seinen Kontrahenten Fichte dergestalt in Stellung, als er mit Böhme der Dialektik des Guten und Bösen ein *fundamentum in re* in eben diesem Zentrum zuweist und damit den in Ansätzen bereits in der Identitätsphilosophie vorhandenen Gedanken objektiver Dialektik legt.²⁴

Diesem Gedanken folgend will ich zunächst die Metaphorik des Zentrums, welche bei Jakob Böhme und in Schellings Betrachtungen wirksam wird, näher beleuchten. Sodann werde ich untersuchen, wie sich am Beispiel von Schellings Betrachtungen die Funktion des Zentrums auf eine Ortsbestimmung der Sozialnormen auswirken muss. Die Metaphorik des Zentrums ist nicht erst seit Jakob Böhmes Schriften transzendent verortet. Vielmehr stellt sich die Konzentration auf ein Zentrum, welches als Ursprung von Existenz und Ziel von Sehnsucht gedacht wird, als feste Größe im Reservoir insbesondere religiöser Bildsprache dar.²⁵ Diese älteren Begriffsschichten aufgreifend, erfährt der Zentrumsbegriff bei Böhme aber eine interessante Wendung. Das Zentrum wird entgegen der älteren religiösen Tradition, wie sie noch bei Augustinus unumschränkt gilt („Unruhig ist unser Herz, bis dass es seine Ruhe hat in Dir“²⁶), gewissermaßen *entheiligt* und *entwirklicht*. Statt das Weltzentrum ohne weiteres mit

dem Herzen der (Heils-) Wirklichkeit in eins zu setzen (mit Babylon, Golgatha, der Ka’abah als einer jeweiligen Mitte der Welt)²⁷, erscheint es bei Böhme als ambivalenter Urgrund: „So man will von Gott reden, was Gott sei, so muss man fleißig erwägen die Kräfte in der Natur [...] Hier musst du nun sehen über und außer die Natur, in die lichteilige, triumphierende, göttliche Kraft, in die unveränderliche heilige Dreifaltigkeit, die ist ein triumphierend, quellend, beweglich Wesen, und sind alle Kräfte darinnen wie in der Natur.“²⁸

Die Pointe liegt hier in der Bestimmung des Natürlichen; denn nicht nur sind alle Kräfte der Natur auch im Göttlichen. Diese Perspektive erklärt sich aus Böhmes Theorie der Gotteserkenntnis, die sich aus reiner Introspektion ergebe, weil doch „Himmel und Erde mit allen Wesen, dazu Gott selber, im Menschen“ liege.²⁹ In der Sache gilt vielmehr umgekehrt, dass nach Böhmes Vorstellung alles Natürliche einschließlich des Bösen eine Identität des Gegensätzlichen im Göttlichen selbst abbildet. Das Teuflische in Gott selbst treibt ihn erst über sich selbst hinaus und trägt damit die Natur in ihr Erscheinen aus – weswegen Böhme dieses verdienstvolle, weil weltstiftende Element der Negation auch den „holden Teufel“ nennt.³⁰ Die gesamte Natur mit allen Gegensätzen als *corporae naturae* ist damit gleichursprünglich im Göttlichen als *centrum naturae*.

24) E. Bloch, Leipziger Vorlesungen Band 2, Frankfurt am Main 1985, 178; J. Habermas, Frankfurt 1998, 60 f. Dialektischer Idealismus im Übergang zum Materialismus, in: ders., Theorie und Praxis, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1980, 60 f.

25) M. Eliade, Ewige Bilder und Sinnbilder, Frankfurt 1998, 60 f.

26) A. Augustinus, Confessiones, Kap. 1.

27) Eliade (Fn. 25), 46 ff.

28) J. Böhme, Aurora oder Morgenröte im Aufgang.

29) Böhme (Fn. 28).

30) Böhme (Fn. 28).

Das Ziel der lebendigen Bewegung ist nun aber nicht einfach eine Rückkehr in das besagte Zentrum, sondern vielmehr ein Aufgehen des Göttlichen im Menschen, wenn dieser schließlich, mit seiner Natur eins geworden, selbst Christus ist und damit die Zentrum-Peripherie-Differenz aufhebt (der damit der eigentliche Vollender des Werkes der Verweltlichung des Göttlichen ist, welches der Teufel selbst wegen seines Abfalls nicht zu Ende hatte bringen können).³¹

Hieran schließt Schelling in der Freiheitsschrift an, indem er die Vorstellung eines sich kraft in ihm selbst wirkender Gegensätze selbst gebärenden Gottes von Böhme übernimmt und sein identitätsphilosophisches Konzept, welches in seiner Anfangsform noch die ursprüngliche Einheit von gründendem Wesen und hierdurch beseelter Form behauptet,³² entsprechend anpasst: „Dieser Grund seiner Existenz, den Gott in sich hat, ist nicht Gott absolut betrachtet, dh sofern er existiert; denn er ist ja nur der Grund seiner Existenz, Er ist die *Natur* – in Gott; ein von ihm zwar unabtrennliches, aber doch unterschiedenes Wesen.“³³ Wie schon bei Böhme ist mithin das Regellose, das bloß Triebhafte, mit einem Wort das, was die Möglichkeit des Bösen eröffnet, bereits im Ursprung der Welt enthalten. Indem Gott sich selbst hervorbringt, so Schelling, entsteht in ihm selbst ein reflexives Verhältnis, welches sich in den noch ungeschiedenen Stoff der Natur „ein-bildet“. Die ursprüngliche Unterscheidung in Gott bildet sich also in die entstehende Natur ein, indem in ihr ebenfalls die Existenz und der Grund der Existenz geschieden werden: „Die in dieser Scheidung getrennten (aber nicht völlig auseinandergetretenen) Kräfte sind der Stoff, woraus nachher der Lieb konfiguriert wird; das aber in der Scheidung, also aus der Tiefe des natürlichen Grundes, als Mittelpunkt der Kräfte entstehende lebendige Band ist die Seele. Weil der ursprüngliche Verstand [Gottes, SH] die Seele aus einem von ihm unabhängigen Grunde als Inneres hervorhebt: so bleibt sie eben damit selbst unabhängig von ihm, als ein besonderes und für sich bestehendes Wesen.“³⁴ Dem Menschen ist – aus göttlicher Gnade – als einzigem der beseelten Wesen die Hoffnung eröffnet, aus der Geschiedenheit wieder in die Vereinigung einzutreten und seinen Partikularwillen (den Willen zur eigenen besonderen Existenz) mit dem Universalwillen (dem göttlichen Verstand) zu vereinigen: „Der Wille des Menschen ist der in der ewigen Sehnsucht verborgene Keim des nur noch im Grunde vorhandenen Gottes; der in der Tiefe verschlossene göttliche Lebensblick, den Gott ersah, als er den Willen zur Natur fasste. In ihm (im Menschen) allein hat Gott die Welt geliebt; und ebendies Ebenbild Gottes hat die Sehnsucht im Centro ergriffen, als sie mit dem Licht in Gegensatz trat.“³⁵

Das Hauptproblem in der Schellingschen Konstruktion einer Zentrum-Peripherie-Differenz besteht gerade angesichts dieser Sehnsucht darin, dass die Selbstoffenbarung Gottes in der Schöpfung die Differenz in ihm selbst wie auch in der schöpferisch hervorgebrachten Natur auf Dauer stellen muss.

Hierin liegt aber zugleich die Möglichkeit des Bösen als Existenzbedingung Gottes als des sehnsüchtig gesuchten Zentrums selbst inbegriffen: „Und zwar ist zu erklären nicht etwa, wie das Böse nur im einzelnen Menschen wirksam werde, sondern seine universelle Wirksamkeit, oder wie es als ein unverkennbar allgemeines, mit dem Guten überall im Kampf liegendes Prinzip aus der Schöpfung habe hervorbrechen können. Da es unleugbar, wenigstens als allgemeiner Gegensatz, wirklich ist, so kann [...] kein Zweifel sein, dass es zur Offenbarung Gottes notwendig gewesen.“³⁶ Das alles ist noch sehr an Jakob Böhmes Modell angelehnt. Der Unterschied wird in der Betonung deutlich, die Schelling der individuellen, emotionalen, psychischen Folge dieser unheilvollen Disposition widmet. Während nämlich Böhme das Böse noch rein als objektiven Faktor der dialektischen Entfaltung der Offenbarung dachte, die zwingend auf die Christuswerdung des Menschen hingehe (was der Böhmeleser Hegel nach Schelling wieder aufgreift; denn dies ist eben jener Zustand, in dem der Geist, nach der Formulierung in der Phänomenologie, „die Bewegung seines Gestaltens beschlossen [hat]“³⁷), gilt Schellings sittliches Interesse dem Grund des Bösen in der Wirklichkeit einzelner menschlicher Existenz. Sie verortet Schelling – in dieser Hinsicht nicht Umsonst als Vorläuferdenker sowohl der Psychoanalyse wie auch des Existentialismus³⁸ in Anspruch genommen – in einer existentiellen Angst:

„Schon an sich scheint die Verbindung des allgemeinen Willens mit einem besonderen Willen im Menschen ein Widerspruch, dessen Vereinigung schwer, wenn nicht unmöglich ist. Die Angst des Lebens selbst treibt den Menschen aus dem Centrum, in das er erschaffen worden: denn dieses als das lauterste Wesen alles Willens ist für jeden besonderen Willen verzehrendes Feuer; um in ihm Leben zu können, muss der Mensch aller Eigenheit absterben, weshalb es ein fast notwendiger Versuch ist, aus diesem in die Peripherie herauszutreten, um da eine Ruhe seiner Selbstheit zu suchen.“³⁹

Erinnern wir uns an dieser Stelle kurz an die Bestimmung der richtigen Handlung als der vom endlichen Ich geforderten Handlung in der Früh- bzw der wahren Handlung in der Identitätsphilosophie, so wird eine Konstanz deutlich. Hier wie dort nämlich ist es die Gesinnung, die innere Willensrichtung, welche für die Identität mit dem Absoluten entscheidend wird. Diese war zwar in der Frühphilosophie noch lediglich implizit als Reaktion auf die Forderung des absoluten Ich nach Vereinigung gedacht, dann aber in der Identitätsphilosophie als geschichtlich gewachsene Gesinnung expliziert worden, welche zur Erkenntnis der schon immer bestehenden Identität mit dem Absoluten vorausgesetzt ist. In der Freiheitsschrift ist eben dieser Gedanke ins Negative gewendet. Es ist nunmehr die Gesinnung der Selbstheit, welche der Vereinigung im Centrum, im Absoluten, widerstrebt. Eben hiermit gelangt Schelling nun auch zu einer materiellen Rückbindung jener Gesinnung, die in der Identitätsphilosophie noch als bloß intellektueller Akt des

31) Auf letztere Konsequenz weist Bloch hin (Fn. 24), 187.
32) Buchheim (Fn. 23), XVII f.
33) F. W. J. Schelling, Über das Wesen der menschlichen Freiheit, hrsgg. von Thomas Buchheim, Hamburg 1997, 30 (Hervorhebung im Original).

34) Schelling (Fn. 33), 34.

35) Schelling (Fn. 33), 35.

36) Schelling (Fn. 33), 45.

37) G. W. F. Hegel, Phänomenologie des Geistes, in ders., Hauptwerke in sechs Bänden, Bd 2, Hamburg 1999, 431.

38) O. Marquard, Schelling – Zeitgenosse inkognito, in: H. M. Baumgartner (Hrsg), Schelling, Freiburg/München 1975, 13, 21 f.

39) Schelling (Fn. 33), 53.

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



Erkennens vorgestellt war. In seiner Wendung ins Negative dagegen erhält sie eine existentielle Bedeutung; sie ist Ausdruck des Existenzwillens des Menschen.

Zusammenfassend ist damit zur Stellung der Sozialnormen in Schellings Philosophie bis 1809 festzustellen, dass diese notwendig dem Bereich des endlichen Ich bzw in der neuen Terminologie der Freiheitsschrift, der Peripherie angehören, in welcher der Mensch seine Selbstheit will. Hiermit ist keine Banalität ausgesagt. Vielmehr verhilft eine solche topologische Rekonstruktion nach konzentrisch gedachtem endlichem und absolutem Ich, nach Peripherie und Zentrum, Ähnlichkeiten zu anderen theoretischen Entwürfen zu erkennen und Entwicklungslinien zu identifizieren. Der instabile Ich-Begriff hat im Zeitalter des deutschen Idealismus, vor allem durch Schelling, Fichte und Hegel, sowohl eine adäquate Abbildung seiner Geschichtlichkeit als auch seiner – Vernunft und Wissen – transzendierenden Potentiale hinzugewonnen.⁴⁰ Es bleibt aber Schellings Leistung, durch die originelle Rezeption Böhmies sowohl ein erstes topologisches Modell der Subjektkonstitution angeboten als auch die individualpsychologischen Folgen dieser Dezentrierung durch das Gesetz erfasst zu haben.⁴¹

Lacan, über den Umweg der Heideggerphilosophie mit Schelling vertraut, greift dieses Motiv auf. Die dogmatischen

Züge, welche der Lacanschen Theorie des Gesetzes eignen und auf der Geltungsbehauptung für das Gesetz aufsitzen, wären auch dahingehend zu befragen, inwieweit diese ihre Motive den Absolutheitstheorien des 19. Jahrhunderts verdanken.⁴² Jacques Derridas Kritik an Lacan verstehe ich als Aufforderung, Lacan immer auch als Philosophen des 19. Jahrhunderts zu lesen und das „Gesetz [seiner] Zugehörigkeit zur Metaphysik und der abendländischen Kultur zu enträtseln.“⁴³ Hierzu soll dieser Text einen bescheidenen Beitrag leisten.

Stefan Häußler studierte Rechtswissenschaft in Deutschland und England. Von 2002 bis 2005 wissenschaftlicher Mitarbeiter zunächst am Institut für öffentliches Recht der Universität Frankfurt am Main und, seit 2003, am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg. Derzeit Magisterstudium an der Académie Européenne de Théorie du Droit in Brüssel. stefan.haeussler@gmail.com

40) Vgl E. Ragland-Sullivan (Fn. 9), 33.

41) Vgl in der umfangreichen Literatur hierzu insbesondere S. Žižek, *Der nie aufgehende Rest*, Wien 1996.

42) Kritisch zu den Geltungsbehauptungen der psychoanalytischen Theorie insgesamt: H. Gottwald, *Der Ödipus-Mythos und seine Rezeption in Literatur und Philosophie*, in diesem Band, 188 ff.

43) J. Derrida, *Grammatologie*, 7. Aufl., of Lacan, in: *Cardozo Law Review* 16 (1995), 699, insb. 713.

Queere Theorie und Praxis stellen sowohl die rigide Zweigeschlechtlichkeit als auch die Verengung des Begehrens auf die Alternative Hetero- oder Homosexualität in Frage. Dies ist eine Herausforderung, die innerhalb des psychoanalytischen Denkgebäudes nicht ohne weiteres zu bewältigen ist. Zwar zeichnet sich die Psychoanalyse dadurch aus, dass sie Geschlecht und Sexualität nicht als Gegebenheiten, sondern als Effekte psycho-sozialer Entwicklungsprozesse fasst.¹ Auch vervielfältigt sie Dank ihres Interesses an so genannten sexuellen Abweichungen und Perversionen die sexuellen Kategorien. Doch forciert die Psychoanalyse nichtsdestotrotz – von Freud bis heute – ein normativ heterosexuelles Ideal komplementärer Geschlechtlichkeit, das vom Phallus als dem exklusiven Zeichen des Begehrens beherrscht wird. Um die Norm der Heterosexualität sowie die binär-hierarchisch etablierten Geschlechtskategorien anzufechten, ist es deshalb notwendig, die für die Psychoanalyse zentralen Prozesse der Identifizierung und des Begehrens einer kritischen Revision zu unterziehen.² Denn diese sind es, mittels derer sich Geschlechtsidentität und Heterosexualität psycho-sozial ausbilden.³

Die Psychoanalyse bedient sich des antiken Ödipus-Mythos, um die Prozesse der Identifizierung und des Begehrens zu erklären und zu zeigen, wie sie zur Ausbildung männlicher und weiblicher Geschlechtsidentitäten und heterosexuellen Begehrens beitragen. Gerade weil auf diese Weise sowohl eine hierarchische Geschlechterdifferenz als auch ein normativ heterosexuelles Begehren begründet und festgeschrieben worden ist, hat der Ödipuskomplex vehemente Kritik von feministischer als auch von queerer Seite erfahren.⁴ Auf Grund seiner zentralen Bedeutung für die Ausbildung der Geschlechterdifferenz erfolgen jedoch auch feministische und queere Aneignungen der Psychoanalyse, wie ich unten zeige, oft über Relektüren des Ödipuskomplexes. Im Rahmen dieses Textes möchte ich fragen,

welche Potenziale der Ödipus birgt, die durch die Ausrichtung an einem heterosexuellen Entwicklungsideal zunichte gemacht worden sind, die sich aber im Sinne einer queeren Theorie des Begehrens reaktivieren ließen.

Lässt sich Identifizierung so denken, dass sie Menschen nicht auf stabile Identitäten oder eine Kohärenz körperlicher, sozialer und psychischer Lebensweisen festschreibt? Lassen

Szenarien des Begehrens

Post-ödipale Begehrenstheorien aus queer-theoretischer Perspektive

Antke Engel

sich Identifizierung und Begehren so voneinander entkoppeln, dass Begehren nicht an vorgängige Identifizierungen gebunden ist, und dass Identifizierungen nicht in einem bestimmten Begehren resultieren? Eben diesen Fragen hat sich Judith Butler bereits in *Gender Trouble* (1990) und *Bodies that Matter* (1993) in ihren Auseinandersetzungen mit freudscher und lacanscher Psychoanalyse gewidmet.⁵ Den Ödipus arbeitet sie entsprechend um, so dass die Kastration für beide Geschlechter als „Drohung“ fungiert, während sie bei Freud im Falle des Mädchens als „Tatsache“ bezeichnet wird.⁶ Die Dominanz

1) Auch wenn für Freud die psycho-soziale Entwicklung auf dem „anatomischen Geschlechtsunterschied“ aufsitzt, gilt doch sein ganzes Interesse den diversen Entwicklungsmöglichkeiten, die hieraus resultieren und die oft gar nicht, unvollständig oder nur auf Umwegen ausbilden, was Freud eine „normale“, heterosexuelle Weiblichkeit oder Männlichkeit nennt; vgl. Freud, Sigmund: Einige psychische Folgen des anatomischen Geschlechtsunterschieds [1925], in: *Studienausgabe* Bd.V: Frankfurt/M. (Fischer) 1982: 253-266. In: Über die Psychogenese eines Falls von weiblicher Homosexualität [1920], in: *Studienausgabe* Bd. VII: Zwang, Paranoia und Perversion, Frankfurt/M. (Fischer) 1982: 271-306, S. 300 betont er, dass somatische Geschlechtscharaktere, psychische Einstellungen und Objektwahl in keiner notwendigen Verbindung zueinander stehen, und diverse, auch widersprüchliche Kombinationen ausbilden – was an das queere feministische Argument zur Kontingenz von sex, gender und desire erinnert.

2) Der Begriff des Begehrens kommt über Jacques Lacan ins Spiel; Freud selbst benutzt unterschiedliche Begriffe wie sexueller Wunsch, leidenschaftliche Liebe oder verliebte Streben, um die affektive Besetzung eines

(gegengeschlechtlichen) Liebesobjekts zu bezeichnen.

3) Vgl. Lacan, Jacques: Die Bedeutung des Phallus [1958], a. d. Franz. v. Chantal Creusot, Norbert Haas, Samuel M. Weber, in: *Schriften II*, Weinheim / Berlin (Quadriga) 1991³: 120-132; Butler, Judith: *Körper von Gewicht. Die diskursiven Grenzen des Geschlechts* [1993]. A. d. Amerik. v. Karin Wördemann, Berlin (Berlin Verlag) 1995; Lauretis, Teresa de: *Die andere Szene. Psychoanalyse und lesbische Sexualität* [1994]. A. d. Amerik. v. Karin Wördemann, Berlin (Berlin Verlag) 1996.; Koschorke, Albrecht: Die Figur des Dritten bei Freud und Girard, in: Kraß, Andreas /Tischel, Alexandra (Hg.): *Bündnis und Begehren. Ein Symposium über die Liebe*, Berlin (Erich Schmidt) 2002: 23-34.

4) Vgl. u.a. Irigaray, Luce: *Speculum. Spiegel des anderen Geschlechts*. Frankfurt/M. (Suhrkamp) 1980; Mitchel, Juliet: *Psychoanalysis and Feminism*, London (Penguin) 1990; Butler a. a. O.; Lauretis aaO; Fuss, Diana: Freud's Fallen Women: Identification, Desire, and „A Case of Homosexuality in a Woman“, in: Warner, Michael (ed.): *Fear of a Queer Planet. Queer Politics and Social Theory*, Minneapolis 1993: 42-68; Grosz, Elizabeth: Refiguring

Lesbian Desire, in: Doan, Laura (ed.): *The Lesbian Postmodern*, New York (Columbia UP) 1994: 67-84; Probyn, Elspeth: *Outside Belongings*, London / New York (Routledge) 1996; Schmiechel, Stevie: *Contesting the Oedipal Legacy. Deleuzian vs Psychoanalytic Feminist Critical Theory*, Münster (LIT) 2004; Silverman, Kaja: *The Threshold of the Visible World*, London / New York (Routledge) 1996.

5) Bezüglich Freud interessiert sich Butler vor allem für den Prozess melancholischer Verwerfung gleichgeschlechtlicher Liebesobjekte, den sie als zentral für die Herausbildung einer heterosexuellen Geschlechtsidentität ansieht; vgl. Butler Judith: *Das Unbehagen der Geschlechter* [1990]. A. d. Amerik. v. Kathrina Menke:, Frankfurt/M. (Suhrkamp) 1991: 93. ff.; dies.: *The Psychic Life of Power, Stanford (Stanford UP) 1997: 167 ff.* An Lacan kritisiert Butler, dass seine Theorie der symbolischen Ausdifferenzierung von Geschlecht letztlich doch auf einem biologistisch fundierten morphologischem Imaginären aufsitzt, das durch den Penis organisiert ist; vgl. Butler: *Körper von Gewicht*, aaO, 131ff..

6) Freud, S.: Über die weibliche Sexualität [1931], *Studienausgabe* Bd.V: Frankfurt/M. (Fischer) 1982: 273-292.

des Phallus bleibt hierbei allerdings bestehen, auch wenn sein maskulines Monopol gebrochen wird. Hingegen bieten Butlers jüngere Überlegungen zur postödpalen Triangulierung, die sie im Anschluss an Jessica Benjamin entwickelt, ein Verständnis von Identifizierung und Begehren an, das sich nicht am Phallus abarbeitet und die Rückbindung an eine heteronormative Ordnung unterläuft.⁷ Hierbei stehen multiple Identifizierungsprozesse im Vordergrund, die die des „Anderen im Selbst“ und die unhintergehbare „Andersheit des Anderen“ einbeziehen. Derartige Identifizierungen mit *the Other and Others of the Other*, wie es sich im Englischen geschlechtsneutral ausdrücken lässt, motivieren ein Begehren, das sich nicht als Subjekt/Objekt-Dynamik entfaltet, sondern sich um ein „Drittes“ dreht. Die lässt sich nicht auf die Einheitsfigur Phallus reduzieren, sondern bliebe als Begegnung der *Others of the Other* dynamisch und unkalkulierbar. Es wird Im Folgenden darum gehen, inwiefern eine solche post-ödpale Triangulierung des Begehrens dazu beiträgt, heteronormative Vorannahmen und komplementäre, binäre Geschlechterkonstrukte aufzubrechen. Dies ist sowohl als queerer Beitrag zur Umarbeitung psychoanalytischer Theorie zu verstehen als auch als Theoretisierung queerer Begehrenspraxen und Beziehungsverhältnisse.

Identifizierung und Begehren

Identifizierung und Begehren sind zwei miteinander verwobene Prozesse, mittels derer sich Subjektivität als „Subjektivität in Beziehung“ ausbildet.⁸ Schematisch gesprochen steht Identifizierung hierbei für die Ausbildung des Selbst (respektive Geschlechtsidentität) und Begehren für die Bezüge zu Anderen und zur Differenz (respektive Geschlechterdifferenz). Wobei genau diese Trennung durch die Annahme in Frage gestellt wird, dass sich ein Selbst nur in Beziehung zu Anderen ausbildet – und die Anderen somit als Spuren ins Selbst eingearbeitet werden. Identifizierung stellt demnach nicht nur Identität, sondern Bezüge zu Anderen her, und Begehren gestaltet nicht nur Formen der Relationalität, sondern konstituiert Subjektivität. Unter dem Einfluss poststrukturalistischen Denkens und politischer (nicht zuletzt feministischer) Identitätskritik ist darüber hinaus das Entwicklungsideal einer stabilen, kohärenten (Geschlechts-) Identität in Frage gestellt worden. Denn Identität sei nur über ein suprematistisches Verhältnis zur Differenz, das aneignet und unterwirft oder ausschließt und verwirft, zu erreichen.⁹ Wie also könnte sich

eine Subjektivität entwickeln, die Differenz als Andersheit im Selbst und als unhintergehbare Andersheit de_10 Anderen anzuerkennen vermag?

Im psychoanalytischen Denken ist der Spiegel eine entscheidende Metapher, um Identifizierungsprozesse zu thematisieren.¹¹ Doch steht die Spiegelmetapher nicht für eine Reflexion dessen, was sich vor dem Spiegel befindet, sondern für die reflektierende Kraft des Anderen. Das eigene Spiegelbild konfrontiert einen mit Bildern und Phantasien, in die sowohl Bilder von anderen einfließen, die im Rahmen psychischer Identifizierungsprozesse in die eigene Subjektivität aufgenommen worden sind (Imago), als auch Bilder des Anderen – idealisierte kulturelle Vorstellungen „männlicher“ und „weiblicher“ KörperSubjektivität sowie deren „Rückseite“, die Horrorvisionen und Ängste verfehlter Körperlichkeit oder Geschlechtlichkeit. Wenn Identifizierung also heißt, sich in anderen zu spiegeln, so bedeutet dies nicht einfach in Kontakt und Interaktion mit anderen zu stehen, sondern immer zugleich auch Bildern d_ Anderen zu begegnen. Diese bildgestützte Dimension der Interaktion kann das Phantasma eines kohärenten Selbst begründen, wenn sich das Bild zur Idealisierung und narzisstischen Selbstbestätigung eignet, trägt aber auch das Potential sich dem zu stellen, was Butler das ek-statische Selbst nennt: „outside itself, not self-identical, differentiated from the start. It is the self over here who considers its reflection over there, but is equally over there, reflected and reflecting. (...) devided and spanned in irrecoverable ways.“¹² Wenn jedes Selbst sich selbst anders ist, dann sind Prozesse der Identifizierung immer auch von der Andersheit d_ Anderen bestimmt, von dem, was durch Symbolisierungen nicht erfasst, aber als Unbewusstes wirksam wird. Was bedeutet dies hinsichtlich der Begehrensrelationen, die ebenfalls Geschehnisse sind, in denen vielfältige und spannungsreiche Bilder, Phantasien und Praxen verkörperter Andersheiten aufeinandertreffen? Wie können Ängste und Abwehrreaktionen, Ausschlüsse und Verwerfungen, die diejenigen (eigenen) Andersheiten treffen, die kulturelle Normen verfehlen oder der Idealisierung widersprechen, in Wertschätzung übersetzt und als eben solche, nicht als Inkarnation des Horrors, in die Dynamiken des Begehrens eintreten.¹³ Inwiefern bietet Benjamins Verständnis des Begehrens als einem Geschehen, das sich um ein „Drittes“ dreht und in dem die verschiedenen „Others of the Other“ aufeinandertreffen, Möglichkeiten, diese sozialen Wertigkeiten und

7) Butler, Judith: *Longing for Recognition*, in: *Undoing Gender*, London / New York (Routledge) 2004: 131-151; Benjamin, Jessica: *Der Schatten des Anderen. Intersubjektivität, Gender, Psychoanalyse* [1998]. A. d. Amerik. v. Irmgard Hölscher. Frankfurt/M./ Basel (Stroemfeld) 2002.
 8) Diese Aussage lässt sich als Zuspitzung des Ödipus interpretieren, der die geschlechtliche Subjektivität als Ergebnis eines triadischen Beziehungsgeschehen von Liebe und Rivalität zwischen Mutter, Kind und Vater versteht, wird aber von Benjamin als intersubjektive Theorie der Anerkennung, von Butler als performative Materialisierung sozialer Geschlechternormen, und von Lacan als Eintritt in die symbolische Ordnung generalisiert.
 9) Butler aaO; Silverman aaO; Benjamin aaO

Bei Freud hingegen wird die Kohärenzforderung als Entwicklungsideal präsentiert, in welchem die Lust in den Dienst der Fortpflanzungsfunktion getreten ist, was aber bedeutet, das die zuvor unverknüpften Partialtriebe, der Autoerotismus, die polymorph perverse Anlage und die allumfassenden Identifizierungen dem Primat einer einzigen erogenen Zone unterzuordnen seien; vgl Freud: *Drei Abhandlungen zur Sexualtheorie* [1905], in: *Studienausgabe* Bd.V, Frankfurt/M. (Fischer) 1982: 37-145.
 10) Der Unterstrich, im Wort (Andere_r, Freund_in) oder statt eines Pronomens (d_), ist im Kontext der Transgender-Bewegung eingeführt worden, um sprachliche Geschlechtmarkierungen, die eine ausschließliche Alternative von männlich oder weiblich suggerieren (zB die/der Andere, FreundIn) durch eine

aufgeschobene, unterbrochene, kontinuierliche Vorstellung von Geschlecht zu ersetzen. Vgl Herrmann, Steffen Kitty: *Performing the Gap – Queere Gestalten und geschlechtliche Aneignung*, auf: <http://www.gendekiller.de/wissen%20neu/texte%20queer%20kitty.htm>, letzter Zugriff: 19.09.06.
 11) Lacan, Jacques: *Das Spiegelstadium als Bildner der Ichfunktion* [1949], in *ders.: Schriften I*, hg. v. Norbert Haas, a. d. Franz. v. Peter Stehlin, Weinheim / Berlin (Quadrige) 1991³: 61-70
 12) *Longing*, aaO: 148.
 13) Vgl Silverman aaO; Garland Thomson, Rosemary: *Theorizing Disability*. In: Goldberg, David Theo / Quayson, Ato: *Relocating Postcolonialism*, Oxford, UK / Malden (Blackwell) 2002: 231-269.

Hierarchien, die sich mitnichten nur auf Geschlecht und Sexualität beziehen, umzuarbeiten?

Geschlechterdifferenz – Ödipus ganz im Privaten

Meine bisherige Darstellung beruht auf der Annahme, dass die psycho-soziale Konstituierung von Subjektivität durch Prozesse der Identifizierung und des Begehrens entlang aller möglichen Formen von Differenz erfolgen kann. Die Psychoanalyse sieht jedoch die Geschlechterdifferenz als paradigmatische Form der Differenz und als unhintergebares Moment der Ausbildung von Subjektivität an. Die Binarität erscheint nicht als Effekt, sondern als Grundlage der Differenzierungsprozesse. Diese Bevorzugung der Geschlechterdifferenz gegenüber allen anderen sozialen Differenzen verdeutlicht die Ausrichtung der Psychoanalyse auf die Konstellation der bürgerlichen Kleinfamilie. Insofern die entscheidenden Schritte der Subjektkonstituierung in den ersten Lebensjahren angesiedelt werden, kann diese als primär innerfamiliärer Prozess verstanden werden. Sexualität und Geschlecht erscheinen als vor-gesellschaftliche, sozusagen „private“ Angelegenheiten. Weder muss reflektiert werden, inwiefern deren normativ heterosexuelle Form dem Funktionieren der bürgerlichen Familie dient, indem sie Geschlechterhierarchie und elterliche Dominanz reproduziert. Noch inwiefern das Gebilde der bürgerlichen Familie nur durch die entwertende Abgrenzung von kolonialen oder proletarischen Anderen als Keimzelle des Staates und Bedingung von Kultur idealisiert werden kann.¹⁴

Die strukturbildende Erzählung, auf die hierbei zurückgegriffen wird, ist der Ödipus-Mythos. Für Freud bezeichnet der Ödipuskomplex den psycho-sozialen Prozess menschlicher Entwicklung, in dem die ursprünglich „identifikatorische Liebe“, die die bewunderten (elterlichen) Anderen auf narzisstische Weise als Teil des Selbst auffasst, in so genannte „Objektliebe“ und später in Begehren übersetzt wird. Dies ist ein Prozess, in dem d_ Andere zum Anderen und das Selbst zu einer getrennten Einheit werden, und in dem sich – so die normative Forderung – eine stabile Geschlechtsidentität auszubilden habe, um das geforderte heterosexuelle, reproduktive Begehren zu sichern, das zugleich immer schon vorausgesetzt wird. Denn die ganze Erzählung strukturiert sich um einen angeblich sexuellen Wunsch des Sohnes nach seiner Mutter, über den er in eine Rivalitätsbeziehung mit dem Vater gerät, der diesen Wunsch qua seiner Autorität und im Rückgriff auf ein äußeres Gesetz verbietet und mittels der Kastrationsdrohung durchsetzt. Zum Trost für das Aufgeben des Wunsches wird dem Sohn die Identifizierung mit dem Vater angeboten.

Dies beinhaltet das Versprechen, ebenfalls über die Autorität des Phallus zu verfügen und diesen zu nutzen, um den sexuellen Wunsch nach der Mutter in eine heterosexuelle Objektwahl zu übersetzen.

Die Tochter mag wohl auch einen sexuellen Wunsch nach der Mutter hegen, doch da sie nicht über den Penis verfügt, der ihr als Phallus den Zugang zur Mutter versprechen würde, gilt sie nicht als Rivalin des Vaters und dieser braucht sich auch nicht die Mühe zu machen, sie mit Kastration zu bedrohen. Ihr bleibt nur der Penisneid, und soll dieser nicht in einen Maskulinitätskomplex münden, muss sie sich von der Mutter ab und dem Vater zuzuwenden, in der Hoffnung dieser möge sie zu einem begehrten Objekt erklären und ihr, statt eines Penis zumindest ein Kind schenken. Der Ödipus prägt sich bei ihr, so Freuds Ideal, nicht als Rivalität um das Zeichen des Begehrens und den Zugang zum Objekt des Begehrens aus, sondern als passive Erwartung an den Vater. Wird diese frustriert, so der Vater dem Inzestverbot gehorcht, sollte die Tochter ihre Objektwahl bereitwillig auf einen anderen Penisträger umlenken. Die hierarchische Geschlechterdifferenz ist sicher gestellt – solange die heterosexuelle Komplementärnorm anerkannt bleibt.

Potenziale des Ödipus

Worin liegen nun die Potenziale dieser Erzählung, die mittels diverser Drohungen, Tabus und Nahelegungen die Identifizierung gleichgeschlechtlich verengt, heterosexuelle Objektwahl erzwingt, homosexuelle Wünsche negiert und den Inzestwunsch nicht etwa den Eltern sondern den Kindern unterstellt – kurzum, in ihrer normativen Form dazu dient, Machtverhältnisse und Hierarchien zu sichern? Ein entscheidendes Potenzial liegt darin, dass die Ödipuserzählung die Geschlechtsidentität nicht voraussetzt, sondern als Ergebnis eines Entwicklungsprozesses ansieht, während dessen Identifizierungen geleistet, bearbeitet und gegebenenfalls wieder abgelegt werden müssen.¹⁵ Entsprechend schlägt Benjamin vor, die Vielfalt und Inklusivität präödipler Identifizierungen (*overinclusiveness*), gemäß derer zB auch die Identifizierung mit dem einen die Liebe zum anderen Elternteil nicht ausschließe, post-ödiplal zu reaktivieren.¹⁶ „Die postödiplale Wiederherstellung der allumfassenden Position macht es auch möglich, verschiedene sexuelle Positionen mit derselben Erzählung [vom Selbst, ae] auszudrücken, ohne die Psyche zu gefährden, das heißt, sie gestattet eine Art Vielfalt in bezug auf das Geschlecht.“¹⁷ In diesem Kontext wird ein weiteres Potenzial des Ödipus deutlich, nämlich die Tatsache, dass

14) Vgl Rubin, Gayle: *The Traffic in Women. Notes on the 'Political Economy' of Sex*, in: Reiter, Rayna R.(ed.): *Toward an Anthropology of Women*, NewYork 1975: 157-210; Alexander, Jacqui M.: *Erotic Autonomy as a Politics of Decolonization. An Anatomy of Feminist and State Practice in the Bahamas Tourist Economy*, in: dies. / Chandra Talpade Mohanty (eds.): *Feminist Genealogies, Colonial Legacies, Democratic Futures*, London / New York (Routledge) 1997: 63-100.
15) Auch für Freud ist die präödiplale Situation verwickelt: „Der Knabe will auch als Liebesobjekt des Vaters die Mutter ersetzen [Identifizierung mit der Mutter, ae]. (...) Wir kennen [beim Knaben, ae] eine Identifizierung mit dem Vater

zärtlicher Natur. (...) Die Mutter war anfänglich beiden das erste Objekt (...) wie kommt das Mädchen dazu, es aufzugeben ...?“, in: Einige psychische Folgen, aaO: 254. Identifizierung und Begehren können sich zunächst auf beide Elternteile richten und Freud präsentiert uns „die Annahme, daß im Seelenleben nichts, was einmal gebildet wurde, untergehen kann, daß alles irgendwie erhalten bleibt, und unter geeigneten Umständen (...) wieder zum Vorschein gebracht werden kann (S 201); ders: *Das Unbehagen in der Kultur* [1930], in: *Studienausgabe* Bd IX: Frankfurt/M. (Fischer) 1982: 191-270.
16) Postödiplal heißt, dass die Logik wechselseitiger Ausschließung und polarisierter

Identitäten, die den Ödipus charakterisiert, in einem nächsten Schritt überwunden und in geschlechtliche Vielfalt und Komplexität des Begehrens überführt wird; vgl Benjamin aaO: 82ff.
17) Benjamin aaO: 95f. Vgl a. die komplexen Identifizierungen bei Lee, Joon Oluchi: *The Joy of the Castrated Boy*, in: *Social Text* vol. 84-85, nos. 3-4, 2005: 45-56: „I have always considered myself to be a castrated boy and learned to be happy in that state because that was the only way I could live my life as the girl I knew myself to be.“; ebd: 37. „In the end, the joy of the castrated boy is that which he initially dreaded: to be mistaken for someone that you are.“; ebd: 53.

Hauser

FHStG

Fachhochschul-Studiengesetz

Kommentar, 4. Auflage; Stand 1. 7. 2006
2006, 372 Seiten, geb., 3-7046-4922-8, € 68,-

- Anwendungsbereich, Erhalter, Ziele und leitende Grundsätze von Fachhochschul-Studiengängen
- Studierende, akademische Grade
- Fachhochschulrat (Aufgaben, Zusammensetzung etc.)
- Anerkennung eines Studienganges (Antragstellung, Erlöschen etc.)
- Bezeichnung "Fachhochschule"
- Fachhochschulkollegium
- Schluss- und Übergangsbestimmungen
- Aktuelle Novelle 2006



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



das liebende Verhältnis zur Mutter keine Geschlechtsidentität voraussetzt – das heißt, dass es genau genommen präödi- pal weder als gleich- noch als gegengeschlechtlich bezeichnet werden kann.¹⁸ Verbleibt man in der (eigentlich erst postödi- pal plausiblen) Annahme, dass Mutter und Tochter gleichen Geschlechts sind, so wäre homosexuelles Begehren genauso naheliegend wie heterosexuelles.¹⁹ Bzw allen Kindern, gleich welcher Geschlechtlichkeit, wäre der sexuelle Wunsch nach der Mutter verboten, würde das Inzestverbot ohne heterose- xuelle Prämisse gelesen. Die Notwendigkeit einer Triangu- lierung wird tatsächlich allen Kindern verordnet. Insofern hierbei die zuvor identifikatorische Liebe auf einen Dritten und ein Moment der Differenz hin erweitert wird, liegt in der Triangulierung ein weiteres Potenzial des Ödipuskom- plexes; zumindest, wenn die ursprüngliche Liebesbeziehung nicht verworfen wird, was die Triade letztlich wieder auf eine Dyade verkürzen würde.²⁰ Und schlussendlich forciert der Ödipuskomplex ein Verständnis vom Begehren, das nicht ans Objekt gebundene Bedürfnisbefriedigung ist, sondern an

die Phantasie und ans Zeichen gebundene Wunscherfüllung: Fetische oder andere Zeichen des Begehrens wie der Phallus reaktivieren in postödi- palen, sozial gelebten Begehrensrela- tionen prä-ödi- pale Identifizierungen und Lieben. Diese über Zeichen, Bilder und Phantasien vermittelte Form der Triangu- lierung, eröffnet verschiedene Möglichkeiten, die Norm der Heterosexualität zu untergraben.

Re-reading the Oedipus

Teresa de Lauretis Konzept eines „fetischistischen Begeh- rens in geteilten Phantasieszenarien“ und Butlers Vorschlag eines „lesbischen Phallus“ bieten entsprechende Relektüren freudscher und lacanscher Psychoanalyse. Sie fechten die he- terosexuelle Komplementarität an, indem sie für Frauen und Lesben ein aktives Begehren und den Status sexueller Sub- jekte reklamieren.²¹ Dies gelingt beiden durch Umarbeiten des Kastrationskomplexes: Während Butler einen parallelen Prozess für Jungen und Mädchen statuiert, dem gemäß eine geschlechtlich differenzierte Drohung „kastriert zu werden“

18) „Auf der Stufe der prägenitalen sadi- stisch-analen Organisation ist von männlich und weiblich noch nicht zu reden, der Gegen- satz von *aktiv* und *passiv* ist der herrschende.“ (241) in: Freud: Die infantile Genitalorganisa- tion [1923], in: *Studienausgabe* Bd. V, Frank- furt/M. (Fischer) 1982: 235-241.
19) Nur weil die Liebe der Tochter zur Mut- ter, anders als beim Sohn, nicht als sexueller Wunsch gilt, kann Freud unterstellen, dass es

kein aktives weibliches Begehren gäbe. Dass die Tochter nicht in Rivalität zum Vater treten könne, ist nur dann plausibel, wenn eine he- terosexuelle Prämisse gesetzt und lesbisches Begehren als Imitation des Vaters (Maskuli- nitätskomplex) heterosexualisiert oder als Identifizierung mit der Mutter (Verharren in präödi- paler Symbiose) entsexualisiert wird.
20) Ein Argument, das Koschorke aaO stark macht, wenn er hervorhebt, dass sich der

Ödipus auf eine Rivalitätsbeziehung zwischen Vater und Sohn reduziert, die die Mutter zum Verschwinden bringt.
21) Lauretis aaO; Butler: *Körper von Gewicht*, aaO Für eine ausführliche Diskussion dieser An- sätze vgl Engel Antke: *Wider die Eindeutigkeit. Sexualität und Geschlecht im Fokus queerer Politik der Repräsentation*, Frankfurt/M. (Cam- pus) 2002, darin: 161-180.

oder „nicht kastriert zu sein“ die äquivalente Funktion hat, eine eindeutige Geschlechtsidentität zu erzwingen²², bezweifelt Lauretis, dass die Kastrationsdrohung für Mädchen irrelevant sei bzw sie nichts zu verlieren hätten: Statt des Verlust des Penis drohe ihnen der Verlust einer weiblichen Körper-Imago, die den eigenen Körper und den der Mutter begehrenswert erscheinen lässt. Die Konfrontation mit der Macht des Phallus im ödipalen Szenario gehe, so Lauretis, für den Jungen mit der narzisstischen Besetzung seiner eigenen Körper-Imago einher, während sie für das Mädchen eine Entwertung mit sich bringt. Die Hinwendung zum Vater auf Grund der ‚Minderwertigkeit‘ der Mutter, der es am Phallus mangle, bedeutet für das Mädchen nicht nur den Verlust des ersten Begehrensobjekts, sondern erfordert den Verzicht auf ein „libidinally invested body-image, a feminine body that can be narcissistically loved“ (Lauretis 1995, 262). Die Zeichen, die es erlauben, dieser Verdoppelung des Verlusts zu begegnen und ein aktives Begehren von Frauen für einen Frauenkörper zu repräsentieren, bezeichnet Lauretis als Fetische.

„Der Fetisch signifiziert ihr Begehren und ist zugleich das, was die Geliebte an ihr begehrt. Der Fetisch ist zum einen ein imaginäres oder phantasmatisches ‚Objekt‘ (...), dessen erotische Bedeutung sich aus seiner Plazierung in einem subjektiven Phantasieszenarium ableitet; und zum anderen ein symbolisches Objekt, dessen Bedeutung aus einem soziohistorischen Kontext kultureller und subkultureller Diskurse und Repräsentationen stammt. Kurz gesagt, der lesbische Fetisch ist jedes Objekt, jedes beliebige Zeichen, das die Differenz und das Begehren zwischen den Liebenden markiert.“²³

Fetische erfüllen die gleiche Funktion wie der Phallus, nämlich den Verlust des Primärobjekts zurückzuweisen und das Begehren auf sekundäre Liebesobjekte umzuleiten. Damit ist der Phallus ein Fetisch, ohne dass der Fetisch ein Phallus wäre. In ähnlicher Weise bricht auch Butlers „lesbischer Phallus“ das maskulinistische Monopol des Begehrens. Indem die symbolische Bindung an den Penis gelöst wird, die, so Lacan, Frauen auf die Position des Phallus-Seins und Männer die des Phallus-Habens verweist, kann der Phallus mobilisiert und die heterosexistische Binarität gebrochen werden. Dies gelingt Butler, indem sie Lacans Behauptung aufgreift, dass der Phallus kein Organ, sondern ein Zeichen ist: Er symbolisiere den Penis, aber insofern er ihn symbolisiert, falle er eben gerade nicht mit dem Penis in eins. „Die Realisierbarkeit des lesbischen Phallus hängt von dieser Verschiebung ab.“ (Butler 1995, 118). Wenn der Phallus eine Idealisierung ist, der sowie so kein Körper gerecht wird, kann der lesbische Phallus für Frauen/Lesben die Position des Phallus-Habens reklamieren, indem dieses Haben als eines verstanden wird, das durch alle möglichen Körperteile, Fetische oder diskursiven Praktiken symbolisiert ist.

„Der phantasmatische Status des ‚Habens‘ wird neu umrissen, wird übertragbar, ersetzbar und frei beweglich gemacht.“ (Butler 1995, 124). Das Phallus-Haben als privilegierte Position der symbolischen Ordnung ist damit jedoch nicht in Frage gestellt. Deshalb bedeutet diese Figur zwar eine Entprivilegierung des Penis, nicht aber, wie Butler behauptet, eine Entprivilegierung des Phallus. Im Gegensatz dazu versucht Lauretis mit ihrem Konzept fetischistischen Begehrens explizit eine Aufwertung der sozio-kulturell abgewerteten weiblichen Position, zahlt dafür allerdings den Preis, die Markierung bestimmter Körper als „Frauen“körper zu wiederholen und auch maskuline Fetische in lesbischen Subkulturen dem Programm der Rückgewinnung einer weiblichen Körper-Imago zu unterwerfen. Beide Problematiken lassen sich mit Butlers jüngeren Überlegungen in „Longing for Recognition“ (2004) umgehen.

Triangulierung als die Begegnung der Others of the Other

„I’d like to suggest that a triadic structure of thinking about desire has implications for thinking gender beyond complementarity and reducing the risk of heterosexist bias implied by the doctrine of complementarity.“²⁴

Butler unterstützt Benjamins Vorhaben, das Begehren „triadisch“ zu denken: nicht als etwas, das von einem Subjekt ausgeht und sich auf ein Objekt richtet, sondern als etwas, das immer für alle Beteiligten um ein „Drittes“ herum organisiert ist. Benjamin möchte hiermit Begehren als soziale Anerkennungspraxis zu verstehen, die Machtdifferenzen in den Geschlechterverhältnissen anfrucht und eine Wechselseitigkeit schafft, die eben gerade keine komplementäre Ergänzung ist. Diesbezüglich gelte es die Anderen nicht allein als „psychische Objekte“, sondern als „externe Andere“ wahrzunehmen, die unsere Erwartungen und Projektionen unterlaufen. Wenn es gelingt, das unentscheidbare und teilweise verunsichernde Changieren zwischen psychischen Objekt (Bild/Imago) und dem Anderen in seiner ihrer Andersheit in Begehren münden zu lassen, so deshalb, weil ein Drittes vermittelt: „The Third is not the concrete Other, who solicits desire, but the Other of the Other who (or which) engages, motivates, and exceeds a relation of desire at the same time that it constitutes it essentially.“²⁵

Das Konzept des „Dritten“ greift die Triangulierung als einem zentralen Moment des Ödipus auf, insofern die ursprünglich identifikatorische Liebe durch ein Moment der Differenz aufgebrochen und durch eine Verschiebung in Begehren übersetzt wird. Benjamin interpretiert dies jedoch – die familiäre Triade überschreitend – als einen Prozess, in dem der ödipale Widerstreit zwischen Liebe und Zerstörungswunsch überwunden und in eine produktive Spannung zwischen Kontakt und Selbstbehauptung übersetzt werden kann. Für Butler ist dies interessant, weil die „Andersheit des Anderen“ wahrgenom-

22) Wenn, so Butler, kastriert sein innerhalb der dominanten Ordnung als Definition von Weiblichkeit gilt, hieße nicht kastriert sein also, „kein richtiges Mädchen“ zu sein. Die Angst des Jungen wäre, seine Männlichkeit, die des Mädchens, ihre Weiblichkeit zu verlieren – was beide bewegt, einer eindeutigen Positionierung in einer rigide zweigeschlechtlichen Ordnung nachzueifern. Damit löst Butler die Asymmetrie des Penis-Habens oder Nicht(s)-Habens

(Kastrationsangst oder Penisneid) zugunsten einer für Jungen und Mädchen parallelen Konstruktion auf, die auf den Mechanismus, nicht das Objekt der Kastration ausgerichtet ist. Die Kastrationsdrohungen werden in der dominant heterosexuellen Ordnung durch zwei Schreckfiguren verkörpert: den ‚verweiblichten‘ (sprich, kastrierten) Schwulen (fag) und die ‚phallische‘ (sprich, nicht kastrierte) Lesbe (dyke).. Somit beruht die heterosexuelle Ord-

nung auf homophoben Klischees: zwei nicht artikulierten, aber als impliziten Umrissen wirkungsmächtigen Figuren verwerflicher Homosexualität; vgl Butler: *Körper von Gewicht*, aaO 134f.

23) Lauretis aaO: 199; Übers. leicht geändert.

24) Butler aaO: 135.

25) Ebd.

men und das Subjekt seiner Verunsicherung ausgesetzt wird.²⁶ Ihre Kritik an Benjamin setzt dort an, wo die Figur des Dritten das Transzendieren sozialer Macht- und Gewaltverhältnisse verspricht. Während bei Benjamin das Dritte die Funktion hat, eine ideale Wechselseitigkeit zwischen zwei Partner_innen zu schaffen, möchte Butler die Konstellation ambivalenter formulieren, um die Ausschlüsse und Verwerfungen im Umgang mit Andersheit als ein zwar nicht erstrebenswertes, aber dennoch konstitutives Moment des Begehrens wahrnehmen zu können. Sie ist skeptisch bezüglich Benjamins Idealisierung, die sich in Formulierungen wie: „the music of the third to which both partners attune“ und „both partners in a pattern of excitement“ ausdrückt.²⁷ Das Dritte könne durchaus auch ein Bild der Gewalt sein oder – im Falle nicht-normgerechter Sexualitäten – auch die gemeinsame Gebundenheit an Figuren des Verworfenen oder Monströsen.

Das Ideal der Wechselseitigkeit bewirke außerdem, dass die Triangulierung bei Benjamin letztendlich doch wieder in eine Dyade münde. Das Dritte interveniere eben gerade nicht als soziale_r Dritte_r, d_ der Gefahr unterliege, gewalt-sam ausgeschaltet zu werden. Um Benjamins Verständnis des Dritten als einer virtuellen Figur und einem quasi interpsychischen Geschehen zu kontern, interpretiert Butler „das Dritte“ als eine Triade, die ein soziales Geschehen darstellt: „If the ‚third‘ is redefined as the music or harmony of dialogic encounter, what happens to the other ‚thirds?‘ The child who interrupts the encounter, the former lover at the door or at the phone, the past that cannot be reversed, the future that cannot be contained, the unconscious itself as it rides the emergence of unanticipated circumstance?“ (145f.).

Das Dritte oder die Triade

Entscheidend ist für Butler, dass das Dritte das Potential habe, den „doppelten Narzissmus der Dyade“ zu brechen: „If relations are primarily dyadic, then I remain at the center of the Other’s desire, and narcissism is, by definition, satisfied. But if desire works through relays that are not always easy to trace, then who I am for the Other will be, by definition, at risk of displacement. Can one find the Other that one loves apart from all the Others who have come to lodge at the site of that Other?“ (146). Wenn innerhalb einer Identität unterschiedliche Identifizierungen nebeneinander existieren, von denen jeweils Begehren ausgehen und auf die sich Begehren richten kann, wird es höchst interessant, wenn die Begehren aller an einem Geschehen erotisch oder sexuell beteiligten Partner_innen ins Spiel kommen. Schon sobald nur eine der Partner_innen für sich selbst oder für d_ andere_n zwischen maskuliner

und femininer Geschlechtlichkeit changiert, lässt sich nicht mehr sicher sagen, ob das Begehren homo- oder heterosexuell ist. Was, wenn beide Partner_innen ihre Selbstverständnisse nicht mehr gemäß einer stabilen Zweigeschlechtlichkeit organisieren? Wenn Begehren sich nicht mehr nur entlang der Geschlechtlichkeit, sondern entlang diverser anderer sozialer Differenzierungen entfaltet? Was, wenn mehr als zwei Menschen an dem erotisch-sexuellen Geschehen beteiligt sind?²⁸ Dann entstehen komplexe Konstellationen, in denen es kein „wirkliches“ oder „authentisches“ alles erklärendes Begehren gibt, sondern eher Sequenzen, Gleichzeitigkeiten, Gegensätze und Widersprüche, die sich gegenseitig bestärken oder unterlaufen. Eine Natürlichkeit der Heterosexualität oder einer Begehrendyade lässt sich nicht länger behaupten.

„Moreover, when we consider that the relations by which we are defined are not dyadic, but always refer to a historical legacy and futural horizon that is not contained by the Other, but which constitutes something like the Other of the Other, then it seems to follow that who we ‚are‘ fundamentally is a subject in a temporal chain of desire that only occasionally and provisionally assumes the form of the dyad.“ (ebd: 151).

Die hier vorgestellten Prozesse der Identifizierung und des Begehrens setzen eine binäre Unterscheidung der Geschlechter weder voraus noch trachten sie, sie herzustellen. Diesbezüglich erweist sich der Ödipuskomplex als durchaus nützlich, insofern er eine Triangulierung propagiert. Wird auf deren heteronormative Verengung verzichtet, hebt die Triangulierung das Verhaftetsein an stabile (Geschlechts-) Identitäten auf und schafft in Begehrensrelationen Raum für das Andere im Selbst und die Andersheit de_ Anderen – ja, versteht *the Others of the Other* geradezu als Anreiz des Begehrens. Damit wird Begehren nicht nur für queere Identifizierungen geöffnet, sondern auch die Orientierung am symbiosegefährdeten, dem komplementären Ganzheitsideal verpflichteten Paar – sei es hetero oder homo – der Fragwürdigkeit ausgesetzt. Stattdessen können wir viel komplexere Prozesse der Identifikation und des Begehrens wahrnehmen, deren Lust aus ihrer Ausrichtung auf ein nicht-repräsentierbares Drittes entsteht.

Dr.ⁱⁿ Antke Engel ist Philosophin, freie Wissenschaftlerin und Leiterin des „Instituts für Queer Theory“ in Hamburg; bis 2005 Professur für Queer Studies an der Universität Hamburg. Weiterführende Lektüre: Antke Engel, Wider die Eindeutigkeit. Sexualität und Geschlecht im Fokus queerer Politik der Repräsentation (2002). antke.engel@ngi.de

26) Sie zieht eine Parallele zu Lacans mehrdeutiger Formulierung, dass das Begehren immer das Begehren des Anderen sei (*desire is the desire of the Other*). Auch hiermit werde eine dyadische Struktur des Begehrens in mehrfacher Hinsicht gebrochen: Zum einen, insofern Begehren immer wieder etwas Neues bzw die eigene Erneuerung suche, zum zweiten, insofern Begehren d_ Andere_n als sein generalisiertes Objekt sucht, und zum dritten, insofern Begehren d_ Andere_n als Subjekt des Begehrens anspricht; vgl ebd 137.

27) Benjamin zitiert nach Butler aaO: 135.

28) Ihre Thesen, dass unterschiedliche, auch

widersprüchliche Identifizierungen gleichzeitig existieren und sich in heterosexuellen Formationen homosexuelles Begehren artikulieren kann, verdeutlicht Butler anhand einer Dreiecksgeschichte: Die Liebe einer Frau zu zwei Männern löst eine Rivalitätsbeziehung aus, die der Frau schließlich erlaubt, beide zu Gunsten einer lesbischen Liebe zu verabschieden (ebd: 138f.). Irritierend ist allerdings, dass Butler zwar die diversen, auch widersprüchlichen (unbewussten) Phantasien betont, die die Dynamik womöglich antreiben, letztendlich aber doch ein Begehren beschreibt, dass sich ausschließlich entlang binärer Geschlechterkategorien organi-

siert. Die Beschreibung der Triade als sozialem Beziehungsgeschehen übersieht, dass das Begehren dank der multiplen Identifizierungen als eine für alle Beteiligten unverfügbare Begegnung der „Others of the Other“ erscheint. Soll die Kontingenz von Identifizierung und Begehren aufrecht erhalten werden, können nicht soziale Dritte für die das Dritte entstehen, das wirksam wird, wenn sich in unbewusste Phantasien in soziale Praxen umsetzen oder Eifersuchtsdramen, Trennungen oder Gruppensex zugleich soziale wie psychische Effekte bewirken, die dank der Beteiligung der *Others of the Other* den Beteiligten nicht transparent sind.

The long-haired Pythagoras is an unlikely figure after whom to name a new complex specific to common lawyers. He left no texts, engaged in no obviously dramatic acts of war, patricide or incest, and has been received obscurely through the often-apocryphal teachings of his followers, the neo-Pythagoreans.² Freud, it is true, mentions Pythagoras as the author of the theory that déjà vu is explicable in terms of previous lives but makes no other reference to this particular classical philosopher.³ He comes down to modernity as a fragmentary and shrouded image associated more often with the philosophy of music, a mathematical theorem, and an ascetic lifestyle than with any obvious juridical passion or legal bent.⁴

An absent classical figure, a lost origin or source of teachings, a contested oral tradition, however, should not be unfamiliar figures to common lawyers. They are not continentals, they are not Romanists, or so they claim, and their immemorial truths, their laws founded in a 'time beyond the memory of man', precisely do not rely on codes or texts or even the Christian form of scripture as norm. We will see, in other words, that the pagan Pythagoras and his school could well serve a double function within the politics of the early modern common law tradition to which epoch the complex must be traced. The civilians have their Oedipus complex, a textually specific literary figure of the law of the father, of the 'paternal solution', but common lawyers, the English Gauls, the inhabitants of Anglo-Gallia, have their own distinct and much older fiction of psychic origin and legal form.⁵ It distinguishes our tradition, the Anglophone mode of common law, from the foreign ways, the hotchpot and inkhorn behaviors of the continentals. It also, second function, allows for a different treatment in light of the waning of the figure of the father, the ending of the paternal solution.

The Pythagoras complex is characterized by three distinct traits. First, and most dramatically, the feature from which the complex draws its distinct identity, *metempsychosis* or belief in the transmigration of souls. This quasi-materialist belief asserts that the subject dies but the memory lives on. Specifically, the body decays but the soul departs and is reborn in another body, animal or human according to the different neo-Pythagorean sources. A second and more common characteristic derived from the first, is the belief in one's own law-making power, a delusion of grandeur, a phantasy that the subject has an initiate and unchallengeable access to the esoteric roots of the tradition. This feature of the complex is also sometimes termed *ipse dixitish*,⁶ a state in which the subject believes that whatever he or she says is

true and beautiful. This is so apodictically, despite and often contrary to appearances, and simply because he, 'the master', has said it. Finally, and as a somewhat recent discovery in relation to a complex that has in truth been named and around for half a millennium or more, it has been found not uncommon amongst sufferers to believe that the universe and social life are systems of numbers and simply need to be understood and explained according to their numeric characteristics.

Combined, with minor variations and extensions, these three characteristics together constitute the essential features of the Pythagoras complex, named, of course, in honour of the chimerical founder of philosophy, old *absconditus* himself. It is specifically a pre-Christian phenomenon and

The Pythagoras Complex

Respondeo etsi mutabor – I respond even though I have to change.¹

Peter Goodrich

perhaps we might venture not simply anti-Oedipal but pre-Oedipal as well. Ah, and how the common lawyers love their mothers, the certainties of maternity over the uncertainties and digressions of paternity. *Amor matris* is rooted in the mists of the immemorial, in the myth of mother Goddesses, of Boadicea, Elizabeth and Victoria, but that is another avenue of exploration, a separate bud, a different cog in the pagan machine, and the other face to which the Janus of common law is turned.⁷ To test this hypothesis I will begin by examining the history of the complex, the transmission of the Pythagorean doctrines within the common law world

1) The maxim is taken from Eugen Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution: Autobiography of Western Man* (Norwich, VT: Argo, 1938) at 741 et seq.

2) For the best of contemporary philological research and for a deeply informed philosophical argument, see Peter Kingsley, *Ancient Philosophy, Mystery, and Magic: Empedocles and the Pythagorean Tradition* (Oxford: OUP, 1995). Also important on the continuance of the Pythagorean tradition is Kathy Eden, *Friends Hold All Things in Common: Tradition, Intellectual Property, and the Adages of*

Erasmus (New Haven: Yale U.P., 2001). For a recent overview, see Christoph Riedweg, *Pythagoras: His Life, Teaching, and Influence* (Ithaca: Cornell U.P., 2005).

3) Sigmund Freud, 'Fausse Reconnaissance (Déjà Raconté) in Psychoanalytic Treatment', in Freud, *Collected Papers* (London: Hogarth, 1943) Vol. 2, p 336.

4) As for example in Pierre Riffard, *Les Philosophes: Vie intime* (Paris: PUF, 2004).

5) 'La solution paternelle' comes from Michel Tort, *Fin du dogme paternel* (Paris: Aubier, 2005).

6) The English variant on *ipse dixit* was coined by Coleridge. See Desiderius Erasmus, *Adages* [1508] (Toronto: Toronto U.P., 2001).

7) The principal reference here is John Selden, *Jani Anglorum facies altera* [1614] in Selden, *Tracts* (London: Basset, 1683). For commentary on this gynaecotopic treatise, see Goodrich, *Oedipus Lex: History, Psychoanalysis, Law* (Berkeley and L.A., California U.P., 1995).

and then move to address the distinctive characteristics of the condition as well as outlining possible treatments.

Lex Pythagorica

Start then with an etymology. Lord Chief Justice Fortescue, author of a highly influential Latin encomium in praise of the laws of England informs us very early in his treatise that the common lawyers are ‘sacerdotes’ or priests of the laws.⁸ His point is to refer an older tradition to a more novel and Oedipal Christian form: the Prince should learn that to fear God is the effect of the law: „The fear of the Lord remains for ever Holy. This fear is as a son’s for his father”, a filial fear by which we avoid pain.⁹ It is this fearful law that conveys the principle of the sacred, and it is this that the lawyer teaches and transmits and in transmitting associates himself with the sacred. The root of *sacerdos* is not however Christian. Its stem refers rather to someone who gives or transmits the *sacra* (*sacra-dare*), literally one who introduces others to sacrifices. The *sacerdotes* were those who officiated at sacrifices and if we pursue this root it is rapidly evident that these lawyers, these Christian ministers with their Christian rites of fear and fleshly communion, take over the place of earlier pagan rites of sacrifice, Druidic ceremonies and customs.

Such an etymological intuition gains rapid support if we turn to the Renaissance antiquaries’ accounts of common law’s origins and earliest terms. Sir Henry Spelman is the most succinct and refers to „our British [who] judged all controversies by their priests the Druids, and to this end met but once a year”.¹⁰ He also, in the same breath as it were, refers to the Greek roots of many law terms, a somewhat dubious lexical reference which is linked to his thesis that the unwritten law stems from Greece and from the Saxons who „were originally a Grecian colony coming out of Lacedaemonia and the territory of Sparta.” We can note that Sir Edward Coke too, in the *Reports*, references the use of the Greek tongue, ‘Graecis literis utuntur’.¹¹ There is the intimation at least, if not of any genuine or extensive linguistic roots, at least of a casual link between the Druids and the Greeks as co-originators of an esoteric common law tradition.

It is Selden, in two important tracts, who gives us the most explicit and extensive account of the Druidic origins of common law and of „the taste ... of Pythagorean doctrine” which accompanies them and which is my subject here.¹² Selden’s account begins with Caesar and with the name of the Druids, „these Gownmen among the Gauls, I and the Britains too, were the Interpreters and Guardians of the Laws”. The Druids decided „all controversie, publick and private” and just as the College of Pontiffs in Rome was custodian of the Laws of the Twelve Tables, „the knowledge of cases,

of precedents, of interpreting” was held by the High Priests „our *Druids*”.¹³ To this Selden adds that the power of the Druids was spiritual: „If any private person or body of men do not stand to their award, they excommunicate him, that is, forbid him to come to sacrifice, which among them is the most grievous punishment.” The Druids were the original *sacerdotes* to whom Fortescue referred. With staff and snake they mediated between the human and the divine and they ordained through the rite of sacrifice who belonged and who was to be excluded from the „benefit of Law”.¹⁴

The Druids did not believe in writing but rather, like Empedocles, communicated their doctrines poetically, using the mnemonic of verse to pass their teachings on as oral tradition. This means that when the Druids were driven out of England their teachings were largely lost. There are only a few surviving records, later histories, verses inscribed on stones, a few statues and other plastic remains. What is at issue is an esoteric oral teaching, preserved in a tradition of verse, by memory and community, by embodiment and practice, in fragmentary and essentially unwritten forms. To this Selden adds „that everything they say savours of *Pythagoras*” and a sentence on he comments: „Whether the Druids had their *Metempsychosis* or transmigration of souls, from Pythagoras, or he from them, I cannot tell.”¹⁵

Selden is nothing if not meticulous in his use of sources and cautious in his interpretation of them. He refuses any easy references to the Greek language or to Pythagorean roots. At the same time we must note that Selden devotes three chapters of this treatise to the Druids and unquestionably gives them pride of place at the origin of common law. They are ‘our druids’, they are the ‘first and origin’ of ‘philosophy and law’ within the common law tradition and by the end of the third chapter on the topic, Selden admits to the Pythagorean roots of the Laws. Following the progression of argument, the accumulation of evidence, Selden next cites Seneca to the effect that „these men ... did not in a Hall of Justice, nor in an Inns of Court, but in that secret and holy retirement of *Pythagoras*, learn those Institutes of Law, which they might propose to *Sicily* and to *Greece*”.¹⁶ And he continues: „However the business be, it appears plainly, that the *Druids* were of the oldest standing among the Philosophers of the Gentiles, and the most ancient among their Guardians of Laws.”¹⁷ In the end, Selden admits that he must grant that the Druids were „of Pythagoras his School” and gathers support for this eventual conclusion from Camden’s *Britannia* and other contemporary sources that looked to the myriad indirect clues as to the immemorial roots of the customary law.¹⁸

To summarize and elaborate these primarily philological observations of the neo-Pythagorean sources of common law doctrine and practice we can note the following

8) Sir John Fortescue, *De laudibus legum Angliae* [c. 1460] (Cambridge: Cambridge U.P., 1997) at 5-7.
 9) Fortescue, *De laudibus*, at 6.
 10) Sir Henry Spelman, *Of the Law Terms: A Discourse* [1614] (London: Gillyflower 1684) at 12.
 11) Sir Edward Coke, *Reports* (London: Rivington, 1777) Vol 2, Part 3 at fol B1b.
 12) Selden, *England’s Epinomis* at 5, where he references Hotman and Bodin as sources in accord with the Latin authors – Pliny, Strabo, Marcellinus, Lucan, Tacitus and Caesar whom he cites. The inspiration for the work is François Hotman, *Franco-Gallia or, an Account of the Ancient Free State of France* [1574] (London: T. Goodwin, 1711)
 13) Selden, *Janus*, at 12-13.
 14) Selden, *Janus* at 13.
 15) Selden, *Janus*, at 15.
 16) Selden, *Janus*, at 16.
 17) Selden, *Janus*, at 16.
 18) William Camden, *Britannia sive florentissimum regnorum, Angliae, Scotiae, Hiberniae chorographica descriptio* [1586] (London: Collins, 1695).

distinctly Pythagorean characteristics of Druidic doctrine. First, and most obviously, it offers a distinctively pre-Roman source for common law and so allows for the politically topical differentiation of Anglican law from civilian roots. Common law, going back to the Greeks, is heralded by Fortescue amongst others, as the oldest of all laws: „neither the civil laws of the Romans, so deeply rooted by the usage of so many ages, nor the laws of the Venetians, which are renowned above others for their antiquity – though their island was uninhabited, and Rome unbuilt at the time of the origin of the Britons – nor the laws of any Christian kingdom, are so rooted in antiquity. Hence ... the customs of the English are not only good but the best”.¹⁹

The next significant feature of the Pythagorean is the art of memory, oral tradition, esoteric and secret rites and codes as the keys to a law that is sometimes said to have originated in runes or antique riddles. Metempsychosis or the transmigration of souls is the most obvious coincident of both the antiquity and the encoding of the tradition. What is unwritten is expressly a matter of the invisible, of knowledge transmitted through the Pythagorean ‘air’, via the soul, and across generations or innumerable lives. More than that we can note that the very antiquity of the law, its unwritten obscurity, its antique and encoded opacity gives rise to the necessity of a sect or school that will interpret and apply the mystery of rule, the *arcana imperii*. Thus we would expect initiate colleges, sect like behavior, a tacit code, and prophets or priest like interpreters.

Common law provides all this and more. The priests will pronounce, doctrine will be hermetic, transmission oracular and justice distinctly esoteric. The master will speak, as the Pythagoreans like to say, and the fact of utterance, the speech act, is its own ritual justification. The Pythagorean jurist stands above life – he remembers innumerable former lives – and dictates a *nomos* or Law of Law that precedes and has priority over the political and over merely positive enactments. The figure of the priestly lawyer, the esoteric guardian of the truth will likely be central and an ascetic lifestyle and group or sect practice that preserves the singular verity, the knowledge of the ‘one’ will allow both for pontification as the mode of law, and for numerology, an hieroglyphic wisdom as the mystery and root that invisibly justifies the esotericism of rule. Such are the basic institutions or teachings as embodied into the common law but it should also be remembered that the indefiniteness of origin allows equally for reinterpretation, for a treatment that is not simply Freudian but properly philological. A reinterpretation, a return to a Pythagorean way of life or indeed institution of existence that rather than diminishing the supposed myth, or relying upon common lawyer’s weak memory and weaker interpretations of the philosophical tradition, embraces a complex and profoundly existential practice of life and law.²⁰

Sileni Alcibiadis

Move now to address the belief system of the common law tradition, the implicit Pythagoreanism or failed memory of the roots of the tradition. We start with metempsychosis and specifically its metaphysical support, the doctrine of air. What is composed of air is invisible, amorphous and impossible to circumscribe. Common law tradition made much of this in terms of the invisibility of the origin and Sir John Davies, one time Attorney-General to Queen Elizabeth 1st, wrote a short treatise in verse on the *Immortality of the Soul* which evidences clear knowledge of the Pythagorean principle – „One thinks the *Soul is Air*” – but rejects it ultimately in favor of the Christian theory of the spirit – „She is a Spirit, yet not like *Air*, or *Wind*”.²¹ That Davies should present a Christianized version of the theory is hardly surprising. What is notable is the direct reference to and translation of the Pythagorean into the Christian, and by implication of the pagan into the common law.

Turning to Davies *Discourse of Law and Lawyers* the distinctive role of ‘air’, of the unseen and, in legal jargon, the unwritten law (*ius non scriptum*) becomes most manifest. Note first some general features. Common law is a system of precedent, of judge made law, which operates upon the basis of recurrence. What was done before will be done again. Nothing is new and certainly nothing can be proven to be new within a tradition that explicitly speaks not to the contemporary or living but addresses an infinite future, ‘posterity’, with laws drawn from an indefinite past. The key to the possibility of this practice is a concept of tradition as an esoteric and oral adventure. Law is an auditory phenomenon, something heard, something handed down through the oral rites of a close-knit and carefully circumscribed initiate community. Davies offers the following definition: „England’s law was *ius non scriptum* ... For indeed the Reports are but comments or interpretations upon the text of the common law: which Text was never originally written, but has been ever preserved in the memory of men, though no mans memory can reach the original thererof”.²² And Davies hurries on to remark that the common law of England „is a Tradition, and learned by Tradition as well as Bookes”. And tradition in this context means oral teaching, the recollection of what was said, including all the signs and other mnemonics of the art memory.

Law in this theorem is everywhere for the lawyer to uncover. Thus it is the common opinion of the bar, it is what was heard and remembered in Court or conversation, it is pervasive and surrounding and simply needs the attentive ear of the Inns of Court, of the professors – the *iuris periti* – of the third university. Thus in the *Enchiridion Legum* the unwritten quality or virtue of common law is expressly referred to the fact that the Common Law „imitated the ancient *Druides* of this Land (but yet gone farther than they) who, following the Pythagoreans did not commit their Learning

19) Fortescue, *De Laudibus*, at 27.

20) This is one way of interpreting Sebastian Timpanaro, *The Freudian Slip: Psychoanalysis and Textual Criticism* (London: NLB, 1976); and this I will hazard to say is Peter Kingsley’s substantive strategy in *Ancient Philosophy*.

21) Sir John Davies, *The Original, Nature, and Immortality of the Soul with an Introduction Concerning Human Knowledge* [1592] (London: Banks, 1714) respectively at 15 and 34.

22) Sir John Davies, *Le Primer Report des Cases & Matters en Ley Resolves & Adjudges in les Courts del Roy en Ireland* (Dublin: Franckton, 1615) at fol 1b.

Kostal
UnivG 2002
Universitätsgesetz 2002

2. aktualisierte Auflage, 2005, 357 Seiten, br., 3-7046-4771-3, € 48,-

Nach Aufhebung der Zulassungsregelungen durch den Europäischen Gerichtshof im Juli 2005 hat das Parlament umgehend eine entsprechende Gesetzesreparatur vorgenommen. Die vorliegende 2. Auflage beinhaltet die vollständige Aufarbeitung der letzten beiden Gesetzesnovellen mit den entsprechenden parlamentarischen Materialien. In bewährter Weise soll der universitären Praxis eine rasche Basisinformation zur Verfügung gestellt werden.



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



to Writing”.²³ The principle behind that refusal to inscribe the law lies in a belief attributed most often to Plato that writing will ruin memory and hence the Greeks insisted that the law remain unwritten and, paradoxically, inscribed invisibly in the breast. Thus the law rests *in scrinio Pectoris Judicis*.²⁴ Davies equally extols an interior source, a memory and practice that passes the law on like image or dream: „*lex est iustitia inanimata* or *lex est mutus magistratus* – only by the tongue of the learned and eloquent lawyer does it speak. The law is a rule which requires its architect to apply it – an instrument like the lute. The interpreters or professors of the law are the Mercuries of Jupiter’s invention.”²⁵ He goes on to remark that „the learned professor of law is *lux a tenebris* – a star in the firmament of the commonwealth ... his house as it were an *oracle* not only to a Town or City, but to a whole country.”²⁶

Allowing for changes in terminology, Latin argot, and Christianized context, the references to the unwritten, to memory and repetition of that which in fact escapes memory and is simply embodied, lived, breathed is highly suggestive of Pythagoras, of the *akousmata*, of the oracular character of oral tradition. It leads to a second feature of the tradition. The unwritten law requires careful custody, the *scrinium* or library of the chest, bookshelves of the heart. Here we encounter the question of the authority not of the

tradition, whose age and repetition assures its juridical value but rather the more precarious legitimacy of the interpreters, the hierophants who have custody of tradition and the task of passing it on. The sect of interpreters has to be carefully circumscribed and rigorously differentiated from the populace at large. Here the link to common law is again direct and striking. The Pythagoreans required a lengthy seclusion – followers were sent away for three years to test their constancy and the veracity of their love of learning – and then they spent a further five years training in self-control, and learning in silence. After five years, if found worthy, the apprentice joined the inner circle and could see Pythagoras for the first time. Now, inside the veil, the neophyte philosophers learned the maxims of the master, the *ipse dixit* truths that constitute the wisdom of philosophy: „They try to preserve these as divine teachings; they make no claim to speak for themselves, nor do they think it right to speak, but they hold those who have acquired the most maxims to be best equipped for wisdom”.²⁷

The esoteric character of the common law tradition needs little reiteration. It required long seclusion, learning in silence, controlled diet, reverence and melancholy. The asceticism of the community of lawyers, their monastic roots, the hierarchy of learning and transmission, the secretive silences, the eating together all gain lengthy attention in the

23) *Enchiridion Legum* (London: Henry Twyford, 1673) at 80-81.

24) *Enchiridion*, at 43 and 57.

25) Davies, *Primer Reports*, at fol 8b.

26) Davies, *Primer Reports*, at fol 9b.

27) Iamblichus, *Pythagorica*, at 36.

curricula literature of the Inns.²⁸ The point is that they form the basis of a community and way of life. The *akousmata* provide the basis for the secret transmission of an esoteric set of truths, the darkly encoded, apodictic or *ipse dixit* conditions of knowledge. According to the Pythagoreans, teaching and tradition were to be constituted by secretly conveyed beliefs and symbols. It was because the tradition was unwritten that it required encoding in mnemonic forms, through enigmatic or oracular symbols quite separate from the vernacular and ordinary language. The symbols appear absurd to the uninitiated: „But once they are deciphered as symbols should be, and become clear and transparent instead of obscure to outsiders, they impress us like utterances of the Gods or Delphic oracles, revealing an astounding intellect and having a supernatural influence on those lovers of learning who have understood them.”²⁹

The maxims were thus oral mysteries, secret meanings (*tacitem inhaerentem*), an esoteric and essentially hieroglyphic set of verbal fragments or riddles that could only be learned after rigorous and lengthy initiation into the lifestyle and practices of the sect that had custody over them. Once learned, the maxims or truths simply required relay, enunciation or proclamation -- *ipse dixit*, so it is said. The common law tradition parallels this practice of knowledge very closely. Start with the maxims. Common law is made of unwritten reason, long established customs retained and transmitted in the form of maxims. Thus, most explicitly, William Noy in an early work devoted to the maxims of common law defines them as follows: „Every maxim is a sufficient authority to itself; and which is a maxim and which is not, shall always be determined by the judges, because they are known to none but the learned.”³⁰ The maxims were thus to be heard and remembered, learned and stated. Jupiter, according to the poetically inclined Sir John Davies, was their original author and as such a source suggests, the function of the lawyer could hardly be that of revising or inventing maxims. They were already given and had to be learned and transmitted. The esoteric knowledge of the learned lawyer was that of having heard and remembered the maxim, lots of maxims in fact, and then having learned them, was qualified to pass them on.

Contemporary with Noy, Francis Bacon explains that his corrective collection of *Maximes of the Law* is formulated in Latin „which language I chose as the briefest to contrive the rules compendiously, the aptest for memory, and of the greatest Authority and Majesty to be avouched and alleged in argument.”³¹ The power of simple diction of the maxims is well captured in the choice of a foreign language to preserve and record them. This conveys the authority, the

maiestas of the maxims: these are no ordinary words, these are hidden truths. Sir Edward Coke was to the same effect and admitted that the language of law was one that was not recognized by the grammarians but that served well a more esoteric purpose of conveying established and unquestionable principles and rules that the maxims encode. Thus, in his commentary on Littleton, he asserts early on that maxims have *dignitas* and *auctoritas*,³² and continues that these are „so sure and uncontrollable as that they ought never to be questioned. And that which our Authors here and in other places calleth a Maxime, hereafter he calleth a Principle and it is all one with a Rule, a common ground, Postulatum or an Axiome.”³³

The use of Latin can provide an initial key. The maxims have *dignitas* and *auctoritas* and these are terms with highly technical meanings. *Dignitas* is here a synonym for axiom and connotes an undying power, a truth or office that has and will subsist beyond mere positive law.³⁴ *Dignitas non moritur*, it doesn't die. This also suggests the meaning of *auctoritas* in this context which, as Agamben has pointed out, means more than mere *potestas*, but rather connotes the foundation of law, a power before and above law that authorizes legality through its embodiment, in and through the *auctor* or sovereign.³⁵ This, according to Agamben, represents a biopolitical rather than legal tradition. By this he means that the authority of the axiom coincides with an empty space, an absent and intrinsically vague mystery that those that embody the tradition alone can recall and relay. It transmits a power that is greater than law and that can abrogate law or institute cases of *iustitium* or exception. Such biopolitical power is cognate, I will suggest, with the *ipse dixit* but exceeds it as form over content.

The 'hieroglyphic' character of legal knowledge, the opaque and ugly sounding nature of legal terms, such that they are explicitly described by Fortescue as *Sileni Alcibiadis*, provides a fully instantiated juristic version of the *ipse dixit* and also offers an avenue into the third and most difficult dimension of the complex.³⁶ The *Mathematikoi* were those who continued the mathematical tradition that Pythagoras founded. They believed that number took precedence over matter and that mathematical description of phenomena was to be preferred to accounts of physical things. The theory of number starts with music and the discovery that concordant musical intervals can be expressed by simple numerical ratios. From this was derived the notion of harmony as a mathematical phenomenon which governed things, world and cosmos, the one and the many. According to a maxim relayed by Iamblichus, „all things correspond to number”. Thus Archytas tells a story of one

28) Fulbeck, *Direction*, provides as good a guide as any. Dugdale, *Origines Juridicales* [1666] (London: Newcomb, 1671), provides a useful and detailed account of everyday training in the Inns, including menus, dress codes, and accounting practices. Goodrich, 'Eating Law', in *Law in the Courts of Love* (London: Routledge, 1996) provides an analysis of dining rituals.
29) Iamblichus, *Pythagorica*, at 46-47.
30) William Noy, *The Grounds and Maxims of*

the English Law [1631] (London: Lintot, 1757) at fol. D3b.
31) Francis Bacon, *The Elements of the Common Lawes of England* (London: More, 1630) at fol. B3b.
32) Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Lawes of England. Or, A Commentarie upon Littleton, not the name of a Lawyer onely, but of the Lawe it selfe* (London: Societie of Stationers, 1620) at 11r. The maxim in full is: *quia maxima est eius dignitas*

& certissima autoritas, atque quod maximè omnibus probetur.
33) Coke, *Institutes*, at 11r.
34) I am here following Legendre, *L'Empire de la vérité* (Paris: Fayard, 1983) who at 19 translates *dignitas* as axiom.
35) Giorgio Agamben, *State of Exception* (Chicago: University of Chicago Press, 2005).
36) 'Hieroglyphickes' is taken from Davies, *Discourse*, at 3v; the reference to Fortescue is to *Direction*, at 56.

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

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



Firmenbuch-, Gewerberegister- und Grundbuchauszüge sowie Meldeauskünfte

www.jusline.at

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

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

jusline.at

of the early Pythagoreans, Eurytus, „that he used to give the number of all sorts of things, such as horses and men, and that he demonstrated these by arranging pebbles in a certain way.”³⁷ Later Pythagoreans made incessant analogies between numbers and things and while this probably departs from the earlier tradition which, according to Aristotle, explained only a few things by numbers, even Aristotle admits that according to them the „right time” was seven, justice was four, and marriage three. The number ten, the ‘Tectactys of the Decad’ also had a sacred significance to the Pythagoreans, making a pyramid when represented by dots (1 + 2 + 3 + 4).

Diogenes cites Alexander Polthistor and is probably our best source on the significance of number to Pythagoras: „From the unit and the indefinite dyad spring numbers; from numbers, points; from points, lines; from lines, plane figures; from plane figures, solid figures; from solid figures, sensible bodies, the elements of which are four: fire, water, earth, and air; these elements interchange and turn into one another completely, and combine to produce a universe animate, intelligent, spherical ...”³⁸ Aristotle gives an extended account of these numerical principles in the *Metaphysics* and concurs that for Pythagoras numbers were the elements of all things that are. He concludes that „The elements of number are the even and the odd, and of these the latter is

limited and the former unlimited. The One is composed of both of these (for it is both even and odd) and number springs from the One; and numbers, as I have said, constitute the whole universe.”³⁹

Even as briefly described above, certain significant features of the doctrine of numbers can be elicited. First, the doctrine grew out of a discovery relating to music. Harmony was numerical. The importance of number was in this sense musical and as a cosmology number was the avenue or mechanism of harmony. A second feature, and one which fits well with the theory of the *ipse dixit*, is the predication of all number upon the one, the monad or limit being the source of numbers and of the unlimited. Turning then to the common lawyers we find the principle of the one firmly ensconced in the monotheistic principle of a singular truth. More than that, the early common lawyers also paid great attention to mathematics and to music as the proper modes of description of the properly ordered commonwealth and aptly applied laws. According to Lambard, in the *Archeion*, the purpose of law is to limit the oracle „to have but one tongue and voice wherewith to speak to all sorts of suitors”.⁴⁰ Consciously or not, a numerical root, the One was the proper source of law and the limit of legal action. More than that, Lambard also offers the view that the sovereign must deliver to his subjects *aequam et rectam iustitiam* and

37) From Burnet, *Early Greek Philosophy*, at 100.

38) Digoenes, *Lives*, at VIII. 25-26.

39) Aristotle, *Metaphysics* 1.5986a 17-21.

40) Lambard, *Archeion or Discourse upon the High Courts of Justice in England* [1591] (London: Seile, 1635) at 4-5.

that this comprises a variety of forms: „if either this Arithmetically Government (as they call it) by rigour of law onely, or this Geometrically judgement at the pleasure of the Chancellour or Praetor onely should be admitted; and yet if it they bee well compounded together, a most sweete and harmonically justice will follow of them.”⁴¹ The echoes of Pythagoras are very plain to hear.

Treatment

The beauty of analysis is that it is an interpretative treatment, it is proper to law, a dimension of judgment suspended and turned back upon itself. The Pythagoras complex embodies a host of suggestive narratives, forgotten histories, clues and signs of possibilities. The symptom is in a sense its own cure. This is so not only in the sense that I would encourage common lawyers to enjoy their symptoms – dress up a bit more, indulge their symbolaographic tendencies -- but also in the sense that the Pythagorean tradition potentially incorporates the conditions for its own renewal. Start with a cryptic sign. Sir John Davies commented that the common lawyer was an architect of law, he was „an instrument like a lute”.⁴² With his lute he played the notes that woke a sleeping law. An instrument was needed to effectuate the instruments of law, to put the symbols into practice. Sir John Davies provides another fine clue in his poem on the immortality of the soul: „These Tunes of Reason are Amphion’s Lyre./Wherwith he did the Thebane City found:/These are the Notes, wherewith the Heavenly Choir./The Praise of him which the Heav’n, doth sound”.⁴³ We need only add that Amphion’s lyre was given him by Hermes to resurrect the full constitutional significance of this music of the laws.

It was Pythagoras who first instituted music as a mode of education and of dispute settlement. Iamblichus reports that „the first stage of his education was music: songs and rhythms from which came healing of human temperaments and passions”. Music was a mode of medicine, it healed, and a form of treatment: „It is especially remarkable that he orchestrated for his pupils what they call ‘arrangements’ and ‘treatments’. He made, with supernatural skill, blends of diatonic and chromatic and enharmonic melodies, which easily transformed into their opposites the maladies of the soul ... All these were restored to virtue, using the appropriate melodies like mixtures of curative drugs.”⁴⁴ Similarly, there is also the anecdote of Pythagoras nipping a dispute in the bud through a musical intervention. A drunk youth went at night to serenade his girlfriend by his rival’s door. All hell was about to break loose when Pythagoras intervened and told the flute-player to change to a solemn tune, which promptly calmed the young man down and he returned home peacefully.⁴⁵ It is one of many instances – „Empedocles did something similar” – in which *nomos* is understood quite directly as melody or rhythm, as a musical appropriation or first law that constitutes community as something common and communicated tonally as well as verbally.

The reference to music could be followed much further but that is not my purpose here. What is initially significant to the reference is its summoning of the collective character of juridical endeavor. Music was educative, it was part of a training or schooling and it can remind us of the importance of the institutional to the legal. Lawyers are trained in law schools and any treatment or change of artifice and lifestyle will start in the schools and as a pedagogic enterprise in revision or reform. This takes us back to the *akousmata*, the doctrines, and *askesis*, training or lifestyle as key dimensions, defining features of the Pythagorean. Pythagoras was a pedagogue. He viewed teaching as his vocation, training and schooling as his mission, the inculcation and incorporation of a way of life his goal. This essentially political purpose and project allows us to address the most interesting dimension of the Pythagorean for contemporary purposes and the reason in many respects for its revival here.

Pythagoreans, according to Plato, „are distinguished among their contemporaries” by a „certain way of life”.⁴⁶ We have seen that this meant in part a musical training, an ability to listen, a commonality of tone and appreciation therewith of the significance of harmony and the priority of affect over cruelty, of amity over law. That is the initial meaning of the Pythagorean *nomos* and we can add numerous other maxims relating to all aspects of diet, conduct, friendship and being together. Turning again to Iamblichus, we are told that Pythagoras taught „that there is also a kind of justice in dealings with others ... There is ... a right way and a wrong way of talking to people: it varies with age, status, kinship and favours done, and with any other such difference between people”.⁴⁷ There is an appropriate mode of address, there is a right moment, a time for silence and a time for speech.

Translate the above into the legal as we inherit it and the Pythagorean offers radical insight into the importance and the limits of law. Where the Pythagoras complex offers an esoteric and internal instance of lawgiving as a solitary and solipsistic enterprise, a golden thigh, a mystic proclamation by hooded figures declaring oracular disciplinary truths, the Pythagorean way of life indicates something quite different. Here justice and law are understood exoterically as pedagogy and training in lifestyle, in an ethics or habit of virtue, in modes of conversing and listening, in justice as friendship understood as living together and holding in common. The law school is here emblematic of a mode of life and community that will instantiate justice and judgment in a theatre of communal belonging. Put it like this. Music precedes money. Justice is predicated upon dialectics not dictates. Conversation, its rhythms and tones, its communitarian facets, its own ethics and justice, have far more to tell us of law than the pathological and failed expressions of judgments that are always already too late.

It is the music of friendship, the chance of encounter, the dance of life together that *askesis* embodies. Pythagoras, of

41) Lambard, *Archeion*, at 72.

42) Davies, *Discourse*, at 8v.

43) Davies, *Immortality*, at 26. [Typography modernized].

44) Iamblichus, *Pythagorica*, at 26-27.

45) Iamblichus, *Pythagorica*, at 49.

46) Plato, *Republic* X.600b, in *Collected Dialogues* (Princeton: Princeton U.P., 1978) at 325.

47) Iamblichus, *Pythagorica*, at 79-80.



- Bist Du StudentIn an der Universität Wien und hast Interesse am Internationalen Verfassungsrecht?
- Möchtest Du Deine Kenntnisse von Demokratie, Menschenrechten und Governance in vergleichender Perspektive vertiefen?
- Willst Du vom internationalen Austausch im vergleichenden Verfassungsrecht profitieren?

Dann bewirb Dich für die

NICLAS – New International Constitutional Law Approach Summer School 2007

Die NICLAS Summer School findet vom 9. bis 21.7.2007 an der Universität Wien in Kooperation mit fünf weiteren europäischen Partneruniversitäten (Brüssel, Berlin, Paris, Bratislava und Istanbul) statt.

- Nähere Infos und Bewerbung bis 15.1.2007 unter:
www.univie.ac.at/niclas

course, favored amity over law. Music was the instrument of amity and in this vein Pythagoras taught the revolutionary potential of music in place of force. He also taught the value of the long term, of listening and especially of waiting. The transmigration of souls means a trans-historical perspective, a long view. Not law but *nomos*. Not the father but the friend. As Francis Bacon put it, friendship means my soul in another.⁴⁸ He was a lawyer and he doubtless knew the implications of that particular and amicable transmigration of souls. For the Pythagorean, and perhaps Bacon was one as well, or at least as to this, the real question of law is scholastic, to do with the school, with training the individual collectively, with living together and learning to respect the

routines of the other, the patterns of things held in common, the desiderata of the amicable, the law as a way of life.

Peter Goodrich is Professor of Law and Director of the Program in Law and Humanities at Cardozo School of Law in New York. Earlier works include Oedipus Lex: Psychoanalysis, History, Law (1996). His most recent book is Laws of Love: A Brief Historical and Practical Manual (2006). He is currently working on a history of the U.S. law school read through its in memoriam tributes. goodrich@yu.edu

48) Francis Bacon, *Essays* [1596] (London: Macmillan, 1896) at106.

Das Familienrechtsänderungsgesetz 2006

Überlegungen zu einer Abkehr vom Versorgermodell im Familienrecht

Miriam Broucek

Im vergangenen Halbjahr legte Justizministerin Karin Gastinger einen Entwurf zu einem Familienrechtsänderungsgesetz 2006 vor, der den Koalitionspartner ÖVP wie das (ehemals) eigene BZÖ gleichermaßen brüskierte. Wurde doch ein Vorschlag in Begutachtung geschickt, der neben Zugeständnissen an das bestehende traditionelle Familienbild in einigen Punkten auch überraschende Ansätze enthielt. Besonders interessant dabei die ursprünglich geplante Definition der Lebensgemeinschaft als „eine auf längere Dauer beabsichtigte Partnerschaft von zwei im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen, die weitere Merkmale einer Solidar-, Geschlechts- und Wirtschaftsgemeinschaft aufweist (...)“ in Artikel 1 des Entwurfes zum Familienrechts-Änderungsgesetz 2006¹.

Mittels dieser erstmals klaren Bestimmung der Lebensgemeinschaft wären unter anderem, wie die EB² lapidar in einem Nebensatz zugeben, auch gleichgeschlechtliche PartnerInnenschaften umfasst gewesen. Eindeutige ideologische Divergenzen zwischen den Koalitionspartnern, aber auch zwischen dem Justizministerium und dem Gesundheits- und Sozialministerium haben diese einschneidende Änderung im Familienrecht für Österreich jedoch verhindert. Die weit gefasste Definition der Lebensgemeinschaft, einhergehend mit ihrer generellen Aufwertung wäre im Sozialrecht (durch die 66. Novelle zum ASVG,³ beinhaltend eine Abschaffung der begünstigten Mitversicherung für kinderlose Lebensgemeinschaften) einer eindeutigen Diskriminierung nichtehelicher Formen des Zusammenlebens und einer Privilegierung des klassischen Ernährermodells gegenübergestanden. Schlussendlich wurde ein Minimalstpaket beschlossen, dessen Inhalt weit hinter den ursprünglich angeordneten Neuregelungen zurückblieb.

Konsequent weitergedacht hätte eine Annahme dieser Neuregelungen nämlich für das österreichische Familienrecht ein-

schneidende Veränderungen nach sich gezogen. Tatsächlich haben sich die Menschen dem engen Korsett der Familie nach christlich-konservativen Vorstellungen auch hierzulande mehrheitlich entledigt, es gibt hetero- und homosexuelle PartnerInnenschaften, mit und ohne Kindern, mit und ohne gemeinsamen Haushalt. Ohnehin kann es nicht Aufgabe des Gesetzes sein, diese verschiedenen, grundsätzlich aber gleichwertigen Formen des Zusammenlebens wertend zu beurteilen. Vielmehr hat die Rechtsordnung den faktischen Gegebenheiten Rechnung zu tragen und die den Menschen von vornherein gebührenden Ansprüche in gleicher Art und Weise zuzugestehen.

Dabei darf aber auch nicht aus dem Auge gelassen werden, dass es im konkreten Fall nicht nur darum gehen kann, bestehende Regelungen für jedermann/frau zu öffnen, sondern vielmehr darum, Ungleichbehandlungen als solche aufzuheben. Es kann daher in der aktuellen Debatte nicht lediglich um eine rechtliche Aufwertung der Lebensgemeinschaften oder die Schaffung eines der Ehe gleichgestellten Rechtsinstitutes für gleichgeschlechtliche Paare gehen, sondern es wäre endlich an der Zeit, über tief greifende Reformen nachzudenken.

Eine Gesetzgebung, die nach wie vor ein ökonomisches Abhängigkeitsverhältnis zwischen Mann und Frau vorsieht und somit eine Versorgungsorientiertheit festschreibt, kann nämlich keine selbstbestimmte Wahl der Lebensführung und der PartnerInnenschaft ermöglichen. Besonders in Kreisen homosexuell orientierter Menschen wird dieses Leitbild häufig nicht als passend empfunden – nicht umsonst trieben in der Vergangenheit vor allem lesbische Frauen feministische Patriarchatskritik voran.

Das vor allem in den skandinavischen Ländern wie Dänemark propagierte Individualmodell stellt dagegen im Rahmen sozialstaatlicher Einrichtungen den oder die Einzelne in den Vordergrund und

kommt so von geschlechtsspezifischen Rollenbildern los. Ausgegangen wird dabei vom Grundprinzip, dass jeder Mensch Anspruch auf eigenständige und selbstverantwortliche Lebensführung hat. Zwar stellte nun auch der ursprüngliche Entwurf des BMJ das Versorgungsprinzip der Ehe in Frage. Eine Erwartungshaltung nach Art des eben geschilderten individuellen Modells kann jedoch nur mittels gezielter sozialstaatlicher und familienpolitischer Maßnahmen gewährleistet werden – so etwa durch unmittelbare finanzielle Leistungen, Berücksichtigung der Bedürfnisse einer Familie im Bereich der sozialen Sicherung und der sozialen Dienstleistungen, wie etwa der öffentlichen Kinderbetreuung. Ein Aspekt, den der Neoliberalismus nur zu gerne unter den Tisch kehrt.

Eine Abkehr vom derzeit im Familien- und Eherecht vorherrschenden Versorgermodell ohne gleichzeitige grundlegende Änderungen im Sozialrecht wäre insbesondere auch frauenpolitisch verheerend gewesen. So nahm die Soziologin Diane Sainsbury⁴ eine geschlechtersensible Typologisierung der Wohlfahrtsstaaten vor, in der sie zeigt, dass Frauen beim Abbau von sozialstaatlichen Einrichtungen durch Restrukturierungen (im Sinne einer Zurücknahme und Kürzung von sozialen Leistungen) deutlich härter getroffen und damit benachteiligt werden, weil diese die Handlungs- und Entscheidungsspielräume insbesondere von Frauen auf dem Weg zur Selbstständigkeit und allein erziehenden Müttern entscheidend einschränken. Es bleibt zu hoffen, dass nach dem missglückten Vorstoß in Richtung Modernisierung des Familienrechts künftige Gesetzgeber unter Berücksichtigung eben jener vorgebrachten Argumente mehr Erfolg haben werden.

Miriam Broucek studiert
Rechtswissenschaften und
Philosophie in Wien;
miriam.broucek@reflex.at

1) BMJ-B4. 000/0006-I 1/2006. 3) BGBl I 131/2006.
2) ebd.

4) Diane Sainsbury in Diane Sainsbury, Gender and Welfare State Reforms, Oxford: Oxford University Press, 1999.