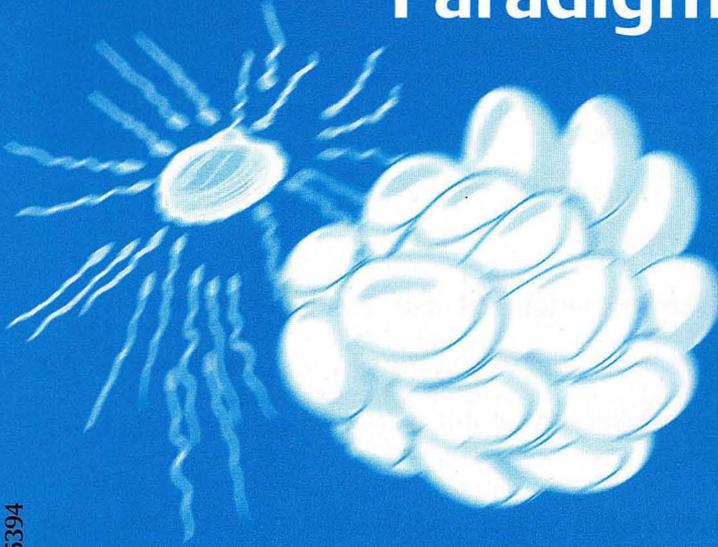


# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ··········· nr 2.2000

thema

## **Kindermachen** Paradigma der Familienpolitik



recht & gesellschaft

Dramaturgie der Gerichtssaalarchitektur

Neuorganisation der Staatsanwaltschaft

Strafverteidigung im Nationalsozialismus

Die Geschichte von Netz und Recht

Das Schutzrecht der Datenbanken

P. b. b. · Verlagspostamt 1140 · 19674W91E · öS 90,- · ISSN 1019-5394



Für Context herausgegeben von

··········  
Birgit Feldner · Alexander Somek · Richard Soyer · Maria Windhager

# Inhalt

## recht & gesellschaft

|                          |                                                          |     |
|--------------------------|----------------------------------------------------------|-----|
| Stefan König             | Strafverteidigung im Nationalsozialismus .....           | 88  |
| Viktor Mayer-Schönberger | Die Einäugige und der Blinde .....                       | 92  |
| Josef Lachmann           | Dramaturgie der Gerichtssaalarchitektur .....            | 96  |
| Josef Lachmann           | Neuorganisation der Staatsanwaltschaft .....             | 98  |
| Alexander Anton Maly     | Kleines Service dringend empfohlen .....                 | 99  |
| Gudrun Biffi             | Vom Service zur beschränkten Haftung .....               | 101 |
| Michael Ganner           | Die unzulängliche Vertretung von HeimbewohnerInnen ..... | 102 |
| Martin Zucker            | Das Schutzrecht für Datenbanken .....                    | 106 |

## thema: kindermachen. paradigma der familienpolitik

|                      |                                                        |     |
|----------------------|--------------------------------------------------------|-----|
| Martina Thomasberger | Mehr Kinder – weniger Kinderpolitik .....              | 110 |
| Christa Schlager     | Fürstliche Transfers .....                             | 112 |
| Erwin Bernat         | Fortpflanzungsfreiheit, Privatleben und die EMRK ..... | 114 |
| Wilfried Ludwig Weh  | Beschränkungen des Rechts auf eigene Kinder .....      | 119 |
| Martina Thomasberger | Familienpolitik als Bevölkerungspolitik .....          | 123 |
| zu.satz              | Wolfgang Pauser<br>Sinn ohne Funktion? .....           | 126 |

## rubriken

|            |                                                           |     |
|------------|-----------------------------------------------------------|-----|
| vor.satz   | Maria Windhager<br>Vom Schutz der rechten Gesinnung ..... | 85  |
| merkwürdig | Kurzmeldungen .....                                       | 86  |
| nach.satz  | Iris Kugler<br>Borderliner .....                          | 128 |
| impressum  | .....                                                     | 91  |

# Vom Schutz der rechten Gesinnung

Maria Windhager

Der von 44 prominenten Homosexuellen angestregte Strafprozess wegen übler Nachrede und Beschimpfung (§§ 111, 115 StGB) gegen Kurt Dieman sorgt weiterhin für Spannung (vgl. **juridikum** 3/98, 3, 8 ff). Fast zeitgleich mit der Zivilgerichtsentscheidung im Ehrenbeleidigungsprozess (§ 1330 ABGB) erfolgte die nunmehr zweite Entscheidung der ersten Instanz im Medienstrafverfahren, die wiederum Befremden auslöst.

Zur Erinnerung: 1997 erschien in der rechtskatholischen Kirchenzeitschrift „Der 13.“ ein Artikel von Kurt Dieman zum Thema Homosexuelle in der Öffentlichkeit (**juridikum** 1/98, 7). Das Österreichische Lesben- und Schwulenforum hatte gerade einen Kongress in St. Pölten abgehalten, im Zuge dessen sich eine Gruppe von Homosexuellen auf den Domplatz begeben hatte. Der Artikel, illustriert mit Fotos von dieser Gruppe, verbreitete Hetzparolen, wie zB: „Alte Nazimethoden. Von dort zogen die ‚Warmen‘ am Sonntag zum Domplatz, um die Gläubigen, die aus dem Dom traten, mit ihrem Anblick zu belästigen. Ähnliches tat in der Nazizeit die Hitlerjugend: wer ‚Nazimethoden‘ praktiziert, sollte mit ebensolchen konfrontiert werden!“ und weiter „Die Homosexuellen kriechen jetzt überall wie Ratten aus ihren Löchern“.

Das Kernproblem des Straf- und Zivilprozesses bestand in der Frage, ob den nicht abgebildeten (Privatan)KlägerInnen die Klagslegitimation im Rahmen der so genannten Kollektivbeleidigung zuerkannt wird, während an der Tatbestandsmäßigkeit der Äußerungen kein Zweifel bestand.

Das Zivilgericht (Richter Mag. Hans-Peter Frixeder) stützte sich – zutreffend – zur Bejahung der Klagslegitimation aller KlägerInnen auf zwei instruktive Entscheidungen des OGH (6 Ob 21/99b und 6 Ob 289/98p): Der OGH hob darin hervor, dass die Beleidigung eines anonymen Kollektivs nicht vorliege, wenn sich der beleidigende Vorwurf nicht gegen eine Personenmehrheit als solche richtet, sondern gegen einzelne Angehörige derselben, deren Identifikation zwar nicht einem breiten Publikum, aber zumindest einem klei-

nen Kreis möglich ist. In einem solchen Fall komme es für die Betroffenheit und damit Klagslegitimation des Einzelnen auf die Anzahl der beleidigten Personen nicht an.

Demgegenüber *verneinte* das StraflG (Richter Prof. Dr. Bruno Weis) die Klagslegitimation aller Privatanklägerinnen und – darüber hinaus – sogar jener, die erkennbar (!) abgebildet worden waren. Die Äußerungen seien straflose Durchschnittsurteile ohne sichere Beziehbarkeit auf bestimmte Personen.

Doch damit nicht genug: Während das Zivilgericht zu den inkriminierten Äußerungen ausführte, „*dass diese Anschuldigungen in ihrem Zusammenhang betrachtet, ehrenrührig und rufschädigend sind, . . . keiner weiteren Erörterung*“ bedürfe, befand das StraflG, dass lediglich der Ausdruck „Ratten“ im Sinne des § 115 StGB beurteilt werden könne. Die übrigen Äußerungen würden für jeden Medienkonsumenten „*eine ganz allgemeine Betrachtung negativer Art über Homosexuelle und Homosexualität als solche*“ zum Ausdruck bringen; das österreichische Rechtssystem kenne kein Gesinnungsstrafrecht: „*Wer eine bestimmte Gesinnung hat und diese äußert, kann deswegen nicht strafbar sein.*“

Besonders merkwürdig fiel die richterliche Würdigung der Forderung nach dem Einsatz von „Nazimethoden“ gegen Homosexuelle aus: „*Der Medienkonsument erfährt allerdings bei genauerer Lektüre den Vergleich dahin, dass in der Nazizeit die Hitlerjugend auch vor einem Dom und vor Kirchen gezogen sei, um dort zu provozieren. Dem Gericht sind dazu aus der Zeitgeschichte die Ereignisse des 7. 10. 1938 im Wiener Stephansdom, vor dem Stephansdom und dem erzbischöflichen Palais bzw dem Kurhaus bekannt . . . Der Vergleich liegt also für den Medienkonsumenten erklärlich historisch darin, dass man Personen davor warnt, durch Provokationen vor einem Dom das zu tun, was seinerzeit die Hitlerjugend, also eine Organisation der Nazis getan hat. Die Warnung . . . bedeutet aber wieder nur den Ausdruck einer Überzeugung des Beschuldigten . . . Denn im gegenständlichen Fall ist der Vergleich . . . ausschließlich darauf bezogen, dass die*

„Warmen‘ am Sonntag zum Domplatz von St. Pölten gezogen seien.“ (Hervorhebungen hinzugefügt)

Damit übergeht das StraflG, dass die angezogene Gesinnungsfreiheit einen wertenden Vergleich nur unter der Voraussetzung erlaubt, dass die dem Vergleich zugrunde liegenden Fakten wahr sind. Die wohlklingende – und unverdächtige – Gesinnungsfreiheit bzw richtig: die Meinungsäußerungsfreiheit wird hier zum Transport von unwahren Tatsachenbehauptungen missbraucht. Bei genauerer Betrachtung wird nämlich die Argumentation des StraflG sichtbar: Die Homosexuellen hätten das Gleiche wie die Hitlerjugend getan oder anders ausgedrückt: Es sei – allerdings „*rein historisch*“ – richtig, dass auch die Homosexuellen wie die Hitlerjugend vor den Dom gezogen seien.

Was aber die Homosexuellen tatsächlich getan bzw wie sie sich verhalten haben, ist etwas, das objektiv überprüfbar, dh einem Wahrheitsbeweis zugänglich ist. Die Aussage, sie seien wie die Hitlerjugend vor den Domplatz gezogen, ist daher eine Tatsachenbehauptung und kein (sanktionsloses) Werturteil, also keine Frage der Gesinnung. Dass die Homosexuellen wie die Hitlerjugend vor den Dom gezogen sind, konnte gerade nicht bewiesen werden. Darauf hat das Zivilgericht im Unterschied zum StraflG Wert gelegt („*am Domplatz in St. Pölten [hat] es sich um eine doch recht kleine Veranstaltung [gehandelt], die überdies völlig ruhig abliefe und bei der keine Passanten [insb keine Messgänger] belästigt wurden.*“)

Das StraflG erklärt somit eine diffamierende – unwahre – Behauptung zum rechtmäßigen Freiheitsgebrauch, was nichts anderes als die Wiederholung der üblen Nachrede bedeutet. Ein weiteres Beispiel für die bedrohlich zunehmenden Geschichts- und Rechtsirrtümer in diesen Tagen – und für die Notwendigkeit eines wirksamen Diskriminierungsschutzes für Homosexuelle!

## § 28 Abs. 2 FrG 1997 verfassungswidrig

**Österreich.** Mit Erkenntnis vom 8. 4. 2000, G 1/00, hat der VfGH § 28 Abs 2 FrG als verfassungswidrig aufgehoben und festgelegt, dass die Aufhebung mit Ablauf des 31. 3. 2001 in Kraft tritt (zum Prüfungsbeschluss vgl. **juridikum** Nr. 0/00, 3).

In seinem Erkenntnis stellt der VfGH das Prinzip, die befristete Sichtvermerksfreiheit des in Österreich geborenen Kindes an die fremdenrechtliche Stellung der Mutter zu binden, nicht in Frage, seine gleichbehandlungsrechtlichen Bedenken richten sich nur gegen die Ausnahmslosigkeit dieser Regelung. Eine Ungleichbehandlung von Kindern, deren Mütter oder Väter zum Aufenthalt in Österreich berechtigt sind, ist nach den Ausführungen des VfGH in dem Erkenntnis nicht verfassungswidrig, wenn in besonderen (Härte-)fällen Ausnahmen vorgesehen sind.

Bemerkenswert an dem Gesetzesprüfungsverfahren ist die Stellungnahme der Bundesregierung, in der die Verfassungsmäßigkeit des § 28 FrG 1997 begründet wird. Diese Stellungnahme ist weniger durch (verfassungs-)rechtliche Überlegungen, sondern vielmehr von (allgemein-)politischen Erwägungen gekennzeichnet. So bringt die Bundesregierung vor, dass der Gesetzgeber auch aufgerufen war, „Missbrauchsmöglichkeiten hintanzuhalten.“ Wenn es für die Sichtvermerksfreiheit des in Österreich lebenden Kindes ausreichend wäre, dass nur der Vater über einen österreichischen Aufenthaltstitel verfügt, schließt die Bundesregierung, „wäre es ein Leichtes, das österreichische Zuwanderungssystem zu durchbrechen“. Durch die Sichtvermerksfreiheit des in Österreich geborenen Kindes infolge des Aufenthaltsrechtes des Vaters „würde das österreichische Zuwanderungs- und Quotensystem gleichsam durch die geschilderten tatsächlichen Gegebenheiten deutlich geschwächt, wenn nicht gar außer Kraft gesetzt“, befürchtet die Bundesregierung.

Diesen Überlegungen folgend sieht auch die am 1. 7. 2000 in Kraft getretene Neuregelung des § 28 Abs 2 FrG vor, dass die Sichtvermerksfreiheit für

in Österreich geborene Kinder während der ersten sechs Lebensmonate besteht, sofern die Mutter oder ein anderer Fremder, dem Pflege und Erziehung allein zukommt, rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen ist oder Pflege und Erziehung einem österreichischem Staatsbürger zukommt. Weil bei der Bundesregierung die Angst vor Missbrauchsmöglichkeiten weiterhin groß ist, und das österreichische Zuwanderungssystem durch

die (tausenden?) von nicht zum Aufenthalt berechtigten Müttern geborenen Kinder durchbrochen oder gar außer Kraft gesetzt werden könnte, soll die Ausnahme aber nur gelten, solange der zur Pflege und Erziehung Berechtigte rechtmäßig niedergelassen bleibt; weiters bei Ableitung vom Vater nur, wenn diesem aus anderem Grund als wegen Verzichts der Mutter allein das Recht zur Pflege und Erziehung zukommt.

Die Damen und Herren Abgeordneten, die diese nicht leicht zu verstehende Bestimmung beschlossen haben, sind herzlich eingeladen sie danach den Betroffenen zu erklären.

Wilfried Embacher

## Pseudohistoriker verliert Verleumdungsprozess

**England.** Der britische Autor und „Star“ des europäischen Rechtsextremismus David Irving hat einen von ihm selbst angestregten Verleumdungsprozess verloren. Der 62-jährige Verfasser diverser revisionistischer Werke, in denen die Systematik des Holocaust und die Existenz von Gaskammern geleugnet werden, hatte die amerikanische Historikerin Deborah Lipstadt und den britischen Penguin-Verlag wegen Verleumdung und Rufschädigung verklagt, weil Lipstadt ihn im 1994 erschienenen Buch „*Denying the Holocaust*“ als „Hitler-Bewunderer“ und „gefährlichen Holocaust-Lügner“ bezeichnete, der „Scheuklappen trägt, Dokumente verfälscht und Fakten unrichtig wiedergibt“. David Irving, so die an der Universität Emory/Atlanta lehrende Historikerin Lipstadt, versuche Adolf Hitler in einem besseren Licht darzustellen, um ihn von seiner Schuld an der systematischen Ermordung der europäischen Juden reinzuwaschen.

Das oberste britische Zivilgericht, der High Court in London urteilte nun, dass man Irving ungestraft Geschichtsfälschung vorwerfen dürfe. Richter Charles Gray erklärte in seiner Urteilsbegründung, Irving habe in gravierender Weise die Beweislage falsch dargestellt und historische Fakten manipuliert. Lipstadt und den Anwälten des

Penguin-Verlages sei es gelungen nachzuweisen, dass sich Irving bemühe, mit der Verdrehung von Tatsachen, mit Fälschungen und inkorrekten Zahlen den Holocaust zu leugnen und seine rechtsextremen Ansichten zu untermauern. Der Richter befand, Irving sei „ein Rassist, ein Antisemit und ein aktiver Holocaust-Lügner mit Verbindungen zur rechtsextremen Szene“.

Die *Jerusalem Post* wertete dieses Gerichtsverfahren als „meistbeachteten Holocaust-Prozess seit Adolf Eichmann“. Immerhin hatte die israelische Regierung die 40 Jahre unter Verschluss gehaltenen Tagebücher Eichmanns freigegeben, um Irvings Thesen zu widerlegen.

David Irving selbst erklärte unmittelbar nach Prozessende, dass seine Reputation als Historiker durch das Verfahren dennoch gestärkt worden sei, hatte man ihm doch die Möglichkeit geboten, seine Theorie der so genannten „Auschwitz-Lüge“ öffentlich und vor dem britischen Höchstgericht zu präsentieren. Zu diesem Zeitpunkt wusste er allerdings noch nicht, dass ihm der Richter auch den Ersatz der Kosten des neunwöchigen Verfahrens von umgerechnet mehr als vierzig Millionen Schilling auferlegen wird.

Daniel Ennöckl



# Amtsmissbrauch durch ÖH-Vorsitzende?

**Österreich.** Mit den politischen Vorgängen innerhalb der Österreichischen HochschülerInnenschaft (ÖH) an der Universität Wien muss sich derzeit die Staatsanwaltschaft Wien auseinandersetzen. Zu Beginn dieses Jahres waren zwei Mandatare aus der ÖVP-nahen Aktionsgemeinschaft (AG) ausgetreten, woraufhin diese ihre Mehrheit im Hauptausschuss verlor. Das linke Oppositionsbündnis aus VSStÖ, GRAS, KSV, LFS und LUST brachte deshalb einen Antrag auf Abwahl der Vorsitzenden Angelika Obermayr und ihrer Stellvertreterin ein, der am 26. Jänner 2000 hätte abgestimmt werden sollen. Um ihrer Abwahl zu entgehen, ließ Angelika Obermayr diese Sitzung des Hauptausschusses wegen angeblicher Abwesenheit sämtlicher Mandatarinnen und Mandatare bereits nach zwei Minuten vertagen (von Obermayr protokollierte Dauer der Sitzung des Hauptausschusses: 9:05 bis 9:07 Uhr). Zu diesem Zeitpunkt warteten jedoch nachgewiesenermaßen 15 bis 20 Mitglieder des Hauptausschusses großteils vor, teilweise aber auch im Festsaal der Universität Wien auf den Beginn der Sitzung.

Das Oppositionsbündnis reichte daraufhin eine Dienstaufsichtsbeschwerde beim Bundesministerium für Wissenschaft, Bildung und Kultur gegen das Verhalten der Vorsitzenden ein. Dieses befragte mehrere Hauptausschussmitglieder, die behaupteten, zum strittigen Zeitpunkt im oder vor dem Festsaal anwesend gewesen zu sein. Aufgrund der „gläubwürdigen Aussagen der Zeuginnen und Zeugen“ kam das Ministerium zu dem Schluss, dass die Schließung der Sitzung zwei Minuten nach Beginn aufgrund der Anwesenheit von mehreren Mandatarinnen und Mandataren rechtswidrig war. Die Vorsitzende habe die einzelnen Mandatarinnen und Mandatare entgegen der Geschäftsordnung nicht namentlich aufgerufen, weshalb eine Feststellung der Beschlussfähigkeit bzw. Nichtbeschlussfähigkeit gar nicht möglich gewesen wäre. Zur Glaubwürdigkeit der Aussagen der Vorsitzenden Angelika Obermayr, die ein rechtswidriges Verhalten immer bestritt, führte das Bundesministerium aus: „Dass die Vor-

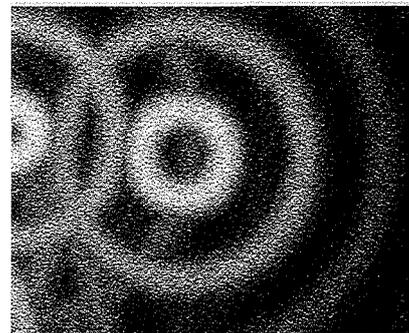
sitzende Angelika Obermayr die Sitzung unbedingt nicht durchführen und somit verhindern wollte, ergibt sich aus dem gegen ihre Person gerichteten Abwahlverfahren. [...] Die Aussagen der oben erwähnten Mandatarinnen und Mandatare (Anm.: des Oppositionsbündnisses) als Zeuginnen und Zeugen bei der Sitzung am 26. Jänner 2000 im Festsaal bzw. im Vorraum anwesend gewesen zu sein, sind schon deshalb glaubwürdiger und nachvollziehbarer als die Aussagen der Vorsitzenden Angelika Obermayr, weil diese Mandatarinnen und Mandatare ein Interesse am Stattfinden der Sitzung und somit an der Abwahl der Vorsitzenden gehabt haben.“ Nach Prüfung des festgestellten Sachverhaltes kam das Ministerium schlussendlich zum Ergebnis, dass „die Vorsitzende Angelika Obermayr somit rechtswidrig gehandelt hat“ (Bescheid des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur vom 18. 4. 2000, GZ 52.520/6-I/D/2(VII/D/2)/2000).

Pikantes Detail am Rande: Da aufgrund der Aussage Obermayrs gegenüber dem Wissenschaftsministerium nun der Verdacht des Missbrauches der

Amtsgewalt im Sinne des § 302 StGB und der falschen Beweisaussage vor einer Verwaltungsbehörde im Sinne des § 289 StGB bestehe, sah sich das Ministerium dazu verpflichtet, gemäß § 84 StPO die Staatsanwaltschaft zu informieren.

Zwischenzeitlich wurden zwei weitere Abwahanträge gegen die ÖH-Vorsitzende eingebracht. Angelika Obermayr weigerte sich aber bislang, diese ordnungsgemäß eingebrachten Anträge auf die Tagesordnung der Sitzungen des Hauptausschusses zu nehmen und darüber abstimmen zu lassen. Trotz der daraufhin eingeleiteten Dienstaufsichtsverfahren des Wissenschaftsministeriums und des anhängigen Strafverfahrens will Angelika Obermayr aber vorerst weiterhin als ÖH-Vorsitzende im Amt bleiben.

Daniel Ennöckl



## Weihnachtsbegnadigung mal anders

**Österreich.** Der „Erlass vom 5. Mai 2000 betreffend die Durchführung einer Gnadenaktion aus Anlass des Weihnachtsfestes 2000“, GZ 4728/1-IV 3/00, irritiert. Es entspricht zwar der bisherigen Praxis, dass bestimmte Tätergruppen und bestimmte Straftaten von der Weihnachtsbegnadigung ausgeschlossen werden. Neu ist, dass diesmal generell Personen ausgeschlossen werden, die zumindest unter anderem Strafen verbüßen, die wegen strafbarer Handlungen nach dem Suchtgift- oder dem Suchtmittelgesetz verhängt worden sind (§ 2 Abs 1 Z 5 lit b des Erlasses).

Im vergangenen Jahr waren nicht nur die Vergehen nach den §§ 16 SGG, 27, 30 SMG der Gnade vor den Weihnachtsfeiertagen zugänglich, sondern auch andere Delikte nach dem SGG oder SMG, wenn die Summe der zu-

mindest auch wegen Suchtmitteldelikte verhängten Freiheitsstrafe zwei Jahre (!) nicht überstieg (§ 2 Abs 1 Z 5 lit b des Erlasses vom 8. Juni 1999, GZ 4727/1-IV 5/99). Auch in den Jahren zuvor gab es ähnliche Regelungen, die zwischen Konsumenten, Kleindealern, mittelschweren Suchtgiftstraftaten einerseits und dem Bereich schwerer Verfehlungen andererseits zu differenzieren wussten.

Ab sofort fallen also Strafgefangene, bei denen eine noch so „kleine“ Suchtgift-Verurteilung (mit)vollzogen wird, aus der Weihnachtsbegnadigung gnadenlos raus. Im Justizprogramm der Regierungskoalition findet sich keine entsprechende Ankündigung. Warum (re)agiert die Justizverwaltung so (rasch)?

Richard Soyser

# Strafverteidigung im Nationalsozialismus

Welche Lehren lassen sich ziehen?<sup>1</sup>

Stefan König

Wir haben in die Zukunft geschaut, blicken wir nun in die Vergangenheit. Beides gehört zusammen, besonders an dieser Stelle. Denn der Saal, meine Damen und Herren, in dem wir uns befinden, hat eine wechselvolle Geschichte. Auf den Tafeln, die draußen, vor der Tür, angebracht sind, können Sie nachlesen, dass er ua von August 1944 bis Januar 1945 einem nationalsozialistischen Ausnahmegericht, dem Volksgerichtshof, als Sitzungssaal diente. Auf den Tafeln und einer Inschrift hier im Saal ist auch die Rede von Roland Freisler, dem letzten Präsidenten des Gerichts. Was Adolf Hitler für die Deutschen im Allgemeinen bedeutet, das ist Roland Freisler für die deutschen Juristen. Seinen furchtbaren Ruf hat er sich besonders als Vorsitzender Richter in den Prozessen gegen die Männer und Frauen des deutschen Widerstands nach dem 20. Juli 1944 verdient. Über hundert von ihnen sind vom Volksgerichtshof zum Tode verurteilt worden. Einige dieser Prozesse sind hier verhandelt und übrigens auch filmisch dokumentiert worden.

Ich will über Strafverteidigung unter den Bedingungen nationalsozialistischer Herrschaft sprechen, über Strafverteidigung, die ua vor dem Volksgerichtshof stattfand. Gab es da überhaupt etwas, was diesen Namen verdiente? Lassen wir einen zeitgenössischen Beobachter zu Wort kommen: Er berichtete Folgendes:

Es gebe am Volksgerichtshof Verteidiger, die meinten, sie müssten „staatsanwaltlicher als der Staatsanwalt“ sein, sie müssten „nachholzen, als habe der Staatsanwalt selbst noch nicht genug gesagt“. Und weiter:

„Solche Fälle sind nicht ganz selten vor dem Volksgerichtshof. Ein Fall ist sogar vorge-

kommen, in dem ein bekannter Verteidiger, der eine Wahlverteidigung in einem Fall übernommen hatte, in dem auch nicht viel zu verteidigen war, zum Schluß, man hatte den Eindruck, um die Übernahme der Verteidigung zu entschuldigen – sagte, der Zweck seiner Verteidigung sei damit erreicht, daß er den Angeklagten veranlaßt habe, ihm einen Hintermann zu nennen. Deshalb habe er die Verteidigung überhaupt übernommen. Wohl jeder im Saal hat sich gefragt, ob er auch mit dieser Begründung sich das Honorar vom Angeklagten hat versprechen oder bezahlen lassen.“

Sie werden sich vielleicht wundern, wenn ich Ihnen verrate, wer diese Beobachtungen niedergelegt hat. Es war derselbe Roland Freisler, von dessen Schreckensregiment ich gerade berichtete. Wenn selbst ein Mann wie Freisler, von dem man nicht unbedingt vermuten wird, dass er ein Freund kämpferischer Verteidigung war, sich über den von ihm beschriebenen Verfall forensischer Advokatur beklagte, wie muss es dann um die Strafverteidigung im Nationalsozialismus bestellt gewesen sein?

Ich will einen Teil der Antwort vorwegnehmen: Es war nicht ganz so schlimm, wie Sie jetzt vielleicht befürchten. Und dass Freisler sich über Verteidiger solcher Art erregte, zeigt schon, dass er jedenfalls auch andere gewohnt war. Und es zeigt weiter: Dass auch anderes möglich war. Wie die Grenzen, wie groß die Spielräume waren, wie sie genutzt wurden, dazu im Folgenden etwas mehr.

Folgen Sie mir zunächst in das Jahr 1933, das Jahr der nationalsozialistischen Machtübernahme. Die Ausschaltung kritischer, oppositioneller Kräfte ergriff sogleich auch die Anwaltschaft. Jüdische Anwälte, aber auch solche, denen nachgesagt wurde, sie hätten sich

„kommunistisch betätigt“, wurden auf der Grundlage eines Gesetzes vom 7. April 1933 aus der Anwaltschaft entfernt. Ausgenommen blieben lediglich diejenigen jüdischen Anwälte, die im 1. Weltkrieg Frontkämpfer oder Väter oder Söhne von im Weltkrieg Gefallenen waren. Auf diese Weise wurden einige der engagiertesten Kollegen (Kolleginnen gab es damals fast keine) aus der Anwaltschaft ausgeschlossen. Denn gerade unter ihnen waren viele Anwälte jüdischer Herkunft. Auch wenn aufgrund der genannten Ausnahmen ein großer Teil der jüdischen Anwälte, weit mehr als die Hälfte, zunächst ihre Zulassung behielten, war die einschüchternde Wirkung der ergriffenen Maßnahmen doch enorm. Überdies wurden sie an vielen Orten durch die inszenierte Erregung des „Volkszorns“ vorbereitet, der sich im Erstürmen von Gerichtsgebäuden und dem Verprügeln von jüdischen Richtern und Rechtsanwälten (oder auch nur solchen, die so aussahen) entlud. Vernichtender noch für die forensische Kultur waren die Auswirkungen der politischen Klausel des Gesetzes vom 7. April 1933. Danach war aus der Anwaltschaft zu entfernen, wer sich „kommunistisch betätigt“ hatte. Zwar war die Zahl derer, die deswegen ausgeschlossen wurden, gemessen an der Gesamtzahl der Anwälte geradezu verschwindend gering. Sie lag unter einem Prozent. Die Klausel wurde allerdings von den Justizverwaltungen bewusst willkürlich eingesetzt. In den Unterlagen des Reichsjustizministeriums findet sich eine Notiz aus dem Jahr 1940, in der es heißt:

„Es steht fest, daß 75% (roher Schätzung) der wegen kommunistischer Betätigung entfernten Rechtsanwälte den Kommunisten nicht nahegestanden haben. Das war bekannt auch in dem Augenblick, als die Entfernung erfolgte. Von einigen stand fest, daß sie erbitterte Feinde der Kommunisten waren.“

Wer wegen des Vorwurfs eines politisch motivierten Delikts vor Gericht stand (und das waren gerade in den ersten Jahren nationalsozialistischer Herrschaft viele), hatte in der Folgezeit große Mühe, einen Verteidiger zu fin-

<sup>1</sup> Vortrag auf der Jahrestagung der European Criminal Bar Association am 28./29. April 2000 in Berlin. Die Vortragsform wurde beibehalten.

Anstelle von Fundstellennachweisen verweise ich auf meine Untersuchung „Vom Dienst am Recht. Rechtsanwälte als Strafverteidiger

im Nationalsozialismus“, Berlin/New York 1987. Dort finden sich weiterführende Quellenbelege.

den. Anwälte, die in solchen Fällen als Pflichtverteidiger beigeordnet wurden, distanzierten sich öffentlich von denen, die sie nur verteidigten, weil ihnen, wie sie sagten, „nichts anderes übrig“ blieb. Ernst *Fraenkel*, jüdischer Anwalt und Sozialdemokrat, der bis 1938 als Anwalt zugelassen blieb, schrieb in einer im Ausland erschiene- nen Zeitschrift, unter dem „Damokles- schwert des Anwaltsgesetzes“ sei kein Anwalt mehr bereit, die Verteidigung eines Angeklagten in einem politischen Strafverfahren zu übernehmen – gleichgültig ob Kommunist oder nicht. „Denn“, so *Fraenkel*, „welcher politi- sche Sträfling ist in den Augen der Jus- tizverwaltung kein Kommunist?“

An dieser Stelle ein Wort zur Rolle der Anwaltskammern: Ihre Vorstände waren schon im Frühjahr 1933 hand- streichartig durch Parteigänger des „Neuen Staates“, also Nationalsozialis- ten oder Rechtskonservative ersetzt worden. Die Reichsrechtsanwaltsord- nung von 1936 schaffte die Unabhän- gigkeit der Kammern vollständig ab: Ihre Präsidenten wurden weisungsge- bundene Ausführungsorgane des Präsi- denten der Reichsrechtsanwaltskam- mer. Sie wurden – ebenso wie dieser – vom Reichsjustizminister ernannt. Die anwaltliche Berufsgerichtsbarkeit wur- de in zweiter (und letzter) Instanz dem Ehrengerichtshof bei der Reichsrechts- anwaltskammer übertragen. Man wird von den so gesäuberten und kupierten Standesvertretungen wenig Unterstüt- zung für Anwälte erwarten, die politi- sch unerwünschte Verteidigungen führten. So taten sich auch die neu ein- gesetzten Kammervorstände durch en- ergisches Vorgehen gegen politisch missliebige Kollegen hervor und kriti- sierten gar in einigen Fällen das in ih- ren Augen zu lasche Vorgehen der Jus- tizverwaltungen. Später hat sich das etwas geändert.

Zuvor aber ein Blick auf diejenigen, die den Einschüchterungsversuchen der Machthaber trotzten und sich als Verteidiger engagiert für politisch Ver- folgte einsetzten. Es hat sie nämlich gegeben, und es ist erstaunlich, was sie zuwegebrachten. Der schon ge- nannte Ernst *Fraenkel* war unter ihnen. Obschon er als Sozialdemokrat be- kannt und, wie gesagt, jüdischer Her- kunft war, trat er in vielen politischen Strafsachen als Verteidiger auf. Bemü- hungen des Kammergerichtspräsi- denten und auch der Geheimen Staatspoli-

zei, die seine Verbindungen zur SPD- Führung im Prager Exil beobachtete, seine Tätigkeit zu unterbinden, hinde- ren ihn nicht daran, sie fortzusetzen. Erst 1938, als den letzten jüdischen An- wälten die Zulassung entzogen wurde, verließ er Deutschland. 1941 erschien in den USA sein Werk „The dual state. A contribution to the theory of dictator- ship“, das zu den wichtigsten Analysen des nationalsozialistischen Herr- schaftssystems zählt.

Aber auch Konservative, wie zB der Berliner Anwalt Fritz *Ludwig*, Mitglied der NSDAP, Verteidiger des Kommunis- tenführers Ernst *Thälmann*, blieben ih- rem Anwaltsethos treu. Über *Ludwigs* Tätigkeit hat *Thälmanns* Witwe (*Thäl- mann* wurde 1944 im KZ ermordet), Rosa *Thälmann*, 1947 geschrieben:

„Er setzte sich ganz für die Vorbereitung der Verteidigung ein. . . . (Er) besuchte mei- nen Mann mehrmals wöchentlich im Unter- suchungsgefängnis . . . , versuchte in zahl- reichen Eingaben, ihm Hafterleichterungen zu verschaffen und tat alles für ihn, was in sei- nen Kräften stand. Dabei hielt er sich kei- neswegs an die Grenzen dessen, was ihm als Verteidiger erlaubt war. Obwohl die Strafsache meines Mannes bei Gericht als ‚Geheime Reichssache‘ geführt wurde, überließ er dem Rechtsanwalt Roetter, der aus Deutschland floh, die Anklageschrift . . . sowie das sonstige Material zur Abschrift- entnahme, um dadurch die Zusammenar- beit mit dem *Thälmann*-Komitee zu ermög- lichen, und konferierte häufig mit ausländi- schen Juristen und Gesinnungsfreunden meines Mannes über den Prozeß.“

Weitere Namen, weitere Schicksale könnte ich nennen. Sie machen deut- lich, dass den Mutigen jedenfalls bis Kriegsbeginn erhebliche Freiräume blieben, die sie zum Teil trotz Beobach- tung durch die Geheime Staatspolizei ausnutzten.

Überhaupt gingen die Machthaber mit der Institution der Strafverteidi- gung wesentlich behutsamer um, als man es angesichts der heutigen Vor- stellungen von der nationalsozialisti- schen Justiz vermuten möchte. Zwar wurde immer wieder über gesetzliche Handhaben gegen Verteidiger nachge- dacht, deren Auftreten „wichtigen all- gemeinen Interessen des Staates zuwi- derlaufen würde“. Sie sollten nach ei- nem „Entwurf eines Gesetzes über die Verteidigung in Strafsachen“ von 1936 im einzelnen Fall als Verteidiger zu- rückgewiesen werden können. In den Entwurf einer „Strafverfahrensord- nung“, der 1936 bis 1939 im Reichsjus-

tizministerium beraten wurde, sollte eine Bestimmung aufgenommen wer- den, die den Verteidiger zum „Organ der Rechtspflege“ erklärte. Der Vor- schlag wurde verworfen.

Allerdings blieben wesentliche Be- reiche der staatlichen Verfolgungspra- xis der Anwaltschaft vollkommen ver- schlossen. So ließ die mächtige Gehei- me Staatspolizei anwaltlichen Beistand beispielsweise für alle diejenigen, die in Konzentrationslagern interniert wurden, nicht zu. Gestapo-Justitiar Werner Best hielt es 1935 für

„geradezu unmöglich, auch nur in Erwä- gung zu ziehen, daß die Geheime Staatspo- lizei allgemein Angehörigen des in seiner Zusammensetzung noch recht uneinheitli- chen Rechtsanwaltsstandes – zum Beispiel jüdischen Rechtsanwälten – über die Grün- de ihrer Maßnahmen Rechenschaft schuldig wäre“

und noch deutlicher an anderer Stelle, zwei Monate später:

„Auf keinen Fall darf zugegeben werden, dass die Anwendung der Schutzhaft irgend- wie in justizähnliche Formen der Entschei- dung und Nachprüfung übergeleitet wird. Die Anerkennung einer Verpflichtung zur Zulassung von Rechtsanwälten in Schutz- haftsachen und die daraus folgende Aner- kennung bestimmter Rechte dieser Rechts- anwälte wäre der erste Schritt hierzu. Die Verfahrensformen der Justiz sind für den Kampf gegen die Staatsfeinde unter den gegenwärtigen Verhältnissen schlechthin un- zulänglich.“

Bei dem Ausschluss von Anwälten durch die Gestapo ist es – trotz nach- haltiger Versuche seitens der Reichs- rechtsanwaltskammer und des Justiz- ministeriums, eine Änderung herbeizu- führen – bis zum Ende des nationalso- zialistischen Regimes geblieben. Das war für die Strafverteidigung ua des- halb von einschneidender Konsequenz, weil die faktische Strafverfolgung durch die Geheime Staatspolizei die rechtsförmige Strafjustiz im Laufe der Zeit weitgehend verdrängte. Der Hal- tung der Gestapo, anwaltliche Vertre- tung nicht zuzulassen, schlossen sich seit 1939 auch andere staatliche Stel- len an. So beispielsweise die mit weit reichenden Befugnissen ausgestatte- ten Preisbehörden. Sie konnten in be- stimmten Fällen Geldstrafen in unbe- grenzter Höhe verhängen oder Be- triebsschließungen anordnen. Auch im Strafverfahren selbst wurden die Rech- te des Beschuldigten (und damit auch der Verteidigung) besonders seit 1939 erheblich eingeschränkt. Am 1. Sep-

tember 1939 wurde das Beweisanztragsrecht abgeschafft, nachdem es bei den Sondergerichten, dem schon 1933 geschaffenen Prototyp nationalsozialistischer Strafgerichte, von vornherein ebenso wenig wie ein Rechtsmittel vorgesehen war. Ihre Zuständigkeit wurde kontinuierlich erweitert.

Man kann – nicht zuletzt vor dem Hintergrund dieser Entwicklung – spätestens seit 1940 von einer Krise des Verhältnisses zwischen Anwaltschaft und nationalsozialistischem Staat sprechen. Hiervon waren besonders die Strafverteidiger betroffen. Um den Gegenstand dieser „Krise“ verständlich zu machen, und um Ihnen eine Vorstellung von den Erwartungen des nationalsozialistischen Staates an die Rolle des Strafverteidigers zu vermitteln, will ich Ihnen den Namen und das Schicksal eines weiteren Rechtsanwaltes in Erinnerung rufen: Rechtsanwalt *Gröpke* aus Hannover.

Der Mann war eigentlich ganz und gar unpolitisch, ungefähr so bedeutend wie ich, also völlig unbedeutend. Ein ganz normaler Anwalt, der seine Arbeit machte, nicht mehr, aber eben auch nicht weniger. Gerade das war vermutlich der Grund, dass sich das „Schwarze Korps“, die einflussreiche Zeitung der SS, mit ihm befasste. Es widmete ihm am 29. August 1940 einen ganzseitigen Artikel unter der Überschrift „Rechtswahrer *Gröpke* contra Deutschland“. Sein „Feldzug gegen das Deutsche Reich“, wie es an anderer Stelle hieß, hatte in Folgendem bestanden:

Er hatte eine Frau verteidigt, die zu vier Monaten Gefängnis verurteilt worden war, weil sie größere Mengen bezugscheinpflichtiger Waren – Seife und Seifenpulver – ohne Bezugsschein erworben, wie es damals hieß „gehamstert“ hatte. In der Berufungsinstanz wurde das Verfahren eingestellt. Eine gerichtliche Einziehung der beschlagnahmten Waren unterblieb. Allerdings hatte sie zwischenzeitlich die Gestapo an sich gebracht und der „Nationalsozialistischen Volkswohlfahrt“ übergeben. Rechtsanwalt *Gröpke* forderte die Gestapo zur Herausgabe bzw. zum Ersatz des Schadens auf. Als er schließlich gar Klage erhob, war ein Fall geschaffen, der dem Schwarzen Korps zum propagandistischen Rundumschlag gegen die Anwaltschaft geeignet schien. *Gröpke* hatte in seiner Klage ausgeführt, die Gestapo habe

sich ohne Rechtsgrund des Eigentums seiner Mandantin bemächtigt. Das Deutsche Reich sei aber ein „Rechtsstaat, in welchem keine Willkür herrscht“. Der Vorwurf der Willkür erboste das „Schwarze Korps“ ganz besonders. Denn auf eine Rechtsgrundlage konnte es nach seiner Auffassung nicht ankommen. Das „Hamstergut“ würde „auch dann rechtmäßig dem Volk verfallen, wenn es hierfür noch keine einschlägigen Bestimmungen geben würde.“

Es wird deutlich, was von dem Rechtsanwalt nationalsozialistischer Prägung erwartet wurde: Er solle nicht am formalen Recht kleben, sich vielmehr selbst gegen das Interesse seines Mandanten und erforderlichenfalls auch gegen das geltende Recht höherem, staatlichem Interesse unterwerfen. Hierzu waren die deutschen Anwälte nach Ansicht der „Schwarzen Korps“ nicht in der Lage, denn, so schrieb es, „sie schlagen alles über den Leisten ihrer Paragraphen-Schusterei, alles und also auch den Staat, denn sie kennen ja keine Furcht vor etwas Höherem.“

In einem weiteren Artikel über den „Fall *Gröpke*“, der etwa ein halbes Jahr später erschien, wurde das „Schwarze Korps“ deutlicher. Seine Erwartungen an den „nationalsozialistischen Rechtswahrer“ formulierte es so:

„Wer das Recht wahren will, muss auch den Geist wahren wollen, der den Staat erfüllt und in dem der Staat seine Gesetze schafft. ... Ein Recht als Selbstzweck, ein Recht, das sich sogar gegen den Staat erheben könnte, ein solches Recht kannten nur die liberalistischen Paragraphenschuster, die jüdischen Advokaten der Demokratie, die sich den Staat so schwach wie möglich wünschten ...“

Ich will mich an dieser Stelle von dem Rechtsanwalt *Gröpke* verabschieden, allerdings nicht ohne den Hinweis, dass er entgegen der Aufforderung des „Schwarzen Korps“, ihn aus der Anwaltschaft zu entfernen, vom Ehrengericht der Rechtsanwaltskammer Celle zu einem Verweis und 5.000 RM Geldstrafe verurteilt wurde, der höchsten Strafe vor dem Ausschluss. Das Urteil wurde rechtskräftig.

Die Veröffentlichung über seinen Fall war wohl überlegt platziert. Sie fiel in eine Zeit, in der im Reichsjustizministerium über eine umfangreiche Reform der Rechtsanwaltsordnung nachgedacht wurde. Sie wurde nach dem

„Fall *Gröpke*“ radikal zusammengestrichen und im April 1941 verabschiedet. Im Mittelpunkt stand eine Bestimmung, die dem Reichsjustizminister gestattete, einem Rechtsanwalt „zeitweilig oder dauernd die Ausübung seines Berufs“ zu untersagen, wenn er „durch Verletzung der ihm obliegenden Pflichten staatswichtige Belange gefährdet.“ Anwendungsfälle der Bestimmung sind mir nicht bekannt. Ich vermute, es hat sie nicht gegeben. Ein Fall, in dem erwogen wurde, sie anzuwenden, ist in den Unterlagen des Reichsjustizministeriums dokumentiert. Er betraf ein ehemaliges Mitglied der SPD, das durch verschiedene Äußerungen als Verteidiger vor dem Sondergericht die Aufmerksamkeit des Sicherheitsdienstes auf sich gezogen hatte, der nun seine Entfernung aus der Anwaltschaft forderte. Das Reichsjustizministerium leistete dem nicht Folge.

Die „Krise der Anwaltschaft“ dauerte – besonders auf dem Gebiet der Strafverteidigung – an, sie spitzte sich sogar zu. Das „Schwarze Korps“ steigerte sich zu immer heftigeren Anwürfen gegen Rechtsanwälte, bezeichnete sie als „Dreckaufwirbler und Kloakentiere“, schlug schließlich vor: „Erst wenn man sie einfängt und bei nützlicher Beschäftigung darüber belehrt, was Zeit und Arbeit gilt, werden sie – vielleicht – Vernunft annehmen.“

Obwohl der Präsident der Rechtsanwaltskammer *Neubert* solcher Polemik mit scharfen Repliken entgegentrat, verbesserte sich die Stimmung für die Strafverteidiger nicht. Im Gegenteil: Der kommissarisch amtierende Reichsjustizminister *Schlegelberger* schrieb 1942 an *Neubert*:

„Strafverteidiger verdrehen den Tatbestand und stellen mit unververtretbaren Rechtsausführungen Anträge, die eines nationalsozialistischen Rechtswahrers nicht würdig sind. Hierdurch verleiten sie besonders in kriegsbedingten Strafsachen rechtsunkundige Volksgenossen zu unbegründeter Kritik an strengen Strafurteilen, die entsprechend den Zielen der Staatsführung völkische Notwendigkeiten verwirklicht haben.“

Seine Aufforderung, die ehrengerichtliche Spruchpraxis, die in den Händen der Anwaltskammern bzw. der Rechtsanwaltskammer lag, zu verschärfen, blieb ebenso folgenlos wie der Appell, häufiger von der oben erwähnten Klausel in der 1941 reformierten Rechtsanwaltsordnung Gebrauch zu machen. Im März 1943 wurde den An-

waltskammern daher die Ehrengleichheit entzogen und auf die richterlichen Dienststrafgerichte übertragen. Und als auch das nicht fruchtete, ging es – im April 1944 – ans Eingemachte: An das Honorar. Honorarvereinbarungen in Strafsachen wurden verboten. Das Honorar wurde künftig nach einem gesetzlich vorgegebenen Gebührenrahmen bestimmt. Man hatte erkannt, dass alle Versuche, den Strafverteidiger auf die *raison* des nationalsozialistischen Staates zu verpflichten, nichts fruchteten, solange er von seinem Auftraggeber für seine Verteidigung bezahlt wurde – und das gelegentlich nicht schlecht. Ich brauche nicht näher auszuführen, dass auch das nicht die von den Machthabern gewünschten Erfolge brachte. Weitere Schritte in Richtung der offenbar geplanten Verbeamtung der Strafverteidiger sind nicht mehr unternommen worden. Der Zusammenbruch des nationalsozialistischen Staates setzte dem ein Ende.

Können wir Lehren hieraus ziehen? Ich will es mit aller gebotenen Zurückhaltung versuchen:

### 1. Das Geld und das Interesse

Es hat etwas Begühigendes, dass der Versuch, Strafverteidiger auf die *Raison* des nationalsozialistischen Staates zu verpflichten, in erster Linie daran scheiterte, dass der Verteidiger darauf angewiesen ist, Mandanten zu finden, die ihn auch *bezahlen* – und das nicht dafür, dass er sie an den Staat und seine Justiz verrät. Dass Strafverteidiger nicht in dem Maße zu Handlangern des totalitären Regimes verkamen wie die Strafjustiz im Übrigen, die zehntausende von Todesurteilen produzierte, ist dem Umstand zu verdanken, dass sie dem Interesse der Mandanten verpflichtet blieben. Dessen Wahrnehmung – in dem Rahmen, den Straf- und Strafprozessrecht vorgeben – kann allein Aufgabe des Verteidigers sein, nicht die Verwirklichung eines „höheren“, überindividuellen Rechts.

### 2. Der Mut

Die weit gehende Aufhebung der bürgerlichen Freiheitsrechte durch den nationalsozialistischen Staat hat nicht verhindern können, dass die von seinen Maßnahmen betroffenen Menschen sie für sich einforderten. Sie fan-

den auch Strafverteidiger, die den Mut besaßen, sie dabei zu unterstützen. Es ist erstaunlich, wie man die Mutigen dabei gewähren ließ. Der Mut, das Unerwünschte, das Unmögliche gar zu wagen, ist ein wesentliches Element einer Kultur von Strafverteidigung, die sich – dann – auch unter ihr feindlichen Bedingungen behauptet. Allerdings nicht nur unter solchen: Auch der Rechtsstaat, der der Verteidigung günstige Bedingungen bietet, braucht Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger, die bereit sind, Risiken einzugehen, dem Wind, der von der Richterbank oder aus der Öffentlichkeit entgebläst, die Stirn zu bieten.

### 3. Das Verhältnis zum Staat

Das Schwierigste ist das Verhältnis zum Staat. Wir wissen, dass wirksame Strafverteidigung angewiesen ist auf die Garantien rechtsstaatlicher Justiz. Sie kann allein der Staat gewährleisten. Dieses Bewusstsein darf aber nicht zu dem Irrtum verführen, der Verteidiger sei deshalb in irgendeiner Weise dem Interesse des Staates verpflichtet, habe ihn gar bei der Verwirklichung seines Strafanspruchs oder der Ermittlung der „Wahrheit“ zu unterstützen. Das Problem ist vielleicht ein besonders deutsches Problem. Erlauben Sie mir, doch noch einmal auf den Kollegen *Gröpke* zurückzukommen: Er hat sich nämlich 1947, als es wieder unabhängige Anwaltskammern gab, an das für ihn zuständige Ehrengericht in Celle gewandt und die Aufhebung seiner Verurteilung verlangt. Was glauben Sie, ist geschehen? Nicht viel: Man hat lediglich die Geldstrafe auf 500 Mark reduziert. Im Übrigen blieb es bei der Verurteilung. Denn *Gröpke*, (der – ich erinnere daran – Ansprüche, die seiner Mandantin zustanden, durchzusetzen versuchte), habe das Ansehen, das er als „Organ der Rechtspflege“ genoss, für eine „ungerechte Sache“ eingesetzt. Es fällt hierzulande schwer zu begreifen, dass ein gerechtes Ergebnis im Konzert des Strafprozesses allenfalls dann zu erzielen ist, wenn jeder der Beteiligten die ihm zugewiesene Rolle ausfüllt und nicht auch noch versucht, den Part des Gegenübers mitzuübernehmen.

*Dr. Stefan König ist Rechtsanwalt in Berlin.*

## Impressum

### juridikum

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

**HerausgeberInnen:** Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Birgit Feldner, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, Mag<sup>a</sup>. Maria Windhager für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Information, 1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

### Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich, Rennweg 16, Postfach 129, A-1037 Wien, Tel. 01/610 77, Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589, e-Mail: [order@verlagoesterreich.at](mailto:order@verlagoesterreich.at), <http://www.verlagoesterreich.at>

**Preis:** Jahresabonnement ATS 360,-, StudentInnenabonnement ATS 240,-, Förderabonnement ATS 600,-, exkl. ATS 100,- Porto und Versandkosten

**Erscheinungsweise:** vierteljährlich

**Redaktion:** Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Mag. Wolfgang Beran, Dr. Sepp Brugger, ao. Univ.-Prof. DDr. Nikolaus Dimmel, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Univ.-Ass. Mag<sup>a</sup>. Elisabeth Holzleithner, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Mag<sup>a</sup>. Katharina Echsel, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Walter Suntinger, Mag<sup>a</sup>. Martina Thomasberger, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Mag. Valentin Wedl, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin.

### AutorInnen dieser Ausgabe:

Univ.-Prof. Dr. Erwin Bernat, Univ.-Prof. Dr. Gudrun Biffli, RA Mag. Wilfried Embacher, RAA Dr. Daniel Ennöckl, V.-Ass. Dr. Michael Ganner, RA Dr. Josef Lachmann, DSA Alexander Anton Maly, Dr. Viktor Mayer-Schönberger, RA Dr. Stefan König, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Dr. Wolfgang Pauser, Mag<sup>a</sup>. Christa Schlager, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, Mag<sup>a</sup>. Martina Thomasberger, RA Dr. Wilfried Ludwig Weh, Mag<sup>a</sup>. Maria Windhager, Mag. Martin Zucker

### Offenlegung

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

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

Erscheinungsort: Wien

**Layout und Satz:** Laudenbach Satz & DTP, 1070 Wien

**Druck:** Print Media Austria AG, 1230 Wien

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

# Die Einäugige und der Blinde

## Oder: Die Geschichte von Netz und Recht<sup>1</sup>

Viktor Mayer-Schönberger

### Das Recht als Handlungsinstrument der Politik

Die Einäugige und der Blinde. An dieses Bild denke ich, wenn ich an die Beziehung der so genannten neuen Informations- und Kommunikationstechnologien einerseits und Politik, Gesellschaft und Recht andererseits, oder plakativ verkürzt auf den Punkt gebracht an die Beziehung von Netz und Recht denke.

Da ist zum Ersten die Politik. Stets will, ja muss Politik danach streben, die Gesellschaft zu gestalten. Sie tut dies in aller Regel mit Hilfe des Rechts. Das Recht ist eine zu einer formalen Struktur gegossene Sammlung gesellschaftlicher Regeln, welche die Mitglieder dieser Gesellschaft bindet. Politik tritt an, bestimmte Regeln in Recht zu gießen und damit Einfluss auf die gesellschaftliche Entwicklung auszuüben.

Wenn die Politik mit Hilfe des Rechts aber die Gesellschaft gestaltet – und wenigstens im Kern ist dies kaum eine kontroverielle Feststellung –, dann kann *argumentum a maiore ad minus* die Politik als Teil der Gesellschaft auch die Technik gestalten. In der Tat ist gerade zu Ende der sechziger und zu Beginn der siebziger Jahre von Rechtspolitikern im besten Sinn in Europa wie in den USA der Ruf nach gesellschaftlicher Technikgestaltung durch Recht laut geworden. Die technikgestaltende Bewegung in Deutschland mit Adalbert Podlech<sup>2</sup>, mit Wil-

helm Steinmüller<sup>3</sup> und anderen, die nicht zuletzt die gesetzliche Verankerung des Datenschutzes erreichte ist diesem Denkansatz ebenso verpflichtet, wie die Überlegungen im amerikanischen Kongress, die zur Einrichtung eines eigenen Büros für Technikabschätzung, dem Office of Technology Assessment, führte.<sup>4</sup> Völlig zu Recht gilt Joseph Weizenbaum mit seinem zu dieser Zeit erschienenen Buch „Computer Power and Human Reason“ als erster großer Mahner einer ungebremsten, unreflektierten Gläubigkeit an Informationstechnologien.<sup>5</sup>

Quintessenz dieser Überlegungen ist die gesellschaftliche Gestaltbarkeit der Technik. Sie kann jedoch nur dann gegeben sein, wenn die Technik selbst jedenfalls auch Ausdruck einer ganz bestimmten gesellschaftlichen Dimension ist. Williams<sup>6</sup> sah dies als ausschließliche Korrelation: Gesellschaft wirkt auf Technik, nicht umgekehrt. Schuhmacher<sup>7</sup>, später Kohr<sup>8</sup> vertraten diese Ansicht ebenso wie Winner<sup>9</sup>. Für sie ist Technik der Realität gewordene Weltgeist.

Die gegenteilige Ansicht – das kann man durchaus so pauschal sagen – nämlich die Ansicht, dass nicht die Gesellschaft durch ihre Gebote und Verbote, durch ihr Tun und Unterlassen die Technik präge, sondern umgekehrt, dass also ausschließlich Technik die Gesellschaft präge, hat sich nicht durchgesetzt. So ging Ogburn<sup>10</sup> in seiner nun schon klassischen Studie von

einem derartigen, einfachen, direkten und klaren Zusammenhang zwischen Technik und Gesellschaft aus. Nach ihm stoßen technische Entwicklungen – einer Billiardkugel gleich – gesellschaftliche Entwicklungen an. Allenfalls ergebe sich eine Zeitverzögerung zwischen Technik und der darauf folgenden gesellschaftlichen Auswirkung, den er als „cultural lag“ bezeichnet. Diese einfache Darstellung stieß zu recht auf heftige Kritik.<sup>11</sup> Sie ist zu deterministisch.

Kann die Politik also grundsätzlich die Gesellschaft prägen, und damit auch die Technik, dann kann auch bei den modernen Informations- und Kommunikationstechnologien der Gesetzgeber seinen Gestaltungsauftrag wahrnehmen.

Und das tut er. In den letzten fünf Jahren haben Gesetzgeber in der ganzen Welt hunderte neue Normen geschaffen, um den besonderen Herausforderungen der neuen Technologien gerecht zu werden, und sind dabei – erlauben Sie mir dieses Pauschalurteil – im Wesentlichen gescheitert.

### Fragwürdige Regulierungsversuche

Verstehen Sie mich nicht falsch: Dieses Scheitern hat nichts mit dem Gestaltungsauftrag an sich zu tun. Er besteht zu Recht. Der Gesetzgeber scheiterte nicht formal an dieser Aufgabe, sondern inhaltlich. Einem Lakatos'schen Monster<sup>12</sup> gleich wurde das Internet beschrieben: als Tummelplatz von pädophilen, die hinter jeder dunklen virtuellen Ecke auf junge Opfer warten; als gigantisches Welt-Kasino, in dem die vom Spieltrieb besessenen Menschen zu Hause vor dem PC sitzend ihr gesamtes Hab und Gut verspielen, während die russische Mafia, das kolumbianische Drogenkartell und die chinesischen Triaden ihre schmutzigen Milliarden dank Ecommerce und Ebanking im globalen Netz reinwaschen.<sup>13</sup> Die (klassischen) Medien haben im Übrigen ihres dazu beigetragen, dass die

<sup>1</sup> Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag, gehalten im Rahmen eines Schwerpunktseminars des Senates der Universität Innsbruck im Oktober 1999; Joseph Weizenbaum war Co-Referent dieses Seminars.

<sup>2</sup> Etwa Podlech, Datenschutz im Bereich der öffentlichen Verwaltung (1973).

<sup>3</sup> Steinmüller, Rechtspolitische Bemerkungen zum geplanten staatlichen Informationssystem, in Wür-

tenberger (Hrsg), Rechtsphilosophie und Rechtspraxis (1971), 81; Hoffmann/Tietze/Podlech (Hrsg), Numerierte Bürger (1975); Steinmüller, Informationsrecht und Informationspolitik (1986); Steinmüller, Riskante Netze (1990).

<sup>4</sup> Dazu Bimber, The Politics of Expertise in Congress: The Rise and Fall of the Office of Technology Assessment (1996).

<sup>5</sup> Weizenbaum, Computer Power

and Human Reason: from Judgment to Calculation (1975), dt. Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft (1978).

<sup>6</sup> Williams, Television, Technology, and Cultural Form (1975).

<sup>7</sup> Schumacher, Small is Beautiful: A Study of Economics as if People mattered (1975).

<sup>8</sup> Kohr, Overdeveloped Nations: The Diseconomics of Scale (1976).

<sup>9</sup> Winner, Autonomous Technology:

Technics-Out-of-Control as a Theme in Political Thought (1977).

<sup>10</sup> Ogburn, The Influence of Invention and Discovery, in Recent Social Trends (1933), 122 ff.

<sup>11</sup> Beispielhaft Daniels, The Big Questions in the History of American Technology, 111 Technology and Culture (1970), 1 ff.

<sup>12</sup> Lakatos, Proofs and Refutations: The Logic of Mathematical Discovery (1976).

Politik sich zu derartigen Vorstellungen motiviert sah.<sup>14</sup>

Das Ergebnis sind eine Vielzahl von überhastet konzipierten, fehlerhaften und am eigentlichen Problem meist vorbeigehenden Anlassgesetzen der übelsten Art.

So versuchte der amerikanische Kongress, das Internet mit dem Communications Decency Act<sup>15</sup> nicht nur von Pornographie zu reinigen, sondern auch von der „indecency“, jenes schwammigen Begriffes übelsten amerikanischen Verfassungsrechtes, der das umfasst, was wir in Europa als „derbe Ausdrucksweisen“ bezeichnen würden – und dazu zählt auch das einfach nur desperat geäußerte „Oh, Shit!“ Selbst dieser so derbe, wie an sich harmlose Gefühlsausbruch wäre nach dem Communication Decency Act nur unter bestimmten engen Voraussetzungen am Internet erlaubt gewesen. Denkt man an die von den gleichen amerikanischen Politikern (und Medien) verbreiteten detaillierten Informationen zum Verhältnis des Präsidenten mit seiner früheren Praktikantin, muss man verstehen, dass das amerikanischen Höchstgericht derartig nebulose Bestimmungen für das Internet rasch für verfassungswidrig<sup>16</sup> erklärte.

Doch die Politik lernt auch in den USA durch Urteile selten. Seit einem Jahr gibt es den Children Online Protection Act<sup>17</sup>, der erneut verbietet, was das Höchstgericht im Communications Decency Act invalidierte. Und wieder stoppen die Gerichte den übermütigen Gesetzgeber: Der Children Online Protection Act wurde von einem Bundesgericht für verfassungswidrig erklärt, ein Bundesberufungsgericht wird sich dem Fall in Kürze widmen.<sup>18</sup>

Aber auch in Österreich ist man vor derartigen rechtspolitischen Exzessen nicht gefeit: Die Novellierung des Glücksspielgesetzes 1996 etwa enthielt auf ausdrücklichen Wunsch des Monopolisten nicht nur ein weitgehendes Verbot, in Österreich Glücks-

spiele über das Internet anzubieten, sondern eben auch das Verbot, Staatsbürgern einen Zugang zu einem Internet-Glücksspielanbieter im Ausland zu schaffen.<sup>19</sup>

Mehr noch: Nach der Verabschiedung dieses Gesetzes richteten die österreichischen Lotterien an große Internet-Provider, also jene Unternehmen, die in Österreich einen Zugang zum Internet anbieten, ein Schreiben, in dem darauf hingewiesen wurde, dass man nicht zögern werde, die Provider verwaltungsstrafrechtlich dafür haftbar zu machen, wenn österreichische Bürgerinnen und Bürger beim Surfen im Netz an einem ausländischen Glücksspiel teilnehmen. Nach dem österreichischen Telekommunikationsgesetz wiederum ist es dem Provider bei Strafe untersagt, in die Kommunikation seiner Kunden am Internet Einblick zu nehmen.<sup>20</sup> Genau das aber müsste er tun, um dem gesetzlichen Auftrag des Glücksspielgesetzes gerecht zu werden. Man kann es auch anders formulieren: Dank des Einfallsreichtums österreichischer Anlassgesetzgebung macht sich der Internet-Provider in Österreich in jedem Fall potentiell strafbar.

Auch bei dem 1999 verabschiedeten Gesetz zu den elektronischen Signaturen<sup>21</sup> schoss der Gesetzgeber nicht nur übers Ziel hinaus, sondern gehörig daneben. Schon die Gesetzwerdung klingt wie eine billige TV-Sitcom: Da wird ein Gesetzesentwurf<sup>22</sup> mit allen Partnern, auch den Koalitionsparteien ausverhandelt. Der Telekommunikationsminister darf den Entwurf im Parlament aber nicht einbringen, weil der Bundeskanzler selbst gerne der Internet-Guru wäre. Das Bundeskanzleramt zieht die Materie an sich, um sie dann – als „Subunternehmer“ quasi – an das Justizministerium weiterzugeben. Dort wiederum besteht man darauf, einen gänzlich neuen Entwurf zu erstellen, der auch bereits eine EU-Richtlinie<sup>23</sup> umsetzen soll, die aber

erst Monate nach Verabschiedung des Signaturgesetzes beschlossen wurde. Der Entwurf geht in die Begutachtung. Dort stellt man fest, dass als technische Prüfinstanz monopolistisch ein Verein vorgesehen und mit entsprechenden Mitteln aus dem Bundesbudget ausgestattet ist. An diesem stark subventionierten Verein ist wesentlich ein Universitätsinstitut beteiligt, dessen Leiter das Justizministerium bei der Entwurfsarbeit beraten hat.<sup>24</sup> Die eigentliche, zentrale, ja entscheidende Gestaltungsaufgabe des Gesetzgebers im Bereich elektronischer Signaturen – nämlich: wie können die Bürgerinnen und Bürger am Internet sicher und vertraulich miteinander kommunizieren und damit Geschäfte abschließen – sucht man im nun verabschiedeten Gesetz hingegen weitgehend vergeblich.<sup>25</sup>

### Unregulierbarkeit?

Schon aus dieser kleinen Collage, glaube ich, wird erkennbar: Gestaltbarkeit der Technik und Gestaltungswillen des Gesetzgebers reichen nicht aus. Notwendig ist darüber hinaus die Gestaltungsfähigkeit, der legislative Wille, sich mit der konkreten Gestaltungsaufgabe auch inhaltlich wirklich auseinander zu setzen. Gestaltungsfähigkeit bedeutet daher auch, trotz Gestaltbarkeit auf Gesetzgebung dann zu verzichten, wenn damit keine in die Zukunft gerichtete Gestaltung, sondern lediglich die Befriedigung der Gestaltungsaufforderung durch die Medien verbunden ist.

Auf der anderen Seite der Diskussion, gleichsam auf der Seite der neuen Informations- und Kommunikationstechnologien finden sich jene, die der Politik die Gestaltungsaufgabe absprechen. Ich wähle hier bewusst den Überbegriff der Gestaltungsaufgabe, weil es unterschiedliche Varianten dieser Fundamentalkritik gibt.

Da sind zum Ersten jene Experten zu nennen, die der Politik überhaupt

13 Vgl dazu auch schon Holzleithner/Mayer-Schönberger, Deconstructing Cyberlaw, *juridikum* 2/97, 30 hier 31 und FN 15 f.

14 Vgl nur die Kontroverse um Elmer-Dewitt, On a Screen Near You: Cyberporn, *Time Magazine*, 3. 7. 1995, 38.

15 47 U. S. C. § 609 ff.

16 *ACLU v. Reno* 521 U. S. 844 (1997).

17 47 U. S. C. 231.

18 Die EV zu *ACLU v. Reno II* ist am Netz unter [http://www.eff.org/pub/Legal/Cases/ACLU\\_v\\_Reno\\_II/HTML/19990201\\_injunction\\_order.html](http://www.eff.org/pub/Legal/Cases/ACLU_v_Reno_II/HTML/19990201_injunction_order.html)

19 Vgl § 56 GlücksspielG.

20 Vgl nur § 88 TKG.

21 BGBl I 1999/190.

22 Mayer-Schönberger/Pilz/Reiser/Schmölzer, *Sicher und Echt*, MR 1998,

107, abgedruckt auch in Mayer-Schönberger/Pilz/Reiser/Schmölzer, *Signaturgesetz-Praxiskommentar* (1999), 182; vgl auch Mayer-Schönberger/Pilz/Reiser/Schmölzer, *The Austrian Draft Digital Signatures Act, Computer Law & Security Report* Vol. 14 no. 5 (1998), 317.

23 RL 99/93/EG, *Abl* 1999 L 13/12.

24 Im parlamentarischen Verfahren

konnte diese Monopolstellung glücklicherweise noch abgeändert werden.

25 Die ausschließliche Regelung der „Infrastruktur“ (ohne Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen) hat denn auch bis dato (5/00) nicht zum großen wirtschaftlichen Durchbruch der elektronischen Signaturen geführt.

die Fähigkeit zur Technikgestaltung qua Recht absprechen. Die simplifizierende Theorie Ogburns<sup>26</sup>, dass die Technik wie eine Billiardkugel stets die Gesellschaft (und damit die Politik) anstoße und nicht umgekehrt, habe ich bereits erwähnt. Kern<sup>27</sup> und Meyerowitz<sup>28</sup> haben die Ogburn'sche Theorie erweitert und verfeinert. Technologie verändert danach die Gesellschaft nicht mehr aufgrund von unausweichlichen Determinismen, sondern aufgrund eines komplexen und keineswegs geradlinigen kulturellen und psychologischen Transfers wesentlicher technischer Eigenschaften auf deren Anwender in der Gesellschaft.

Diese Ansicht gilt heute als überholt. So geht man basierend auf der in den letzten Jahren in Europa entwickelten Theorie des „sozialen Konstruktivismus“<sup>29</sup> von einem viel komplexeren Modell der Interdependenz aus: Danach entwickeln sich weder Technik noch Gesellschaft deterministisch, sondern entsprechend der vielen unterschiedlichen in jeder Gesellschaft wirkenden Macht- und Interessenlagen. Die Politik stellt nur eine einzelne Komponente unter vielen dar. Die Schaffung eines regulativen Rahmens durch den Gesetzgeber ist damit nicht schon grundsätzlich deshalb sinnlos, weil die Technologien wie das Internet durch Recht auch theoretisch nicht zu gestalten sind.

Der Politik wird vielfach der Gestaltungsauftrag aber auch dadurch abgesprochen, dass man zwar nicht an der theoretischen Gestaltbarkeit zweifelt, aber behauptet, dass diese in der Wirklichkeit keinerlei Einfluss auf die Entwicklung der Technik habe.

Die Argumentationskette ist dabei fast immer die selbe: Zuerst werden die neuen „besonderen“ Qualitäten der neuen Informations- und Kommunikationsnetze rezitiert. Weil Information am globalen Netz überall sein kann und der Informationsverkehr nicht nach der überwundenen Distanz, sondern allenfalls nach der übertragenen Menge abgerechnet wird, spiele die

Distanz in der Informationsgesellschaft keine Rolle mehr. Eine Journalistin des renommierten „Economist“, Frances Cairncross nennt denn auch ihr Buch zum Thema „The Death of Distance“ – „Der Tod der Distanz“.<sup>30</sup>

Weil aber die Distanz keine Rolle spiele und Informationsangebote in Sekunden von einem Land in ein anderes übertragen werden können, gelinge es daher der Politik auch nicht mehr, mit ihrem bevorzugten Werkzeug, mit nationalem Recht, dieses wirklich globale Phänomen in den Griff zu bekommen. Wann immer ein Informationsangebot in einem Staat verboten werde, könne es praktisch über Nacht in einen Staat übertragen werden, in dem ein derartiges Angebot erlaubt sei.<sup>31</sup> Die Internet-Surfer in der ganzen Welt würden diese geografische Veränderung nicht einmal bemerken, weil die von der physischen Lokation des Informationsangebotes unabhängige Internet-Adresse darüber keinen Aufschluss gibt.

#### Irgendwo schlägt das Recht immer zu

Diese Argumentation ist geradezu blendend logisch und in sich konsistent. Alleine: Sie ist nicht zutreffend.<sup>32</sup>

Sie ist nicht zutreffend, weil erstens zwar Informationsangebote über das Netz leicht übertragen und an einem neuen Ort angeboten werden können, das globale Informations- und Kommunikationsnetz aber keineswegs homogen ist. So wird die große Mehrheit des gesamten Internet-Verkehrs in Nordamerika abgewickelt. Dort steht auch die beste Netz-Infrastruktur mit der größten Bandbreite, also quasi den dicksten Leitungen, zur Verfügung. Wer gezwungen ist, sein Informationsangebot aus den USA zB auf eine Insel der Karibik oder nach Südostasien zu verlagern, wird nicht mehr in der Lage sein, gleich vielen Kunden gleich rasch seine Information zur Verfügung zu stellen.

Zum Zweiten ist zwar Recht dem Grunde nach noch immer weitgehend

national. In den letzten zwei Jahrzehnten ist jedoch durch unzählige Abkommen und Verträge die zwischenstaatliche Zusammenarbeit derartig angestiegen, dass Experten, wie Anne-Marie Slaughter in diesem Zusammenhang von der Herausbildung menschlicher transnationaler Netzwerke sprechen, die dem nationalen Recht auch in einer globalisierten Welt neues Leben beschert haben.<sup>33</sup>

Dazu ein Beispiel: Gary Lauck war viele Jahre hindurch als Neonazi in den USA bekannt. Seine Tätigkeit war durch den Grundsatz der Meinungsfreiheit in den USA verfassungsrechtlich geschützt. Gerade seine Tätigkeit am Internet – seine Web-Site, auf der er auch unzählige Literatur zum Versand anbot – war insbesondere deutschen Strafverfolgungsbehörden ein Dorn im Auge. Denn die Wiederbetätigung ist in Deutschland, ähnlich wie in Österreich, strafbar. Mit seinem Web-Angebot versorgte aber Herr Lauck die Neonazis in Deutschland mit Information.

Gegen Herrn Lauck wurde deshalb ein Verfahren eingeleitet, an eine Auslieferung aus den USA für seine Webtätigkeit war aber wegen deren rechtlicher Zulässigkeit in Amerika nicht zu denken. Doch Herr Lauck machte einen folgenschweren Fehler: Er flog zu einem Vortrag nach Dänemark und bewarb diesen auf seiner Web-Site. Von diesem Umstand erlangten die deutschen Behörden Kenntnis und stellten entsprechend einer Herrn Lauck leider unbekanntem zwischenstaatlichen Vereinbarung ein entsprechendes Begehren an die dänischen Behörden auf Festnahme und Auslieferung, dem die Dänen auch nachkamen. Mittlerweile verbüßt Herr Lauck eine mehrjährige Haftstrafe in einem deutschen Gefängnis.

Ein ähnlich gelagerter Fall ist jener der Familie Thomas.<sup>34</sup> Herr und Frau Thomas, wohnhaft in Kalifornien, boten auf elektronischem Weg und gegen Gebühr sowie nach eingehender Prüfung der Volljährigkeit ihren Kunden pornografische Bilder an. Die kaliforni-

26 Vgl FN 11.

27 Kern, *The Culture of Time and Space* (1983).

28 Meyerowitz, *No Sense of Place: The Impact of Electronic Media on Social Behavior* (1985).

29 Fisher, *America Calling* (1994), 17 ff.

30 Cairncross, *The Death of Distance* (1997).

31 David Post, *Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, 1995 J. ONLINE L. art. 3, 39; Froomkin, *The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage*, in Kahin/Nesson (Hrsg),

*Borders in Cyberspace* (1997), 129; Mayer-Schönberger/Foster, *A Regulatory Web: Free Speech and the GII*, in Kahin/Nesson (Hrsg), *Borders in Cyberspace* (1997), 235 hier 241.

32 Vgl dazu ausführlich Mayer-Schönberger, *Regulatory Geometry*,

*Northwestern Journal of International Law* (im Druck).

33 Anne-Marie Slaughter, *The Real World Order*, *Foreign Affairs* September/Okttober 1997, 183.

34 Dazu eingehendst Wallace/Mangan, *Sex, Laws, and Cyberspace* (1996), 1 ff.

schen Behörden strengten ein Verfahren wegen des Verstosses gegen das Pornografie-Verbot am Netz an – jedoch ohne Erfolg. Nach den amerikanischen einzelstaatlichen Gesetzen ist das Pornografie, was die Geschworenen als pornografisch ansehen. Und gerade in Kalifornien fanden die Geschworenen die Bilder der Thomas zwar geschmacklos, aber nicht pornografisch. Daraufhin begab sich ein Inspektor der amerikanischen Post in das konservative Memphis, Tennessee, wurde Kunde bei den Thomas und lud sich einige Bilder in seinen Computer. Beim folgenden Gerichtsverfahren wegen Verstosses gegen das Pornografie-Gesetz in Tennessee hatten die konservativeren Geschworenen dort keine Probleme, das Ehepaar Thomas für schuldig zu befinden, obwohl diese ihre Tätigkeit doch tausende Kilometer entfernt in Kalifornien ausübten.<sup>35</sup>

Auch der Fall des Geschäftsführers von Compuserve Deutschland, einem Online-Internet-Dienst, sei hier kurz vermerkt. Ihm wurde vorgeworfen, dass es seinen Kunden in Bayern möglich sei, über den Zugang zum Internet, den sein Unternehmen biete, im Bereich der Internet-Diskussionsforen auch pädophile Informationen zu finden. Compuserve sperrte daraufhin vorübergehend für alle seine Kunden weltweit den Zugang zu vielen, völlig legalen Diskussionsforen. Diese weltweite Auswirkung einer lokalen Technikgestaltung kommentierte der Economist mit der Frage: Müssen alle am Internet einen Schnupfen bekommen, nur weil ein Staatsanwalt in Bayern die Nase rümpft?<sup>36</sup>

Der Tod der Distanz am globalen Netz führt eben nicht stets dazu, dass jeder durch die Maschen der nationalen Rechtsordnungen durchfallen kann, sondern mitunter – diese Beispiele haben dies, denke ich, deutlich gezeigt – auch dazu, dass Menschen, die in ihrem nationalen Umfeld Legales tun durch die Zugänglichkeit ihres Informationsangebotes im Netz plötzlich in einem anderen Staat zur Verantwortung gezogen werden können.

Natürlich kann eine globale Verantwortlichkeit für ein lokales Handeln –

und sei es auch am Internet – nicht der Weisheit letzter Schluss sein. Aber es zeigt doch eindrücklich, dass der Nationalstaat und damit nationale Politik ganz offensichtlich noch immer in der Lage ist, selbst auf den globalen Netzen Recht durchzusetzen.

Und vom Schnellfahren auf der Straße wissen wir: Auch wenn nicht jeder Schnellfahrer erwischt wird, reicht doch eine hohe Stafdrohung verbunden mit einer relativ kleinen Wahrscheinlichkeit erwischt zu werden aus, die meisten von uns meistens innerhalb der Geschwindigkeitsbeschränkung fahren zu lassen. Gleiches gilt am Internet: Auch wenn nur ganz wenige derartig zur Verantwortung gezogen werden, sind doch die hohen Haftstrafen – mehrere Jahre im Fall von Lauck und Thomas – Abschreckung für viele, sich unvorsichtig zu verhalten. In diesem Sinn kann daher auch nationales Recht in unserer vernetzten Welt ein manchmal funktionierendes, wenn auch nicht ideales Werkzeug zur Technikgestaltung sein.

Wenn schließlich manche der Politik die Fähigkeit und den Willen zur Gestaltung der Netze gar nicht absprechen, aber davor warnen, dass man damit unter staatliche Kontrolle stelle, was besser im Besitz der Bürger bliebe, so haben sie die Kernthese der Demokratie und des Rechtsstaates nicht verstanden.

Derartige Thesen von der Notwendigkeit des Netzes, des Cyberspace sich selbst zu entfalten und zu entwickeln, wurden nicht nur vom Cyber-Guru John Perry Barlow geäußert, sondern hört man auch in Europa immer wieder.<sup>37</sup> Ihre Vertreter verkennen aber, dass sich in jedem gesellschaftlichen Kontext – auch am Netz – relativ rasch ein Regelwerk menschlichen Umgangs herausbildet. Vom demokratischen Rechtsstaat unterscheidet sich ein derartiges „gewachsenes“ Cyber-Regelwerk vor allem durch seine Entstehung. Wer daher dieser „Freiheit“ des Cyberspace das Wort redet, unterminiert in Wahrheit demokratische Grundsätze.

So hat die Politik Schwierigkeiten, mit Recht das Netz zu fassen. Das Netz

wiederum kann dem Recht und damit der Politik nicht entkommen – und es soll das auch nicht.

### Die Demokratisierung der Codes

Ist dies der Moment auf den die Hegelianer schon warten, der Moment an dem sich These und Antithese endlich zur erlösenden Synthese verbinden?

Ich denke nein. Denn trotz aller guten Argumente, die ich bisher gebracht habe, fürchte ich, dass das Netz gewinnen wird, wenn auch nicht in einem direkten Kampf. Ein, ja der meines Erachtens der entscheidendste Aspekt der politischen Fassung moderner Informations- und Kommunikationstechnologien bleibt von der öffentlichen Diskussion über Netz und Recht meist völlig ausgespart. Es geht dabei nicht um die Frage, welche Regeln am Netz gelten, sondern darum, welche Gestalt diese Regeln haben.

Wir haben bisher stets von rechtlichen oder moralischen Normen gesprochen, von Sollensnormen, die innergesellschaftliche Geltung haben. Die Interaktionen im Cyberspace, die Kommunikation am Netz, die nach dem Grundsatz der Konvergenz und Universalität schon bald das gesamte Spektrum von Arbeit, Freizeit und zwischenmenschlicher Interaktion umfassen könnte, wird in der Realität weniger von gesellschaftlichen Regeln determiniert als von Regeln, die in unseren informationstechnologischen Werkzeugen von deren Schöpfern eingebaut wurden.

Der Dekan der Architekturfakultät am bekannten amerikanischen MIT, Bill Mitchell, bringt es in seinem Buch „The City of Bits“ auf den Punkt: „In cyber-times law is code“ „In Cyberzeiten ist die Software das Recht.“<sup>38</sup> Und Rohan Samarajiva, Professor für Kommunikationswissenschaften sekundiert: Kein Raum ist ein neutraler Container. Auch nicht der Cyberspace. Wie wir uns in diesem Raum bewegen können, was wir unternehmen können, mit wem wir in Verbindung treten können und wo wir eine private Rückzugssphäre finden, hängt vor allem von der Software ab, die wir benutzen, um uns am Internet zu tummeln.

35 United States v. Thomas, 74 F.3d 701 (1996).

36 Ex on the Internet, The Economist, 6. 1. 1996, 18.

37 John Parry Barlow, A Cyberspace Independence Declaration, online unter .

38 Mitchell, The City of Bits (1995).

Wer aber entscheidet, welche impliziten Regeln in diese Software eingebunden werden? Als Jurist und Politikwissenschaftler bedrückt es mich sehr, dass diese Regeln für die Gesellschaft im Cyberspace nicht in einem gesellschaftlichen Prozess, nicht nach demokratischen Prinzipien zustandekommen und für alle jedenfalls potentiell transparent sind, sondern primär von an sich recht smarten Programmierern bei Microsoft in Redmond, Washington abhängen.

Ich denke daher, dass die Politik und die Menschen in unserer Gesellschaft sich weniger mit der Frage auseinander setzen sollten, welche Gesetze wir denn noch im Netz brauchen, als vielmehr, wie man den technischen Prozess der Standardisierung der Software-Werkzeuge des Netzes demokratisieren könnten.

In der Tat mag die Zeit reif geworden sein, etwa über die Grundsätze des Urheberrechts vor allem im amerikanischen Sinn, des „copyright“ neu nachzudenken. Vielleicht ist, wie Larry Lessig<sup>39</sup> meint, Linux und andere Versuche, die in der Software, in unseren Werkzeugen enthaltenen Regeln explizit und veränderlich zu machen, das Modell der Zukunft. Verstehen Sie mich bitte nicht falsch: Ich will nicht das Urheberrecht abschaffen, aber ich will unseren Weg in die Informationsgesellschaft wieder re-demokratisieren.<sup>40</sup> Gelingt uns dies nicht, dann fürchte ich an manchen trüben Tagen hier im Regen von Neu England, dass der Kampf zwischen der Einäugigen und dem Blinden, zwischen dem Netz und der Politik, ein einseitig ist.

Dr. Viktor Mayer-Schönberger LL.M. (Harvard) MSc (LSE) ist Professor an der Kennedy School of Government der Harvard University.

# Dramaturgie der Gerichtssaalarchitektur

## Von der Strafbank und der Schwurgarnitur

Josef Lachmann

Zwei Bilder sind es, die das Bild der Öffentlichkeit von der Justiz, namentlich der Strafjustiz tief prägen:

Da ist einerseits der Richter, der hinter einer Kombination aus Kreuzifix und Kerzen thront; da ist andererseits der Angeklagte, der auf einer Holzbank vor seinem Verteidiger sitzt, häufig sich mühsam zu diesem um- und hinaufdrehend. Kaum ein Bericht über eine Hauptverhandlung kommt ohne diese beiden Motive aus. Sie sind schon dermaßen selbstverständlich, dass sie nicht eigentlich als problematisch und eigenartig hinterfragt werden.

### Die Strafbank

Alle Gerichtssäle in Strafsachen sind, ungeachtet verschiedener geschmacklicher Ausprägungen, gleich gestaltet. Das ist an der Front die erhöhte Richterbank, links und rechts davon – allerdings niedriger – die Tische für Anklage und Verteidigung. Sämtliche „Organe der Rechtspflege“ (Richter, Staatsanwalt und Verteidiger) sind durch gepolsterte Stühle geehrt. Nicht aber der Angeklagte selbst – er sitzt (häufig noch auf niedrigerem räumlichen Niveau) vor seinem Verteidiger auf einer blanken Holzbank.

Auszugehen ist davon, dass der Angeklagte bis Rechtskraft der Verurteilung als *unschuldig* gilt, also (im Hinblick auf die aktuelle Anklage) als unbescholten und bis dahin schlicht und einfach *Partei* des Verfahrens ist (nicht anders als zB der Staatsanwalt). Davon ausgehend berührt es seltsam, dass einer in diesem Sinn unschuldigen Prozesspartei nicht der gleiche Komfort eingeräumt wird, wie den übrigen. Dabei handelt es sich selbstverständlich nicht um eine rein praktische Frage des leiblichen Wohls, sondern um einen Umstand von hoher symbolischer Bedeutung.

Es ist auf den ersten Blick einsichtig, dass es sich bei dieser Platzzuwei-

sung um eine „*Strafbank*“ handelt. Demjenigen, über dessen Schuld oder Unschuld aufgrund einer vorliegenden Anklage in der Hauptverhandlung erst entschieden werden soll, wird ein objektiv bereits eindeutig aburteilender Platz im Gerichtssaal zugewiesen. Der Angeklagte steht schlicht und einfach nicht auf der gleichen Stufe wie die anderen Prozessbeteiligten, ihm wird von vornherein ein Platz zugewiesen, der seinen Status als Rechtsbrecher bereits überdeutlich ausdrückt.

Unvorstellbar wäre eine solche Platzzuweisung etwa für die beklagte Partei im Zivilprozess. Nach der fixen Vorstellung des Autors handelt es sich bei einer strafgerichtlichen Hauptverhandlung darum, dass der vorsitzende Richter als Schiedsrichter zwischen Anklage und Beschuldigten entscheidet. Diese „zivilprozessuale“ Vorstellung entspricht zwar nicht der österreichischen StPO, aber auch bei der *gegebenen* Gesetzeslage ist sie durchaus praktisch zu verwirklichen. Es sind durchaus schon Hauptverhandlungen vorgekommen, bei welchen man diesen Eindruck hatte: Dass sie nämlich *keinem* anderen Zweck als kühler Wahrheitsfindung dienen. Typisch sind dafür etwa Hauptverhandlungen in *Mediensachen*. Auch hier gilt die StPO und handelt es sich um *Strafverhandlungen*. *Praktisch* aber werden diese „Strafverhandlungen“ wie ein Zivilprozess geführt. Dazu gehört auch, dass mit Selbstverständlichkeit der „Angeklagte“ neben seinem Rechtsvertreter sitzt, damit als Gleichberechtigter dem Privatankläger gegenüber. Warum sollte das in *offiziösen* Strafverfahren gegenüber dem Staatsanwalt anders sein? Es ist nicht einzusehen, weshalb hier jeder Angeklagte bereits mit dem Stigma des Verbrechens im Verhandlungsraum Platz nehmen muss.

Schon die bereits erwähnte *Unschuldsvermutung*, sollte es verbieten,

<sup>39</sup> Lessig, *Code and other Laws in Cyberspace* (1999).

<sup>40</sup> Vgl dazu auch Mayer-Schönberger, Herr Coase, der König, das Recht und das Geld, in Ellmeier/Ratzenböck, *Kultur als Kompetenz* (1999), 78.

dass ein unschuldiger Staatsbürger bereits in einer eindeutig abwertenden Position am Verfahren teilzunehmen hat (ein zweifelnder Leser möge sich bloß in die Vorstellung begeben, er würde unschuldig Gegenstand einer strafrechtlichen Anklage und müsste „mit eingezogenem Kopf“ auf der Strafbank sitzen).

Nicht messbar, aber meines Erachtens absolut von Bedeutung ist der Eindruck gerade dieses Bildes auf die entscheidenden Richter (ua und gerade auch auf *Laienrichter*). Da sitzt nicht eine Prozesspartei, sondern ein „armer Sünder“, der „von unten herauf“ sich schämen und gegen die Anklage verteidigen soll (statt dass diese seine Schuld beweist). Es macht von vornherein einen ganz anderen Eindruck, ob jemand als gleichberechtigte Prozesspartei der Anklagebehörde gegenüber sitzt, oder durch seinen Stand (richtig: Sitz) im Gerichtssaal von vornherein vorverurteilt ist, sein Sitz bereits absolut einen *Vorwurf* beinhaltet und die Anklage als *richtig unterstellt*. Der Leser möge sich nur einmal in die Situation eines Schöffen hineinversetzen und sich vorstellen, wie ganz anders ein Angeklagter auf ihn wirkt, wenn dieser als Übeltäter auf der Strafbank sitzt, oder als gleichberechtigte Prozesspartei dem Staatsanwalt gegenüber (bzw. neben seinem Verteidiger). Das sind absolut keine Kleinigkeiten, sondern psychologische Auswirkungen symbolischer Gestaltungen, die nicht überschätzt werden können.

Die StPO sieht in § 239 vor, dass der Angeklagte *ungefesselt* an der Hauptverhandlung teilzunehmen hat. Hier wurde vom Gesetzgeber offenbar berücksichtigt, dass äußere Kennzeichen eines Rechtsbrechers einer objektiven Wahrheitsfindung abträglich sein können. Gleiches gilt auch für die „Strafbank“.

Ein Weiteres ist die *ganz praktische* Auswirkung der Strafbank. Bekanntlich gehört es zu den Grundrechten, sich eines Verteidigers zu bedienen. Mit diesem Grundrecht ist es kaum zu vereinbaren, dass dem Angeklagten aufgrund der Platzzuweisung im Gerichtssaal die Kommunikation mit seinem Verteidiger absolut erschwert wird. Das eingangs zitierte Bild des Angeklagten, der mühsam versucht, in verbalen Kontakt mit seinem Verteidiger zu treten, spricht dafür Bände. Es wird doch wohl nicht so sein, dass diese Erschwernis

der Kommunikation in Wahrheit das Ziel der Platzzuweisung ist, etwa nach dem Motto, dass allzu viel Kontakt mit einem rechtlich Beschlagenen der Wahrheitsfindung abträglich wäre (so wie angeblich die Beziehung des Rechtsvertreters im Vorverfahren).

Die hier kritisierte Platzzuweisung ist weder gesetzlich noch im Erlassweg vorgeschrieben. Die GeO der Gerichte verpflichtet Richter nur, „im dienstlichen Verkehr mit Parteien die Formen der Geboten und Höflichkeit zu wahren“ und sieht einzig vor, dass Verhandlungssäle „der Würde des Gerichtes entsprechend einzurichten sind“ (§§ 53 Abs 1 und 57 Abs 1).

Daher ist auch die Lösung des Problems eine ganz einfache: jedem Angeklagten (von ernsthaft Gefährlichen abgesehen), ist der Platz neben seinem Verteidiger „zuzubilligen“ – nur dieser Platz ist es aber, der ihm eigentlich zusteht.

#### Die Schwurgarnitur

Jeder Jurist weiß, wozu die „Schwurgarnitur“ (so die amtliche Bezeichnung) dienen soll, nämlich zur Beeidigung, weil der Eid (christlicher Konfession) vor Kruzifix und brennenden Kerzen abzulegen ist. Jeder praktisch tätige Jurist weiß aber auch, dass ein solcher Eid äußerst selten tatsächlich vorkommt, in der Gerichtspraxis geradezu vermieden wird.

Daran schließt sich notwendig die Frage an, weshalb ein Handwerkszeug des Richters, das er nur alle heiligen Zeiten benötigt, immer griffbereit vor ihm steht.

Gegenstand meiner Überlegungen ist damit nicht, ob der Eid noch zeitgemäß ist, usw., ob in einer Gesellschaft mit schwindender christlicher Majorität das Schwurkreuz angezeigt ist.

Die Bevölkerung, also die juristischen Laien, die den Richter live oder in der Zeitung immer vor seinem Schwurkreuz sehen, wissen nicht, dass es sich bloß um ein Werkzeug handelt, welches hin und wieder einmal in Ausnahmefällen gebraucht wird. Ich bin überzeugt – und fürchte –, dass der Eindruck ein völlig anderer ist, nämlich dass hier im Namen einer höheren Autorität, einer höheren Moral, wenn nicht überhaupt im Namen einer Religion, geurteilt wird.

Selbstverständlich wird jeder Strafrichter diese Behauptung strikt von sich weisen.

Trotzdem: Ich kann mich des Eindrucks nicht erwehren, dass der geschilderte falsche Eindruck des Laien (Zeitungslesers, Zeugen, Angeklagten) in tieferen Schichten „billigend in Kauf genommen“ wird und manchen Richtern nicht unrecht ist. Fraglos nämlich erhöht es die richterliche Autorität, wenn der Richter nicht bloß als Schiedsrichter in einem säkularen Strafrechtssystem erscheint. Fraglos erhöht das Kruzifix die richterliche Autorität, wenn es von den damit Konfrontierten als Mahnung und auch Drohung empfunden wird. Damit wird in die tägliche Gerichtspraxis auch ein metaphysischer Ansatz gebracht. Das aus *religiöser Sicht* zu beurteilen ist nicht Sache des Autors. Nach meiner Vermutung aber handelt es sich um Blasphemie oder die Anmaßung eines geistlichen Amtes. Jedenfalls gleicht die Richterbank mit Kreuz und Kerzen frappant einem katholischen Altar, die Hauptverhandlung gewinnt damit den Eindruck einer quasi religiösen Veranstaltung, dies ganz im Sinne §§ 3 Eidesgesetz 1968, wonach der Richter den Schwörenden nicht nur an die zeitlichen, sondern auch an die „ewigen Strafen des Meineides zu erinnern hat“.

Auch zu diesem Punkt sind die Gerichte gefragt, durch einen einfachen Handgriff all diese falschen Eindrücke zu vermeiden und das Schwurkreuz nur dann hervorzuholen, wenn es tatsächlich gebraucht wird. Ein *guter* Richter benötigt diese fragwürdige Hilfestellung nicht.

Dr. Josef Lachmann MPhil  
(Cantab.) ist Rechtsanwalt  
in Wien.

# Neuorganisation der Staatsanwaltschaft

## Plädoyer für eine justizunabhängige Staatsanwaltschaft

Josef Lachmann

### Status Quo

Richter und Staatsanwälte sind unter den klassischen juristischen Berufen durch ein besonderes Naheverhältnis ausgewiesen. Beide sind beamtete Juristen. In aller Regel haben sie ihre Berufsausbildung gleichermaßen als Richteramtsanwärter genossen. Die Ernennungserfordernisse sind für Staatsanwälte die selben wie für Richter; Staatsanwalt kann nur werden, wer vorher Richter gewesen ist (§ 12 StAG iVm § 26 RDG). Die Richterzeitung ist das „Organ der Richter und Staatsanwälte Österreichs“. Beide Berufsgruppen sind auch gemeinsam gewerkschaftlich organisiert (Bundessektion Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft öffentlicher Dienst).

Die eng verwobene berufliche Karriere beschränkt sich nicht auf die gemeinsame Zeit als Richteramtsanwärter und die abgelegte Richterprüfung. Mit großer Selbstverständlichkeit werden danach Funktionen bei Gericht und Staatsanwaltschaft regelmäßig gewechselt, Richter werden also Staatsanwälte und umgekehrt. Zwischen Rechtsanwaltschaft und Staatsanwaltschaft andererseits, findet ein vergleichbarer Austausch nicht statt. Grund dafür ist weniger das vorliegende Berufsrecht als die bestehende Praxis regelmäßiger *Selbstrekrutierung* innerhalb des „Justizbereiches“. *Rein rechtlich* sind Richter- und Rechtsanwaltsprüfung gleichwertig. Ein Rechtsanwalt hat nur eine geringfügige Ergänzungsprüfung abzulegen und erfüllt damit auch die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Ernennung zum Richter oder Staatsanwalt. Schon das Gesetz aber geht von der Ausbildung als Richteramtsanwärter und von der Richteramtsprüfung als *Regelfall* aus; die Anrechnung von Zeiten als Rechtsanwaltsanwärter oder der Rechtsanwaltsprüfung sind sichtlich als *Ausnahmefall* vorgesehen.

Rein praktisch kommt es gelegentlich vor, dass zu *Beginn ihrer Karriere* sich Rechtsanwaltsanwärter für eine Richterlaufbahn entscheiden und umgekehrt. Die Ernennung erfolgt dann wie für einen richterlichen „Anfänger“. Dass ein Rechtsanwalt nach längerer praktischer Tätigkeit für eine *höhere* Funktion bei Gericht oder Staatsanwaltschaft ernannt wird, kommt nicht vor.

### Das Problem

Zwischen Strafrichtern und Staatsanwälten besteht ein Gefühl tiefer Verbundenheit, das über die rein rechtlichen Verbindungen weit hinausgeht.

Viel sagend ist, dass Strafrichter Staatsanwälte und Verteidiger unterschiedlich ansprechen, nämlich die Vertretung der Anklage als „Frau Kollegin“ oder „Herr Kollege“; die Vertreter der Verteidigung hingegen mit ihrem jeweiligen akademischen Titel. „Kollegen“ sind für Strafrichter also nicht alle im Strafprozess tätigen Juristen, sondern eben nur Staatsanwälte. Deren „Kollegenschaft“ ergibt sich wohl formal aus der gemeinsamen Ausbildung als RiAA und aus der Anstellung im Staatsdienst, wird aber weitaus tiefer empfunden. Vielfach erscheint als gemeinsam erlebt zu werden, dass es sich bei den beiden Berufsgruppen Richter und Staatsanwälte um „Organe der *Strafverfolgung*“ handelt, welche Täter ihrer gerechten Strafe zuführen, denen an der Feststellung der *wirklichen* Tatumstände gelegen ist und die im gesellschaftlichen Interesse handeln. Diesen steht dann der freiberufliche Verteidiger gegenüber, dem abseits von solchen Interessen der Allgemeinheit nur an Freispruch oder milder Sanktion für seinen Klienten gelegen ist.

Dieses zumindest unterschwellig häufig vorhandene Empfinden wird von manchen Richtern (überraschenderweise) sogar ausdrücklich bestätigt.

Häufig wird dem Verteidiger kein Einblick in den „Antrag- und Verfügungsbogen“ gewährt. Als der Autor das einmal bei einer gemeinsamen Veranstaltung von Strafrichtern und Rechtsanwältinnen bemängelte, äußerte ein Richter ihm gegenüber wörtlich: „Der geht Sie auch nichts an“. Damit bestätigte dieser Richter deutlich die oben geäußerte Vermutung, nämlich, dass die Kommunikation zwischen den „Strafverfolgungsbehörden“ nicht Sache der Verteidigung wäre. Es wurde also im Ernst vertreten, dass es mit dem AV-Bogen einen Aktenteil geben soll, der nur einer Prozesspartei, nämlich der Anklagebehörde, zukommen soll, nicht aber der anderen, nämlich der Verteidigung (wobei hier nicht von beschränkter Akteneinsicht der Verteidigung in frühen Stadien des Vorverfahrens die Rede ist). MaW: Der Schriftwechsel zwischen Richter und Staatsanwalt wäre daher ein „behördeninterner“, wie wenn es sich tatsächlich um *eine* Behörde handeln würde, welche der Verteidigung gegenübersteht.

Es ist eine große rechtshistorische Errungenschaft, dass die im früheren Inquisitionsprozess in *einer* Person (des Richters) verbundenen Funktionen später zwischen Richter, Staatsanwalt und Verteidiger aufgeteilt wurden. Es ist Aufgabe des Staatsanwalts, dass kein strafrechtswidriges Verhalten sanktionslos bleibt; Aufgabe des Strafverteidigers, dass niemand zu Unrecht verurteilt wird und dass kein zugunsten eines Beschuldigten bestehendes Moment unberücksichtigt bleibt. Beiden Teilen kommt damit in einem rechtsstaatlichen System eine absolut gleichwertige Aufgabe für die Rechtspflege zu, damit auch eine gesellschaftliche Aufgabe. Den Richter eingerechnet, ergeben sich damit drei Spieler im Strafprozess. Zwischen diesen Dreien ist absolute Äquidistanz gefordert. Die Rede ist hier nicht von einer Befangenheit zugunsten des Anklägers im Einzelfall, sondern dass diese Äquidistanz auch ihren gesetzlichen Ausdruck finden muss. Diesem Erfordernis ist de lege lata nicht entsprochen. Der gemeinsamen beruflichen Sozialisation, Verflechtung und dem Naheverhältnis zwischen Staatsanwälten und Richtern steht im Verhältnis zu den Rechtsanwältinnen nichts Vergleichbares gegenüber. Der Richter steht damit nicht *in der Mitte* als Schiedsrichter zwischen den Parteien

(Anklage und Verteidigung). Grafisch gestaltet wäre er der Anklage weitaus näher einzuzeichnen.

### Vorschläge

All das führt zur Forderung nach einer weit gehenden Neuerung des Berufsrechtes (vor allem der Staatsanwälte) nach folgenden Prinzipien:

a) Die gesetzlichen Bestimmungen über die Ernennungserfordernisse zum Richter sind insofern neutral zu formulieren, als Ausbildung als Rechtsanwaltsanwärter und Rechtsanwaltsprüfung (samt Ergänzungsprüfung) nicht als Ausnahme, sondern von vornherein als absolut gleichwertige Variante dargestellt werden.

b) Sofern für Ernennungen Vordienstzeiten von Bedeutung werden (zB § 33 Abs 2 RDG) ist festzuschreiben, dass Zeiten als eingetragener Rechtsanwalt der Dienstzeit als Richter oder Staatsanwalt gleichwertig sind.

c) Um auch *faktisch* die Ernennung von Rechtsanwälten zu Richtern oder Staatsanwälten zu ermöglichen, sind in den Personalsenaten auch Vertreter der Rechtsanwaltskammern vorzusehen (dies im Übrigen auch aus dem Grund, dass Erfahrung und Perspektive der Rechtsanwaltschaft für die Eignung eines Bewerbers ein wesentliches Kriterium sind).

### Last not least

Staatsanwälte sollen künftig beim Staat beschäftigte *Rechtsanwälte* sein. Sie sind folglich auch Mitglieder der Rechtsanwaltskammern und unterstehen deren Disziplinarhoheit.

Die damit verbundenen standesrechtlichen Probleme sind lösbar, wie auch ausländische Beispiele zeigen.

Der richterliche Vorbereitungsdienst ist künftig daher grundsätzlich nur noch für die Ausbildung *künftiger* Richter vorzusehen. Staatsanwälte hingegen genießen ihre Ausbildung als Rechtsanwaltsanwärter. Die Ausbildungszeit bei einer Staatsanwaltschaft ist auf die Konzipientenzeit bis zum Ausmaß von zwei Jahren anrechenbar.

*Dr. Josef Lachmann MPhil  
(Cantab.) ist Rechtsanwalt  
in Wien.*

# Kleines Service dringend empfohlen

## Eine Bilanz nach 4 Jahren „Privatkonkurs“

Alexander Anton Maly

1995 ist es in Kraft getreten: Das „gerichtliche Schuldenregulierungsverfahren“. Es wurde von allen, die sich damit beschäftigt haben, die darüber geschrieben haben und die im Alltag damit leben müssen, in „Privatkonkurs“ umgetauft. Dabei ist es bis heute geliebt.

Der „Privatkonkurs“ hat sich zum Teil sehr bewährt, er wird in Anspruch genommen und die Zielgruppe, für die er konzipiert wurde, wird im Großen und Ganzen erreicht. Im ersten Jahr, also 1995, gab es rund 700 „Privatkonkurse“ in ganz Österreich. Die Folgejahre brachten stete (erwartete) Steigerungen. 1999 wird mit rund 3000 „Privatkonkursen“ beendet werden. Auch diese Zahl bewegt sich im Rahmen der Prognosen.

Waren in den ersten Jahren beinahe 40% der AntragstellerInnen ehemals Selbstständige, so ist dieser Anteil auf rund 20% zurückgegangen. Waren es Anfangs die „Geschickteren“, die den „Privatkonkurs“ wagten, so versuchen es mehr und mehr auch die „Unbeholfeneren“. Allerdings: Ohne tatkräftige Mithilfe der „bevorrechteten Schuldnerberatungen“ wäre diese Gruppe zum Scheitern verurteilt. Zu groß sind die Anforderungen des Verfahrens.

Außerdem darf keinesfalls außer Acht gelassen werden, dass der „Privatkonkurs“ nach wie vor Schwächen aufweist, die einer baldigen Reparatur harren. Hier sei besonders auf zwei ungelöste Problembereiche hingewiesen.

### Verspätete Forderungsanmeldung

Vom Unternehmenskonkurs war der Gesetzgeber gewohnt, dass alle GläubigerInnen, die eine Forderung gegen ein Unternehmen haben, diese auch im Konkursverfahren geltend machen. Nur bei Anmeldung ihrer Forderung können sich GläubigerInnen sofort an der Vermögensverwertung beteiligen. Da es bei einem Unternehmen im Konkurs fast immer irgendein Vermögen gibt

(auch wenn es letztlich nicht für einen Zwangsausgleich reicht), besteht auch ein vitales Interesse der GläubigerInnen, sich möglichst schnell mit der Forderung am Unternehmenskonkurs zu beteiligen.

Ganz anders bei den „Privaten“: Bevor diese den „Privatkonkurs“ eröffnen können, befinden sie sich in der Regel schon seit längerer Zeit in den Fängen der Exekutionsordnung. Vermögen gibt es daher keines mehr. Das wissen die GläubigerInnen. Denn sie waren es ja, die zuvor Vermögensverzeichnisse abverlangten, Lohnpfändungen durchführen ließen und den Gerichtsvollzieher beauftragten. Mit „Privatkonkurs-eröffnung“ verlieren sie ihre Einkünfte bzw. Ränge aus der Lohnpfändung, sowie alle anderen „Privilegien“, die ihnen die Exekutionsordnung einräumt (Verrechnung hoher Verzugszinsen, Unterbringen aller Nebenkosten . . .). Und da es im Zuge der Vermögensverwertung nichts mehr zu „erben“ gibt, ist das Interesse der GläubigerInnen am „Privatkonkurs“ entsprechend gering.

So kommt es, dass 10–20% aller GläubigerInnen ihre Forderung zunächst gar nicht anmelden. Das hat für sie keine Konsequenzen. Kommt es zum Zahlungsplan, haben die GläubigerInnen Anspruch auf die „Quote“. Teuflisches Detail in der Praxis: Hat ein großer Gläubiger seine Forderung nicht angemeldet, dann wird bei der Prüfung der Forderungen diese nicht berücksichtigt werden. Die SchuldnerInnen scheinen also eine geringere Schuldenlast zu haben. Die in der Gläubigerversammlung anwesenden GläubigerInnen bzw. deren VertreterInnen drängen dann darauf, die Quote zu verbessern. Verbessert der/die SchuldnerIn, dann gilt aber die verbesserte Quote auch für den/die GläubigerIn, der/die bisher seine/ihre Forderung gar nicht angemeldet hat. Er/Sie wird also für seine/ihre „Nicht-Mitarbeit“ mit einer

insgesamt höheren Quote „belohnt“. Verbessert der/die SchuldnerIn nicht, riskiert er/sie, dass die anwesenden GläubigerInnen seinen/ihren Zahlungsplan nicht annehmen.

Da manche GläubigerInnen schon mehrmals ihre Forderung im Verfahren nicht angegeben haben und just einige Tage, nachdem die Aufhebung des Konkurses veröffentlicht wurde, geltend gemacht haben, scheint dies sogar taktisches Kalkül zu sein.

#### Nicht-Erreichen der 10%-Hürde

Immer wieder werden Privatkonkursanträge abgelehnt mit der Begründung: „Die Erreichung der Restschuldbefreiung kann nicht bescheinigt werden“.

Nun, es ist tatsächlich so, dass einige SchuldnerInnen *derzeit nicht* in der Lage sind, einen Zahlungsplan vorzulegen bzw. das Erreichen der 10%-Hürde zu bescheinigen. Dies trifft ganz besonders auf eine Gruppe zu, die der Gesetzgeber wohl nicht vom „Privatkonkurs“ fern halten wollte: Frauen, die sich in Karenz befinden, oder die sonst vorübergehend die Kindererziehung einer Berufstätigkeit vorziehen.

Nun könnte eingewendet werden, dass diese Frauen das Schuldenregulierungsverfahren erst später angehen sollen. Das heißt aber, dass genau in dieser Zeitspanne (die beim Erziehen zweier Kinder auch schon einmal 10 Jahre betragen kann) weiterhin die Exekutionsordnung zur Anwendung kommt, also Betreibungskosten verursacht werden, Verzugszinsen angelastet werden und auch kapitalisiert werden. Nach den Erfahrungen der Schuldnerberatungen verdoppeln sich auf diese Art die Schulden alle 5 Jahre!

Neben Frauen, die sich der Kindererziehung widmen, sind in der Gruppe der vorerst „nicht konkursfähigen“ Personen auch junge SchuldnerInnen zu nennen, die noch mit der beruflichen Integration zu kämpfen haben, sowie Personen, die nicht mehr am Arbeitsmarkt vermittelbar sind.

#### Ausblick

Bei den derzeitigen Diskussionen zur Verbesserung der Konkursordnung scheint bezüglich der verspäteten Forderungsanmeldungen Konsens zu bestehen, dass dagegen etwas gemacht werden muss. Noch ist das Ergebnis nicht ganz klar, doch wird es so etwas wie eine endgültige „Deadline“ geben, nach der/die GläubigerIn einfach nicht mehr nachträglich anmelden kann, sofern die SchuldnerInnen diese(n) bei Konkurseröffnung bekannt gegeben haben.

Wesentlich schwieriger lassen sich die Verhandlungen bezüglich der noch nicht konkursfähigen SchuldnerInnen an: Die Schuldnerberatungen Österreichs schlagen vor, dass es – auf Antrag des Schuldners – eine „Entkopplung“ von Konkurseröffnung und Schuldenregulierung geben soll. Das heißt: Bei Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit muss das Verfahren *ohne weitere Voraussetzungen*, also auch ohne Vorlage eines Zahlungsplanes und ohne Bescheinigung der Restschuldbefreiung, eröffnet werden können. Die Vermögensverwertung findet statt und eventuelle Exekutionsverfahren werden durchgeführt, der Ertrag wird aber der „Masse“ zugeführt. Und erst wenn SchuldnerInnen ihre Situation so weit stabilisiert haben, dass sie in der Lage sind, einen Zahlungsplan anzubieten, bzw. zu erwarten ist, dass sie die Restschuldbefreiung erlangen werden, soll das eigentliche Schuldenregulierungsverfahren beginnen. Bis dorthin – und das wäre der Vorteil zur jetzigen Situation – werden die Forderungen „eingefroren“, es dürfen also keine Zinsen verlangt werden.

Gibt es in dieser Angelegenheit weiterhin kein politisches Einlenken, dann wird die Zahl derjenigen, die vom „Privatkonkurs“ fern gehalten werden, weiterhin groß bleiben. Und je länger diese Gruppe vom Konkurs fern gehalten wird, desto größer wird – automatisch – deren Schuldenberg. Damit wird – ebenfalls automatisch – die

Gruppe derjenigen größer, die Zeit ihres Lebens nicht mehr auf eine Regelung ihrer Schulden hoffen dürfen. Und das stellt eine – im politischen Sinn – höchst gefährliche Entwicklung dar.

Der Gesetzgeber wird dann jedenfalls nicht umhin können, sich Gedanken zur österreichischen Exekutionsordnung zu machen. Es sind deren Bestimmungen (Prioritätsprinzip, höherer Zinsenlauf, „kreative“ Einrechnung aller Kosten . . .), die das Problem überschuldeter Haushalte eskalieren hat lassen. In der Schweiz z.B. sind Haushalte mit geringem Einkommen wesentlich weniger verschuldet als in Österreich. Ein Grund dürfte darin liegen, dass Gläubiger schon ab Klage *keine* Zinsen verrechnen dürfen, ein anderer, dass es eine „rotierende Lohnpfändung“ gibt. D.h. ein Gläubiger kann nur ein Jahr lang den Lohn pfänden, danach darf der/die Zweitgereichte pfänden. Alles in allem müssen Schweizer Gläubiger also „vorsichtiger“ bei der Vergabe ihrer Kredite sein. Sie müssen ihr „Hirnschmalz“ nicht nur für die Werbung, sondern auch für die Bonitätsprüfung verwenden. Ein Anreiz, der in Österreich fehlt.

*Alexander Anton Maly ist  
diplomierter Sozialarbeiter und  
Gründer der Schuldnerberatung  
der Stadt Wien.*

# Vom Service zur beschränkten Haftung

## Was erwartet die Arbeitslosen, sollte aus dem Arbeitsmarktservice eine GesmbH werden?

Gudrun Biffi

Zu vielen Punkten im Regierungsprogramm von ÖVP-FPÖ wäre es notwendig, sich mit den kurz- und mittelfristigen Implikationen der vorgesehenen Reformen auf die gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung auseinander zu setzen. Ich möchte mich hier nur auf einen Aspekt konzentrieren, der meines Erachtens eine besonders einschneidende Änderung einer bis dato öffentlichen Dienstleistung darstellt, nämlich die geplante Überführung der öffentlichen Einrichtung des Arbeitsmarktservice in eine GesmbH. Hierbei handelt es sich um eine revolutionäre Veränderung der österreichischen Institutionenlandschaft, die nirgendwo in der EU ein Vorbild hat und die den gegenwärtigen Bestrebungen der EU zu einer gewissen Vereinheitlichung der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik zuwiderläuft. Bisher gibt es nur ein entwickeltes Industrieland, das eine derartig einschneidende Änderung des öffentlichen Arbeitsmarktservice vorgenommen hat, nämlich Australien. Die Erfahrungen mit dieser Reform zeigen, dass nach 2 Jahren der Umstrukturierung, die mit vielen Rückschlägen verbunden war, keine Verbesserung der Arbeitsvermittlung zu verzeichnen war und die Reintegration von Langzeitarbeitslosen nicht erleichtert wurde. Das Fazit ist, dass ein altes System zerstört und durch ein neues ersetzt wurde, das weder effizienter noch gerechter ist, das allerdings einer anderen Organisationslogik folgt. Ein derartiger Reformschritt schließt aus, dass man zum alten System zurückkehrt. Er kann daher nicht als Experiment angesehen werden, das rasch und kostenlos wieder beendet werden kann.

Wenn man die Umwandlung des AMS in eine GesmbH vor Augen hat, sollte man, bevor man die Reform in Angriff nimmt, nach den Kriterien der Vermittlungseffizienz und der Gerechtig-

keit der Ergebnisse die verschiedenen Systeme in der EU mit denen Australiens vergleichen. Derzeit gibt es noch nicht sehr viele Analysen des australischen Modells – ein Grund ist darin zu sehen, dass, obschon die Umstrukturierung von differenzierten Monitoring-Systemen begleitet wurde, von der Regierung bisher kaum Daten zur Verfügung gestellt wurden, die eine differenzierte Analyse der Ergebnisse erlauben.

Was bisher bekannt wurde, kann kurz so zusammengefasst werden: eine Anhebung der Effizienz der Vermittlung und eine Verbesserung der Beschäftigungschancen der Arbeitslosen kann nicht durch eine Umwandlung der öffentlichen Vermittlung in einen privatwirtschaftlich agierenden Großbetrieb erzielt werden. Es bedarf auch weiterhin einer Ergänzung der Vermittlung um arbeitsmarktpolitische Maßnahmen, insbesondere Weiterbildungsmaßnahmen und Lohnsubventionen. Die Reform in Australien hat gezeigt, dass es in den 2 Jahren seit der betriebsmäßigen Führung der Arbeitsvermittlung ein Zuständigkeitschaos gab, das mit einer Verschlechterung der Vermittlung verbunden war. Sowohl Unternehmen auf der Suche nach Arbeitskräften als auch Arbeit Suchende waren verunsichert, insbesondere Langzeitarbeitslose hatten es schwerer unterzukommen und nicht wenige private Arbeitsvermittler, die in der Vergangenheit gute Arbeit geleistet hatten, gingen im Gefolge der geänderten Rahmenbedingungen in Konkurs. Teilzeitbeschäftigte und Personen, die erstmals bzw. wieder in den Arbeitsmarkt eintreten wollten (Jugendliche und Frauen beim Wiedereintritt), hatten besondere Probleme, da nur Leistungsbeziehern Unterstützung zukam. Auch heute können diese Personengruppen nicht mehr auf kostenlose Hilfe bei der Suche nach Arbeit rechnen.

Das erschwert vor allem den Übergang von Schule zur Arbeit und die Unterbrechung der Arbeit in besonderen Lebensphasen. Im Laufe des Reformprozesses gab es eine Vielzahl von Gerichtsverfahren; Vermittler wurden von Arbeit Suchenden attackiert, da sie mit der Verschlechterung der Bedingungen nicht zurechtkamen.

Resultat der Reform vom Mai 1998: heute werden mit Hilfe von Centrelink nur mehr 4,4% der Jobs vermittelt, nach 10% 1982 und 1996. Erfolgreiche Vermittlung wird auch nicht verstärkt über Privatvermittlung (private Jobagenturen) getätigt (1,7% aller Jobbesetzungen in einem Jahr) – an Bedeutung gewonnen haben vor allem Freunde und persönliche Kontakte (heute 26% aller Jobmatches, 1982 18%). Die Ausgrenzung von längerfristig Arbeitslosen hat zugenommen.

Im EU-Zusammenhang ist eine Reform nach dem australischen Muster besonders problematisch, da die EU über die Beschäftigungspolitik (NAP) eine Konvergenz der Institutionen und Maßnahmen im Arbeits- und Sozialbereich anstrebt. Eine derartige Reform passt nicht in das Schema der EU und wird eine Koordination der Beschäftigungspolitik erschweren. Der Tenor der geplanten Reformen in Österreich ist eine Verstärkung der Disziplinierungs- und Kontrollmaßnahmen gegenüber Arbeitslosen. Es wird nicht darauf hingewiesen, dass Arbeitslosigkeit die Folge des Wandels der Arbeitswelt ist, und dass Arbeitslose die Unterstützung der Gesellschaft brauchen, um nicht am Arbeitsmarkt und in der Folge in der Gesellschaft ausgegrenzt zu werden. Das widerspricht aber dem Geist der EU-Beschäftigungspolitik, der von der Verpflichtung des Staates getragen ist, flexible Brücken für alle Lebensphasen zu bauen, um die Erleichterung der Re-Integration von Arbeit Suchenden zu gewährleisten. Die EU schenkt der Reform der öffentlichen Vermittlung in dem Zusammenhang großes Augenmerk, da sie nicht den Rückzug des Staates von seiner Verantwortung gegenüber Arbeitslosen haben will.

*ao. Univ.-Prof. Dr. Gudrun Biffi ist Wirtschaftsforscherin am Österreichischen Institut für Wirtschaftsforschung Wien mit den Forschungsschwerpunkten Arbeitsmarkt-, Migrations- und Bildungsökonomie.*

# Die unzulängliche Vertretung von HeimbewohnerInnen

von Michael Ganner

Die Betreuung alter, pflegebedürftiger und behinderter Menschen in stationären Einrichtungen erfolgt nach wie vor weitgehend im rechtsfreien Raum. Das beginnt bei fehlenden oder mangelhaften Heimgesetzen,<sup>1</sup> wird prolongiert durch unbefriedigende Ausbildungsregelungen,<sup>2</sup> durch kaum noch vertretbare faktische und rechtliche Gegebenheiten bei Freiheitsbeschränkungen und reicht bis zu fehlenden und ineffizienten Interessenvertretungen für HeimbewohnerInnen. Zwar hat die Seniorenpolitik der letzten Jahre eine Reihe von Mitsprachegremien für ältere Menschen ins Leben gerufen und mit dem Bundes-Seniorengesetz diesem Anliegen auch auf legislativer Ebene entsprochen.<sup>3</sup> An den stationären Senioren- und Behinderteneinrichtungen ist diese Entwicklung aber weitgehend vorbeigegangen, sodass dort die Interessenwahrung betroffener Personen weiterhin häufig sporadischen Einzelaktivitäten überlassen ist.

## 1. Bestehende Defizite

### 1.1. Konsumentenschutzrechtliche Aspekte

Das Heimeintrittsalter liegt im Durchschnitt bei über 80 Jahren, die durch-

schnittliche Pflegebedürftigkeit der HeimbewohnerInnen steigt kontinuierlich an und liegt in vielen Heimen bei der Pflegestufe 4, womit ein (theoretischer) Betreuungsbedarf von mehr als 160 Stunden pro Monat verbunden ist.<sup>4</sup> Die Hirnleistungsstörungen wie Alzheimer, Altersverwirrtheit etc steigen stark an. Auf der anderen Seite stehen alte Menschen auch in stationären Einrichtungen einem zum Teil sehr komplizierten Rechtsleben mit wirtschaftlich bedeutenden Geschäften gegenüber (Erbschaft, Schenkungen in der Familie, Pensions- und Vermögensverwaltung). In diesen Bereich fällt auch der Heimvertrag, der zwischen Heimträger und HeimbewohnerInnen abgeschlossen wird und beträchtliche Geldleistungen zum Inhalt hat (ein Heimplatz kostet bei hoher Pflegebedürftigkeit immerhin bis zu 50.000,- S pro Monat).<sup>5</sup> Hier bleibt oft unklar, ob HeimbewohnerInnen bei Vertragsschluss geschäftsfähig waren. Noch zweifelhafter ist zumeist, wie weit dabei die schutzwürdigen Interessen von HeimbewohnerInnen berücksichtigt wurden. Auch die Angehörigen sind damit zumeist überfordert.

Eine informelle Unterstützung aller Betroffenen, also der HeimbewohnerInnen und deren Angehörigen, aber auch der Heim- und Pflegedienstleitungen, erscheint hier jedenfalls notwendig. Darüber hinaus müssen Möglichkeiten geschaffen werden, den konsumentenschutzrechtlichen Schutzbestimmungen, die auf das Verhältnis zwischen HeimbewohnerInnen und Heimträger zweifellos anwendbar sind, verstärkt zur Durchsetzung zu verhelfen. Zwar wurde nunmehr dem Österreichischen Seniorenrat die Möglichkeit der Abmahnung und Verbandsklage nach dem Konsumentenschutzgesetz (KSchG) eingeräumt.<sup>6</sup> Allerdings handelt es sich dabei einerseits um einen stark eingegrenzten Themenbereich (Allgemeine Geschäftsbedingungen) und andererseits besteht eine sehr hohe Zugangsschwelle. Nur rechtskundige Angehörige und Sachwalter können solche Missstände erkennen und an den Seniorenrat weiterleiten. Alle anderen BewohnerInnen von stationären Einrichtungen bleiben weitgehend unvertreten. Darüber hinaus sind der Seniorenrat und die Verbandsklage nach dem KSchG nicht geeignet, kleinere Probleme des Heimalltags zu lösen.

### 1.2. Freiheitsbeschränkungen

Einen weiteren Problembereich stellen freiheitsbeschränkende Maßnahmen in Altenwohn- und Pflegeheimen dar. Das B-VG zum Schutz der persönlichen Freiheit und das Unterbringungsgesetz (UbG) legen klar fest, dass Freiheitsbeschränkungen in Heimen grundsätzlich überhaupt nicht vorgenommen werden dürfen. Die Praxis ist eine andere,<sup>7</sup> wobei auch weitgehend unbestritten ist,

<sup>1</sup> Trotz Verpflichtung zur Schaffung von „Regelungen für die Aufsicht von Alten- und Pflegeheimen, die insbesondere den rechtlichen Schutz der Heimbewohner gewährleisten“ (Pflegevereinbarung gem Art 15a B-VG; BGBl 866/93), haben Vorarlberg, Tirol, Niederösterreich und Wien bisher kein Heimgesetz erlassen. Die anderen sind größtenteils verbesserungsbedürftig.

<sup>2</sup> Pflegeberufe, die nicht dem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz unterliegen, sind nur in einzelnen Bundesländern geregelt (zB Oberösterreichisches Altenbetreuungs-Ausbildungsgesetz), während diese Berufsbilder in den anderen zum Teil gar nicht anerkannt werden.

<sup>3</sup> Siehe dazu *Bahr/Leichsenring/Strümpel*, Mitsprache – Bedarfssfelder

für politische Mitsprache älterer Menschen in Österreich, BMAGS (Hg) 1996; zum Bundes-Seniorengesetz *Ganner* in *Barta/Ganner* (Hg), *Alter, Recht und Gesellschaft* 8.

<sup>4</sup> Der beim Pflegegeldstufungsverfahren festgestellte Pflege- und Betreuungsbedarf kann in stationären Einrichtungen nie in diesem Ausmaß erbracht werden, weil dafür in allen Einrichtungen zu wenig Personal vorhanden ist. Die Oberösterreichische Alten- und Pflegeheimverordnung schreibt beispielsweise für vier HeimbewohnerInnen der Pflegestufe 3 (à 120 Stunden Betreuungsaufwand pro Monat; mal vier ergibt 480) eine Betreuungsperson vor, die rund 180 Stunden pro Monat arbeitet, aber mindestens fünf Wochen im Jahr auf Urlaub ist. Eine Betreuungs-

person muss also monatlich den Betreuungsaufwand von 480 Stunden erbringen. In den anderen Bundesländern werden ähnliche Personalschlüssel verwendet, sodass diese Diskrepanz österreichweit besteht.

<sup>5</sup> Vgl *Barta/Ganner*, Was könnte ein Bundes-Heimvertragsgesetz leisten?, *SozSi* 1999, 981.

<sup>6</sup> Am 27. 4. 2000 wurde im Nationalrat der Antrag auf Beschließung eines Bundes-Heimvertragsgesetzes eingebracht, mit dem die privatrechtliche Beziehung zwischen Heimträger und Heimbewohnern österreichweit einheitlich geregelt werden soll.

<sup>7</sup> Besteht die Gefahr der Verwendung gesetz- oder sittenwidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen, so kann der Unternehmer durch eine gem § 29 KSchG klageberechtigte

Einrichtung abgemahnt werden. Durch Unterlassungserklärung, die mit einer angemessenen Konventionalstrafe zu sichern ist, kann der betroffene Unternehmer eine Unterlassungsklage abwehren.

<sup>7</sup> Vgl Im rechtsfreien Raum ... Bericht des Vereins für Sachwaltschaft und Patientenrechtsanwaltschaft an den Bundesminister für Justiz über Freiheitsbeschränkungen in Behinderteneinrichtungen, Alten- und Pflegeheimen, in dem Situationsberichte aus allen österreichischen Bundesländern geschildert werden, wobei festgestellt wird, dass nicht genehmigte Freiheitsbeschränkungen nach wie vor weit verbreitet sind (April 1999).

dass fallweise freiheitsbeschränkende Maßnahmen zum Schutz der Betroffenen nötig und sinnvoll sind, zumal der Anteil schwer kranker Menschen kontinuierlich ansteigt und eine Unterbringung nach dem UbG zumeist nicht erforderlich ist. Einerseits besteht ein enormes Informationsdefizit – viele Freiheitsbeschränkungen werden vom Pflegepersonal nicht als solche erkannt<sup>8</sup> –, und andererseits bedarf es einer klaren legislativen Regelung von Freiheitsbeschränkungen außerhalb geschlossener Anstalten, zumal sie derzeit oft auch auf Grund (vermeintlicher) Haftungsängste vorgenommen werden. Eine künftige Regelung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in stationären Pflegeeinrichtungen müsste – im Sinne des möglichst umfassenden Schutzes der persönlichen Freiheit der Betroffenen – entsprechende Qualitätsanforderungen an die Einrichtungen stellen und ein UbG-ähnliches Verfahren installieren. Eine unabhängige Vertretung der HeimbewohnerInnen könnte hier die Verfahrensvertretung, vergleichbar der Patientenadvokatur nach dem UbG, übernehmen und wichtige informellen Aufgaben erfüllen.

### 1.3. Selbstbestimmung als Ziel des Sozialrechts

Die Sozialhilfegesetze, Bundes- und Landespflegegeldgesetze, Heimgesetze sowie andere für diesen Bereich bedeutende Rechtsnormen geben regelmäßig in ihren Zielbestimmungen vor, dass alte Menschen ein selbstbestimmtes Leben führen sowie in Würde leben können sollen.<sup>9</sup> Im Mittelpunkt soll also der persönliche, subjektive Wille der Person und nicht bloß eine „objektiv“ vernünftige Lebensführung stehen. In der Praxis herrscht aber sowohl bei stationärer als auch ambulanter oder familiärer Betreuung oft eine paterna-

listische Betrachtungsweise vor:<sup>10</sup> Institutionen und Betreuungspersonal sind zwar bemüht, den betroffenen Personen alles angedeihen zu lassen, wovon sie glauben, dass es gut für sie ist. Dabei wird aber oft übersehen, dass es sich um Individuen handelt, deren Interessen nicht unbedingt einer objektiv vernünftigen Verhaltensweise entsprechen. Auch alte, kranke und behinderte Menschen müssen die Möglichkeit haben, persönliche Risiken einzugehen (zB spazieren gehen trotz Sturzgefahr, Zigaretten rauchen), zumal riskante Tätigkeiten ein wesentliches Element der Lebensqualität darstellen.<sup>11</sup>

Wenn man das Recht auf Selbstbestimmung und möglichst selbständige Lebensführung tatsächlich ernst nimmt, muss man auch Möglichkeiten schaffen, damit die betroffenen Personen ihre Interessen selbst artikulieren und vertreten können. Dazu müsste in stationären Einrichtungen eine Eigenvertretung der Bewohner eingerichtet werden; zB Heimbeiräte, Heimbewohnerversammlungen.

Wo auf Grund körperlicher oder geistiger Beeinträchtigung eine Selbstvertretung nicht mehr möglich ist, muss Unterstützung bei der Interessenfindung und eine Vertretung durch Dritte gewährleistet sein.

### 1.4. Heimaufsicht

Der Großteil der Wohn- und Pflegeheimplätze wird in Österreich, auch wenn hier sehr starke regionale Unterschiede bestehen, von öffentlichen Körperschaften angeboten. Heimbetreiber und Heimaufsichtsbehörde sind oft die gleiche Institution, wodurch eine effektive Kontrolle und Aufsicht sowie eine umfassende Wahrung von Heimbewohnerinteressen nicht gewährleistet erscheint.<sup>12</sup> Effiziente und unabhängige Heimbewohnervertretun-

gen könnten durch die regelmäßige Präsenz gewisse Aufgaben der Heimaufsicht auf informeller Ebene erfüllen und dadurch auch als Instrument der Qualitätssicherung im stationären Bereich fungieren.

## 2. Österreichische Rechtslage

Derzeit sind bereits einige Formen von Heimbewohnervertretungen auf Landesebene installiert oder zumindest rechtlich vorgesehen. Diese variieren von Bundesland zu Bundesland beträchtlich. Dabei können grundsätzlich drei Gruppen gebildet werden:

- ▶ Die Vertretung der Heimbewohner durch die Patientenadvokatur nach dem Krankenanstaltengesetz (KAG): Niederösterreich, Wien, Vorarlberg und (künftig) das Burgenland;
- ▶ Eine Eigen- oder Fremdvertretung auf der Basis des jeweiligen Landesheimrechts: Salzburg, die Steiermark, Kärnten und Oberösterreich;
- ▶ Keine Vertretung der Heimbewohnerinteressen: Tirol.

### 2.1. Die Patientenadvokatur als Bewohnervertretung

In den Bundesländern Niederösterreich, Wien, Vorarlberg und (künftig) Burgenland<sup>13</sup> ist die Patientenadvokatur nach dem KAG auch für die Vertretung von (Wohn- und) PflegeheimbewohnerInnen zuständig. Während für Wien und Niederösterreich die Vertretungsbefugnis ausschließlich auf pflegebedürftige Personen beschränkt ist (§ 22a Abs 2 Z4 WSHG und § 53 NÖSHG), erstrecken die Vorarlberger und die Burgenländische Regelung ihren Anwendungsbereich auf alle stationären Pflege- und Betreuungseinrichtungen.<sup>14</sup>

Meiner Ansicht nach kann das aber nicht eine wirklich zufrieden stellende Vertretung der Heimbewohnerinteressen sein, zumal der Zugang zu diesen

<sup>8</sup> Klie/Lörcher, Gefährdete Freiheit – Fixierungspraxis in Pflegeheimen und Heimaufsicht 73 (1994) mwH auf Borutta 1994, wo festgestellt wird, dass Pflegekräfte bis zu 50% der freiheitsentziehenden Maßnahmen nicht als solche erkennen.

<sup>9</sup> Vgl § 2 Stmk Pflegeheimgesetz: „Zweck des Gesetzes ist es, die Interessen und Bedürfnisse der Heimbewohner zu beachten sowie die Menschenwürde und Selbständigkeit der Heimbewohner im Pflegeheim zu sichern“; fast wortgleich

auch § 2 Kärntner Heimgesetz; vgl auch § 1 BPGG: „... ein selbstbestimmtes, Bedürfnisorientiertes Leben zu führen.“

<sup>10</sup> „... das Bemühen um möglichst gute Fürsorge hat die Frage nach der eigenen Kompetenz des behinderten Menschen überlagert“; Weitzenböck, Zur Reform des Sachwalterrechts in: Barta/Ganner (Hg), Rechtliche Rahmenbedingungen der Alten- und Pflegebetreuung, 85 (86).

<sup>11</sup> In diesem Sinne garantiert auch die Europäische Charta der Rechte

und Freiheiten älterer Menschen in Heimen in Kapitel I – Lebensqualität „das Recht, persönliche Risiken einzugehen...“. Diese Charta wurde 1993 vom Europäischen Verband für Alters- und Pflegeheimleiter beschlossen und gilt auch in österreichischen Heimen; näheres dazu in: Barta/Ganner, Brauchen wir einen Katalog von Persönlichkeitsrechten für alte Menschen?, JAP 1998/99, 197.

<sup>12</sup> Das Niederösterreichische Sozialhilfegesetz 2000 (§ 52, LGBI

9200-0) statuiert eine Aufsichtspflicht nur für nicht vom Land betriebene Heime.

<sup>13</sup> Das Burgenländische Gesundheits- und Patientenadvokaturgesetz wurde am 27. 4. 2000 beschlossen und soll voraussichtlich im Juli 2000 in Kraft treten.

<sup>14</sup> Vgl dazu insb das VlbG Patienten- und Klientenschutzgesetz, LGBI. 26/1999.

Patientenanzwaltschaften für alte und pflegebedürftige HeimbewohnerInnen in der Regel viel zu schwierig ist.<sup>15</sup> Ein Mensch, der im Heim und schwer pflegebedürftig ist, kann oft seine Interessen kaum selber artikulieren. Noch viel weniger hat er die Energie, sich an eine heimfremde Institution, wie es die Patientenanzwaltschaft ist, zu wenden. Es müsste also auf jeden Fall ein relativ niederschwelliger Zugang, ua durch regelmäßige Heimpräsenz der Bewohnervertretung, geschaffen werden, um Bewohnerinteressen überhaupt feststellen und in der Folge vertreten zu können.<sup>16</sup>

Zusätzlich beschränkt sich der Aufgabenbereich dieser Patientenanzwaltschaft vorwiegend auf den Ersatz entstandener Behandlungsschäden nach Beendigung des Arzt-Patient-Verhältnisses, während HeimbewohnerInnen in erster Linie an der Lösung von Alltagsproblemen und an der dauernden Änderung von Verhaltensweisen in einer fortbestehenden Beziehung interessiert sind. Missstände in Krankenanstalten sind mit Missständen in stationären Pflege- und Betreuungseinrichtungen kaum zu vergleichen. Ebenso verhält es sich mit den Aufgabenbereichen der Patientenanzwaltschaft und einer Heimbewohnervertretung.

2.2. Heimrechtliche Bewohnerververtretungen

Das neue Salzburger Pflegegesetz (LGBl 52/2000) sieht die Selbstvertretung von HeimbewohnerInnen vor, wobei die Übertragung der eigenen Mitgestaltungsrechte auf einen Dritten aber zulässig ist. In den bestehenden Heimgesetzen in der Steiermark und in Kärnten ist jeweils das Recht auf eine Bewohnerversammlung und eine Heimbewohnerververtretung vorgesehen.<sup>17</sup> Damit allein ist aber noch nichts getan, zumal in der Praxis weder Bewohnerversammlungen abgehalten noch -vertretungen eingesetzt oder gewählt werden.<sup>18</sup> In der Oberösterreichi-

schen Alten- und Pflegeheimverordnung (Verordnung zum Sozialhilfegesetz) ist ein Heimforum vorgesehen, das aus Vertretern der BewohnerInnen, der Heimleitung, Pflegedienstleitung etc bestehen sollte.<sup>19</sup> Allerdings wurde – nach meinem Informationsstand – bisher noch kein solches Heimforum eingerichtet. Die zum Teil guten rechtlichen Ansätze bedürfen hier dringend einer effizienten Umsetzung.

3. Vergleich mit Deutschland

In Deutschland gibt es schon seit 1976 eine Heimitwirkungsverordnung zum Heimgesetz, die vorsieht, dass in jedem Heim – Wohnheim wie Pflegeheim – eine Selbstvertretung der HeimbewohnerInnen einzurichten ist.<sup>20</sup> Dabei handelt es sich um eine Art Heimbeirat, der relativ weit gehende Mitwirkungs- und zum Teil auch Mitentscheidungsrechte hat. Heimträger sind verpflichtet, auf die Bildung von Heimbeiräten hinzuwirken. Dabei handelt es sich jedoch um eine reine Selbstvertretung, deren Funktionalität darunter leidet, dass durch die starke Zunahme schwerer Krankheiten HeimbewohnerInnen immer weniger in der Lage sind, ihre eigenen Interessen wahrzunehmen. Das hat dazu geführt, dass 1993 immer noch 25% der deutschen Heime ohne einen Heimbeirat waren, obwohl die Verpflichtung schon 17 Jahre lang bestanden hatte.<sup>21</sup> Daraus muss geschlossen werden, dass eine Selbstvertretung der HeimbewohnerInnen alleine nicht ausreicht und dass jedenfalls auch heimfremde Personen in eine Interessenvertretung miteinbezogen werden müssen.

4. Vorschlag einer zweistufigen Heimbewohnerververtretung

4.1. Eigenvertretung

Wenn man den Grundsatz der Selbstbestimmung auch alten, pflegebedürftigen und behinderten Menschen gegenüber ernst nehmen will, muss man ihnen auf jeden Fall, soweit sie dies

können, die Möglichkeit bieten, ihre Interessen selbst wahrzunehmen (zB Heimbeirat). Die damit verbundene Eigenverantwortung ist auch eine Möglichkeit, Menschen in stationären Einrichtungen körperlich und geistig rege zu halten. Voraussetzung einer funktionierenden Selbstvertretung ist aber eine verpflichtende organisatorische Unterstützung durch die Heimleitung. Zusätzlich müsste ein solcher Heimbeirat Mitsprache- und Mitwirkungsrechte bekommen, die gerade im Bereich des Heimalltages sehr weit gehend sein sollten. Das Grundprinzip muss lauten: Menschen haben im Heim ihr neues Zuhause, wo sie – ebenso wie früher – ihren Lebensrhythmus weitestgehend selbst bestimmen können. Einschränkungen dieses Grundsatzes sind dort erforderlich, wo MitbewohnerInnen durch die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts unzumutbar beeinträchtigt werden.

4.2. Heimbewohneranzwaltschaft

Zusätzlich zur Selbstvertretung erscheint eine professionelle Vertretung von HeimbewohnerInnen,<sup>22</sup> ua wegen immer wieder auftretender Missstände und der starken Zunahme geistiger Störungen bei alten Menschen, unerlässlich.

Die Aufgaben einer professionellen Heimbewohnerververtretung müssten sein:

- ▶ Beratung und (organisatorische) Unterstützung des Heimbeirats;
- ▶ Beratung und Unterstützung einzelner HeimbewohnerInnen;
- ▶ informelle Kontrolle von stationären Einrichtungen durch Meldung von Missständen bei der Aufsichtsbehörde;
- ▶ Mediationsfunktion;
- ▶ Vertretung bei Beschwerden und Ansprüchen von HeimbewohnerInnen;

künftig:

- ▶ Vermögensverwaltung nach dem Sachwalterrecht;

15 Das belegt auch die Tatsache, dass die Wiener Patientenanzwaltschaft kaum mit Problemfällen aus Alten- und Pflegeheimen konfrontiert ist. Dass es diese gar nicht gibt, kann daraus sicherlich nicht geschlossen werden.  
16 Immerhin sieht § 3 des VlbG Patienten- und Klientenschutzgesetzes vor, dass in allen Betten führenden Einrichtungen eine Informations-

und Beschwerdestelle einzurichten ist.  
17 § 3 Abs 3 Z 5 Stmk Pflegeheimgesetz und § 6 Abs 3 lit d Kä Heimgesetz.  
18 Gem § 4 Stmk Pflegeheimgesetz kann die Landesregierung eine eigene Heimbewohneranzwaltschaft einrichten. Nunmehr, nach mehr als 5-jährigem Bestehen dieser Bestimmung, ist man bemüht, dafür einen

eigenen Verein zu gründen, der sich aus den drei größten Seniorenverbänden zusammensetzen soll.  
19 § 22 OÖ Alten- und Pflegeheimverordnung.  
20 Vgl dazu Ganner in: Barta/Ganner (Hg), Alter, Recht und Gesellschaft 126 f.  
21 Dahlem/Giese/Igl/Klie, Das Heimgesetz, Kommentar, C III § 1 Rz 4.  
22 Eine Vertretung dieser Personen-

gruppe ausschließlich durch Angehörige erscheint nicht sinnvoll, weil die Interessen von HeimbewohnerInnen mit denen ihrer Angehörigen häufig nicht übereinstimmen. Vielmehr kommt es dabei zu einer Interessenkollision, die eine adäquate Vertretung der betroffenen Person durch den jeweiligen Angehörigen verhindern kann.

► Vertretung im Verfahren zur Genehmigung freiheitsbeschränkender Maßnahmen.

Von entscheidender Bedeutung ist der niederschwellige Zugang zur Heimbewohneranwaltschaft durch regelmäßige Präsenz, die wiederum automatisch eine informelle Kontrollfunktion nach sich ziehen würde. Eine professionelle Heimbewohnervertretung könnte eine Mediatorwirkung zwischen Heimleitung und HeimbewohnerInnen erfüllen, indem sie versucht, auf kommunikativer und informeller Ebene eine Einigung bei Problemen zu finden. Dadurch könnten bereits viele Freiheitsbeschränkungen verhindert und andere Probleme gelöst werden.

Trotzdem ist davon auszugehen, dass fallweise Freiheitsbeschränkungen zum Schutz von HeimbewohnerInnen notwendig sind, wobei in diesen Fällen eine Heimbewohnervertretung im Rahmen eines UbG-ähnlichen Gerichtsverfahrens die Vertretung vergleichbar mit dem Patientenanwalt nach dem Unterbringungsgesetz vorzunehmen hätte. Allerdings wäre es dazu nötig, dass man – derzeit in Alten- und Pflegeheimen nicht erlaubte – Freiheitsbeschränkungen gesetzlich regelt, aber auf solche Institutionen beschränkt, in denen ein gewisser Mindeststandard gesichert ist.<sup>23</sup> In weiterer Folge wäre auch zu überlegen, ob eine Heimbewohneranwaltschaft gewisse Teile aus dem Sachwalterschaftsbereich (insb Vermögensverwaltung) übernehmen könnte. Dadurch könnten einerseits die SachwalterInnen, andererseits aber auch die Heimleitungen entlastet werden. Relativ viele HeimbewohnerInnen haben als SozialhilfeempfängerInnen nur das Taschengeld aus der Pension (20% der Pension plus dem 13. und 14. Gehalt) und aus dem Pflegegeld (derzeit 569,- S) als Einkünfte. Für diesen geringen Betrag muss derzeit aber oft eine Einzel-Sachwalterschaft bestellt werden, was mE nicht unbedingt nötig wäre. Insofern wäre an eine Art „Sachwalterschaft light“ zu denken, in deren Rahmen eine Heimbewohneranwaltschaft diese Aufgaben übernimmt.

## 5. Zusammenfassung

Derzeit findet die Interessenwahrung von HeimbewohnerInnen entweder durch sie selbst statt, wenn sie dazu imstande sind, oder durch engagierte Angehörige oder eine(n) SachwalterIn. Übrig bleibt aber eine große Gruppe von HeimbewohnerInnen, die auf das – auch häufig bestehende – Wohlwollen von Heimleitung und Heimpersonal angewiesen sind. Vielfach werden dabei die Individualinteressen der Personen dem (vermeintlichen) Gemeininteresse der Bewohnergesamtheit und dem Interesse eines geordneten und unkomplizierten Heimbetriebs untergeordnet. Um eine weitgehend selbstbestimmte Lebensführung von BewohnerInnen stationärer Einrichtungen zu gewährleisten, wäre es daher unbedingt nötig, effektive Interessenvertretungen einzurichten. Die Patienten-anwaltschaften nach dem Krankenanstaltengesetz sind dafür nach ihrer derzeitigen organisatorischen und funktionalen Ausgestaltung kaum geeignet.

Einerseits müssten HeimbewohnerInnen in ihrer Eigenvertretung unterstützt werden, indem man ihnen sowohl bei der Willensfindung und -artikulation als auch in organisatorischen Angelegenheiten hilft. Dort, wo eine eigenständige Interessenwahrung nicht mehr möglich ist, bedarf es darüber hinaus einer professionellen Vertretung, die sowohl die Heimbeiräte und die einzelnen BewohnerInnen als auch das Pflegepersonal und die Heimleitung berät und unterstützt.

Legistischer Handlungsbedarf ist sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene gegeben. Die auf Bundesebene längst fälligen Reformen des Sachwalter- und Unterbringungsrechts, insbesondere in Bezug auf Freiheitsbeschränkungen in stationären Pflege- und Betreuungseinrichtungen, müssten jedenfalls eine effiziente (Verfahrens)Vertretung betroffener Personen sicherstellen. Darüber hinaus haben sich die Länder für ihren Kompetenzbereich zur Wahrung der Rechte von HeimbewohnerInnen verpflichtet, dem mit der Zuordnung zur Patienten-anwaltschaft als institutionsferne Be-

schwerdestelle sicherlich nicht Genüge getan wird. Auf der Grundlage der Pflegevereinbarung von 1993, in der vereinbart wurde, dass „die Vorsorge für pflegebedürftige Personen bundesweit nach gleichen Zielsetzungen und Grundsätzen zu regeln“ ist (Art 1 Abs 1), bietet sich ein gemeinsames Vorgehen von Bund und Ländern, dh heißt die Schaffung einer gemeinsamen Institution (zB Heimbewohneranwaltschaft) geradezu an. Regelungsort könnte eine neuerliche Art 15a B-VG-Vereinbarung zwischen Bund und Ländern sein.

*Dr. Michael Ganner ist Vertragsassistent am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck.*

23 Die Beschränkung auf Einrichtungen, die Mindeststandards erfüllen, soll verhindern, dass Freiheits-

beschränkungen auf Grund von Personalmangel etc vorgenommen werden.

# Das Schutzrecht für Datenbanken

## Branchenförderung contra Informationsmonopole

Martin Zucker

### 1. Wesen

Seit 1. 1. 1998 gibt es in Österreich ein eigenes Schutzrecht für Datenbanken, eingeführt durch die letzte Novelle zum UrhG.<sup>1</sup> Rechtsgrundlage dafür ist die Richtlinie 9/96/EG.<sup>2</sup> Eines ihrer Ziele ist die Annäherung der zwei in der Europäischen Union vorhandenen unterschiedlichen Konzepte des Urheberrechts: dem *droit d'auteur* und dem *copyright*. Das *droit d'auteur* sieht den kreativen Schöpfungsakt als schützenswerten Anknüpfungspunkt an. Beim *copyright* hingegen sind bereits „skill and labour“ schutzbegründende Voraussetzungen. Schon daher stellt die Richtlinie einen typischen Kompromiss dar.

Das lässt sich gut an den unterschiedlichen Vorschlägen zur inhaltlichen Ausgestaltung innerhalb der rund vier Jahre ihrer Entstehung ablesen.<sup>3</sup> Und dies wirkt auch in den nationalen Umsetzungen nach: So hat die Richtlinie sowohl einen urheberrechtlichen Schutz – in Österreich bereits zuvor durch § 6 UrhG gewährt – als auch ein als Schutzrecht *sui generis* bezeichnetes Recht für Datenbanken eingeführt. Es wird im UrhG im Bereich der Leistungsschutzrechte (II. Hauptstück) eingeordnet,<sup>4</sup> wo schon zuvor Regelungsgebiete zu finden waren, die inhaltlich

lose bis gar keine Gemeinsamkeiten aufweisen.

Dieses neue Schutzrecht wurde laut den Erwägungsgründen in der Richtlinie als notwendig angesehen, weil das Entstehen von neuen Datenbanken gefördert werden soll. Dies ist weder durch das Urheberrecht noch durch das Wettbewerbsrecht ausreichend gewährt.<sup>5</sup>

Das Schutzrecht ist ein absolutes Recht und weit ausgestaltet: Es erfasst „Datenbanken“ unabhängig davon, ob deren Inhalte in irgendeiner Weise einem Schutzrecht unterliegen oder nicht.<sup>6</sup> Ein Datenbankhersteller kann daher eine Verletzung seiner Rechte unabhängig davon geltend machen.<sup>7</sup> Dies ist dort von Interesse, wo viele Inhalte zu freien Werken gem § 7 (1) UrhG zählen. Stammen sie aus einer vom Schutzrecht erfassten Datenbank, wird ihr Gebrauch eingeschränkt (siehe 3. Verwertung). Das ist bedenklich, weil die Qualität der Inhalte für die Schutzrechtsbegründung keinerlei Bedeutung hat.

Ob die Datenbanken in digitaler Form vorliegen oder nicht, macht für die Begründung des Schutzrechts keinen Unterschied.<sup>8</sup> In der Behandlung der Materie wird oft nur auf digitale Datenbanken eingegangen, was ver-

ständig ist, zumal sie derzeit wirtschaftlich bedeutsamer und gleichzeitig leichter zu verwerten sind als herkömmliche.

Weiters gilt das Schutzrecht unabhängig von anderen eventuell bestehenden und auf die Datenbank bezogenen Rechten. Entsprechende Verletzungen vorausgesetzt, bestehen im besten Fall Ansprüche aus dem Urheber-, dem Leistungsschutz- und dem Wettbewerbsrecht nebeneinander. Dabei wären verschiedene aktivlegitiimierte Personen<sup>9</sup> denkbar.

Die Schutzdauer beträgt prinzipiell 15 Jahre ab Fertigstellung der Datenbank.<sup>10</sup> Zum Beginn einer neuen Schutzfrist: Siehe 2. Entstehung. Nach 1982 aber vor 1998 erstellte Datenbanken werden bei Vorliegen der Schutzvoraussetzungen mit Fristbeginn 1. 1. 1998<sup>11</sup> geschützt.

In der Literatur besteht die Tendenz, den Umfang des Schutzrechts als zu weit gehend anzusehen.<sup>12</sup> Es wird angenommen, dass durch den Schutz das Entstehen von Informationsmonopolen erleichtert wird, und dass dies unter dem Gesichtspunkt der Informationsfreiheit abzulehnen ist. Es soll daher der Frage nachgegangen werden, ob diese Bedenken berechtigt sind und wie ihnen gegebenenfalls bei der Auslegung und Anwendung der Normen Rechnung getragen werden kann.

### 2. Entstehung

§ 76c UrhG<sup>13</sup> trägt die Überschrift „Geschützte Datenbanken“ und Abs 1 normiert:

Eine Datenbank (§ 40 f Abs. 1) genießt den Schutz nach diesem Abschnitt, wenn für die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung ihres Inhalts eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erforderlich war.

1 BGBl I Nr 25/1998 vom 9. 1. 1998. Artikel III normiert ein rückwirkendes Inkrafttreten. Damit hat der österreichische Gesetzgeber die Richtlinie im Vergleich zu anderen Mitgliedsstaaten sehr rasch umgesetzt. Siehe CELEX-Nr. 796L0009. Einen guten Überblick auf die UrhG-Nov 97 bietet Schwarz, Winfried: Ein neues Schutzrecht für Datenbanken. In: *ecolex* 1998, S 42–45.  
2 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken. Veröffentlicht im Amtsblatt der EU Nr. L 077 vom 27. 3. 1996 S 20–28. CELEX-Nr.

396L0009. Abgedruckt ua in Dittrich, Robert (Hg): Österreichisches und internationales Urheberrecht. Manz – Wien 1998. S 588–605.

3 Einen guten Überblick auf die Entstehung bietet Gaster. Gaster, Jens-Lienhard: Der Rechtsschutz von Datenbanken: Kommentar zur Richtlinie 96/9/EG; mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns 1999.

4 Zur Frage, ob dies im Rahmen des UrhG oder besser in einem eignen „Datenbankgesetz“ geschehen sollte: Siehe NR: GP XX RV 883 AB 1001

Sitzung 104, abgedruckt in Dittrich, Urheberrecht S 16 ff.

5 EG 6–12 96/9/EG.

6 § 76c (3) UrhG. Vgl Art 7 (4) RL 9/96/EG.

7 Wiedenbauer, Martin: Urheberrechtsschutz von Multimediaprodukten. Wien 1998. Verlag Österreich, S 217 = Dissertation. Wien 1998. Juristische Fakultät der Universität Wien, S 159 f.

8 Wohl aber für den Umfang der Verwertungsrechte: vgl § 76d (3) Z 1 UrhG. Siehe 4. Freie Nutzung.

9 Vgl § 40 f (3) UrhG iVm § 40b UrhG sowie § 40g UrhG mit § 76d (1) UrhG.

10 § 76d (4) UrhG. Art 10 (1) RL 9/96/EG.

11 Art III BGBl I Nr. 25/1998. Art 14 (3) RL 9/96/EG.

12 Siehe Burgstaller, Peter: Das Schutzrecht „*sui generis*“ der Datenbankrichtlinie: Daten- und Informationsmonopol? In: *ecolex* 1999, 331–334. Kappes, Florian: Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen: gesetzliche und vertragliche Schutzmöglichkeiten für CD-ROM- und Online-Datenbanken einschließlich Multimedia-Anwendungen. Köln 1996. Otto Schmidt. S 280, 282, 288 mwN.

13 Vgl Art 7 (1) RL 9/96/EG.

§ 40 f (1) UrhG<sup>14</sup> lautet:

Datenbanken [. . .] sind Sammlungen von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit elektronischen Mitteln oder auf andere Weise zugänglich sind.<sup>15</sup> [. . .]

Schutzrechtsbegründende Handlungen sind also das Sammeln, Sichten und Präsentieren. Dazu muss nur eine Handlung alternativ vorliegen. Dadurch kann Schutz leicht begründet werden, was bei jenen Fällen deutlich wird, in denen die Inhalte bereits vom Schutzrecht erfasst sind und etwa auf ihre Aktualität durchgesehen werden. Das lässt schon eine neue Datenbank und damit den Beginn einer neuen Schutzfrist entstehen. Daher sollte bei allen Handlungen ein enger Auslegungsmaßstab herangezogen werden. So sollte etwa das rein automatisierte Aussondern von Inhalten aus einer Datenbank nach einem bestimmten Zeitraum noch nicht als relevante Handlung zu verstehen sein.

Während auch der Begriff der Datenbank von § 40 f UrhG weit gefasst ist, wird das Schutzrecht nur unter der Voraussetzung der wesentlichen Investition gewährt. Bei keinem anderen Leistungsschutzrecht im UrhG findet sich ein vergleichbares Kriterium. Weil es sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der weder unter Zuhilfenahme der Materialien zur Richtlinie<sup>16</sup> noch zur UrhG-Novelle<sup>17</sup> ausreichend präzisiert werden kann, wird dies letztlich durch die Rechtsprechung geschehen. Da er bei Vorliegen einer entsprechenden Handlung einziges Kriterium für das Entstehen des Schutzrechts ist, soll an dieser Stelle zumindest eine ungefähre Eingrenzung erfolgen.

Die Investition kann nicht nur in Geld, sondern auch in Arbeit und in damit verbundenem zeitlichen Aufwand bestehen.<sup>18</sup> Fast jeder Einsatz – etwa der von Arbeitszeit – lässt sich in Geld bemessen. Es ist notwendig, verschiedene Investitionen auf einen gemeinsa-

men Nenner zu bringen, um sie einander gegenüberstellen zu können.

„Nach Art und Umfang“ stellt klar, dass die Investition in qualitativer wie quantitativer Hinsicht wesentlich sein kann. Die Unterscheidung ist als Hinweis darauf zu verstehen, dass die Investition in jeder Art von Aufwand bestehen kann, auch wenn sie zum Zweck der Bestimmung als wesentlich fast immer in Geld und damit in quantitativer Hinsicht ausgedrückt werden muss.

„Wesentlich“ ist der Kern der Unbestimmtheit von § 76c (1) UrhG. Mehrere Kriterien zur Abgrenzung von den „unwesentlichen“ Investitionen durch Vergleich sind möglich. Damit soll die Suche nach konkreten Beträgen eingengt und transparente Differenzierungen möglich gemacht werden:

Als erste Annäherung kann auf die Branche abgestellt werden. Haben die anderen Unternehmen einen vergleichbar hohen Aufwand betrieben? Dann ist er als unwesentlich anzusehen. Oder liegt der für die untersuchte Datenbank betriebene Aufwand deutlich über dem der anderen? Diesfalls gilt er als wesentlich.

Weiters können die Investitionen innerhalb eines Unternehmens herangezogen werden. Hat die Erstellung der Datenbank wesentlich höhere Kosten verursacht als die aller anderen vergleichbaren Produkte (unter Berücksichtigung der schnellen Veränderung von Produktionskosten auf digitalem Gebiet) oder liegen sie innerhalb des Durchschnitts? Dieser Ansatz führt zu einer Berücksichtigung der Unternehmensgröße und somit dazu, dass die Investitionen von „kleinen“ Betrieben eher als wesentlich angesehen werden können, als wenn sie sich mit jenen von „großen“ zu messen hätten.

Auch auf die Art der Datenbank selbst kann abgestellt werden. Sind die vergleichbaren Produkte auf dem Markt mit viel geringeren Kosten erstellt worden als die untersuchte Datenbank? Dieses Kriterium stellt nur mehr auf die Datenbank selbst ab und macht so prinzipiell einen Vergleich

losgelöst von „großen“ und „kleinen“ Unternehmen möglich. Das ist insofern sinnvoll, als sich die Kostenstruktur von nicht digitalen und digitalen Datenbanken unterscheidet. Innerhalb der digitalen Datenbanken lassen sich weitere wichtige Differenzierungen treffen: Etwa jene in Offline- und Online-Datenbanken, da auch hier die Kosten von Erstellung, Wartung und Vertrieb anders aufgebaut sind.

Überhaupt kann durch die Wahl von geeigneten Vergleichsobjekten die Qualifikation einer Investition als wesentlich fast zur Gänze losgelöst von der Höhe des tatsächlich aufgewendeten Geldbetrags getroffen werden. Damit ist aber gleichzeitig die Gefahr gegeben, durch das Heranziehen der „richtigen“ Vergleichsobjekte das Ergebnis zu beeinflussen.

Die Schwierigkeit bei allen Vergleichen liegt darin, dass sich die Kosten jedenfalls bei digitalen Datenbanken sowohl in einer sehr großen Spanne bewegen als auch sich rasch verändern. Daher ist der Faktor Zeit unbedingt zu berücksichtigen, und es müssen möglichst aktuelle Werte einander gegenübergestellt werden.

Im Erwägungsgrund 19 der Richtlinie<sup>19</sup> findet sich der Hinweis, dass das Zusammenstellen verschiedener Musikstücke für die Produktion einer CD nicht als wesentliche Investition anzusehen ist. Daraus lässt sich nichts für die Frage nach der Höhe der Investition ableiten, weil sich dieses Zusammenstellen im Aufwand nicht grundlegend vom Zusammenstellen anderer Daten unterscheidet. Sondern es lässt sich nur für die Abgrenzung der schutzbegründenden Handlungen etwas aussagen: Das Kompilieren einer Musik-CD soll kein Schutzrecht für Datenbanken begründen, was nach der Definition von „Datenbank“ und nach den Schutzvoraussetzungen aber der Fall wäre.

Eine weitere Schwierigkeit bei der Frage nach der Wesentlichkeit stellen mehrere Investitionen an einer Datenbank dar. Nach § 76c (2) UrhG gilt:

<sup>14</sup> Vgl Art 1 (2) RL 9/96/EG.

<sup>15</sup> Damit soll eine Unterscheidung in Datenbanken, die in digitaler Form vorliegen, und solche, bei denen das nicht der Fall ist, getroffen werden, was für den Umfang der Verwertungsrechte von Bedeutung ist. Die Formulierung von Gesetz

und Richtlinie ist irreführend, weil auch Datenbanken, die nicht in digitaler Form vorliegen (zB Zettelkasten), idR mit elektronischen Mitteln (zB Kopiergerät, Scanner) zugänglich sind.

<sup>16</sup> Siehe FN 2 va EG 19 RL 9/96/EG.

<sup>17</sup> Siehe FN 4.

<sup>18</sup> EG 40 RL 9/96/EG.

<sup>19</sup> EG 19 RL 9/96/EG: Normalerweise fällt die Zusammenstellung mehrerer Aufzeichnungen musikalischer Darbietungen auf einer CD nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, da sie [. . .] weder [. . .], noch eine Investition [. . .] darstellt,

die ausreichend erheblich wäre, um in den Genuss eines Rechts sui generis zu kommen.

Eine in ihrem Inhalt nach Art oder Umfang wesentlich geänderte Datenbank gilt als neue Datenbank, wenn die Änderung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert hat; dies gilt auch dann, wenn diese Voraussetzung nur durch mehrere aufeinander folgende Änderungen gemeinsam erfüllt wird.

Damit soll klargestellt werden, dass eine unter Aufwendung einer wesentlichen Investition durchgeführte wesentliche Änderung einer bereits bestehenden Datenbank ein neues Schutzrecht begründet und nicht die Dauer des bestehenden verlängert<sup>20</sup> (siehe 4. Freie Nutzung). Dies ist beim Urheberrechtsschutz unter dem Problem der selbstständig geschützten Bearbeitung bekannt. Von den Datenbanken sind jene interessant, in denen die Zeitschichten der Inhalte erfasst sind. Dies lässt eine genaue Aussage darüber zu, welche Inhalte noch dem Schutzrecht unterliegen und welche nicht mehr.<sup>21</sup>

Ob diese weitere Investition als wesentlich oder nicht zu beurteilen ist, kann anhand der oben angeführten Kriterien eingegrenzt werden. Hinzu kommt die Frage, in welchem Verhältnis die neue Investition zur letzten steht: Müssen weitere Investitionen höher ausfallen als die bisherigen, um als wesentlich zu gelten? Oder dürfen sie niedriger sein, weil die erstmalige Erstellung zwar sehr viel gekostet hat, eine geringere Summe dennoch als wesentlich gelten kann?<sup>22</sup>

Die eigentliche Schwierigkeit birgt der letzte Halbsatz: Hier ist der Fall gemeint, in dem mehrere Änderungen stattfinden, deren Kosten jede für sich genommen eine unwesentliche, insgesamt aber eine wesentliche Investition darstellen sollen.

Nun ist das gerade bei Datenbanken der Regelfall. Durch Aktualisieren werden vor allem bei digitalen Datenbanken innerhalb weniger Monate, sogar weniger Wochen, immer wieder kleine und größere Änderungen vorgenommen.

Daher sollte als Richtwert die wesentliche Investition bei der Erstellung der ersten Datenbank herangezogen werden. Nur wenn die Kosten der Änderungen in einem mit der erstmaligen Erstellungsdauer vergleichbaren Zeitraum mindestens so hoch sind – vor allem unter Berücksichtigung der Annahme von sinkenden Kosten zumindest bei digitalen Datenbanken – wie die erste als wesentlich angesehene Investition, sind die neuen Kosten in Summe als wesentlich anzusehen. Damit soll gewährleistet werden, dass eine bestehende Datenbank weiterentwickelt werden muss, um ein neues Schutzrecht zu begründen.

### 3. Verwertung

§ 76d (1) UrhG regelt die Verwertung:

Wer die Investition [. . .] vorgenommen hat (Hersteller), hat [. . .] das ausschließliche Recht, die ganze Datenbank oder einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil derselben zu vervielfältigen, zu verbreiten, durch Rundfunk zu senden und öffentlich wiederzugeben. [. . .]

In Österreich besteht ein *numerus clausus* von zwei körperlichen und zwei unkörperlichen Verwertungsarten. Hier werden alle vier vorkommenden aufgezählt. Als Grund liegt die Vermutung nahe, dass sich der Gesetzgeber nicht auf eine festlegen wollte.<sup>23</sup> Dadurch gewährt er weit gehende Schutzmöglichkeiten; ganz im Sinne der Richtlinie – sie spricht von „Entnahme“ und „Weiterverwendung“.<sup>24</sup>

Gaster<sup>25</sup> sieht darin eigene, neue Verwertungsrechte. Er stützt sich dabei auf das in den neuen WIPO-Verträgen genannte „making available right“ und führt an, dass das Entnahme- und das Weiterverwendungsrecht weiter geht als die bisher bestehenden Verwertungsrechte. Weil die einschlägigen Normen in Deutschland und Österreich nur diese anführen, und nicht die „neuen Verwertungsrechte“ Entnahme und Weiterverwendung erwähnen, hält er die Richtlinie in diesem Punkt für unzureichend umgesetzt.

In den EB zur RV finden sich zur Frage, ob es sich um ein eigenes Verwertungsrecht handelt, folgende Aussagen:

Dieser Vorgang [Entnahme<sup>26</sup>] wird in der Begriffswelt des Urheberrechts üblicherweise als Vervielfältigung bezeichnet. Die geschützte Verwertungshandlung wird daher als Vervielfältigung und das Recht als Vervielfältigungsrecht bezeichnet. Eine inhaltliche Abweichung von der Richtlinie ist damit nicht verbunden, da es nur um eine andere Benennung geht und der Inhalt des Rechts getreu aus der Richtlinie übernommen wird.<sup>27</sup>

Demnach handelt es sich um das herkömmliche Verwertungsrecht Vervielfältigung, das richtlinienkonform, also weit, zu interpretieren ist.

Der nächste Absatz geht in eine andere Richtung:

Schließlich ist auch keine Verwirrung mit dem durch das Urheberrechtsgesetz dem Urheber und den Inhabern verwandter Schutzrechte gewährten Vervielfältigungsrecht zu befürchten: denn das Vervielfältigungsrecht des Herstellers einer Datenbank ist ein eigenständiges Recht, dessen Inhalt sich ausschließlich aus der Regelung im Gesetz ergibt.<sup>28</sup>

Beim Vervielfältigungsrecht des Datenbankherstellers scheint es sich also doch um ein eigenes, vom bisherigen Vervielfältigungsrecht zu unterscheidendes Verwertungsrecht zu handeln. Wieso trotz Namensgleichheit keine Verwirrung zu befürchten ist, lässt sich aus den Materialien nicht erschließen.

Zur Weiterverwendung wird hingegen ausgeführt:

Darüber hinaus gibt die Richtlinie dem Hersteller das Recht der Weiterverwendung. Wie auch sonst im Bereich des Sui-generis-Schutzes vermeidet die Richtlinie die Verwendung der üblichen urheberrechtlichen Terminologie. Aus der Umschreibung des Weiterverwendungsrechts in Art. 7 Abs. 2 lit. b DB-RL ergibt sich jedoch, daß dem Hersteller umfassend jede Art der Verwertung vorbehalten werden soll, die die Datenbank der Öffentlichkeit verfügbar (in der Terminologie des Urheberrechtsgesetzes: zugänglich) macht. Dem entsprechen die Verwertungsarten der Verbreitung, der Rundfunksendung und der öffentlichen Wiedergabe.<sup>29</sup>

20 Vgl Art 10 (3) RL 9/96/EG, der die diesbezüglich irreführende Überschrift „Schutzdauer“ trägt. Siehe EG 54 f RL 9/96/EG.  
21 Diese Möglichkeit übersieht Burgstaller und nimmt an, dass bei der Begründung eines neuen Schutzrechts immer die gesamte alte Datenbank miterfasst ist. Dem steht

die Formulierung von Art 10 (3) RL 9/96/EG entgegen: „[. . .] begründet für die Datenbank, die das Ergebnis dieser Investition ist, eine eigene Schutzdauer.“ S 32 f.  
22 Wiedenbauer leitet aus der Gleichheit der Formulierungen in § 76c (1) UrhG und § 76d (4) UrhG ab, dass bei einer neuen Investition der

gleiche Maßstab anzulegen ist wie bei der ersten. Urheberrechtsschutz, S 217 = Diss S 162.  
23 Vgl Wiedenbauer, Urheberrechtsschutz, S 221 = Diss S 164.  
24 Art 7 (2) lit a & b RL 9/96/EG.  
25 Gaster: Rechtsschutz, RN 504–516, 519 ff und 530–538.  
26 Anm des Verf.

27 GP XX RV 883, S 8.  
28 Siehe FN 27.  
29 Siehe FN 27.



Die von der Richtlinie geforderte Weiterverwendung lässt sich laut EB mit bestehenden Verwertungsrechten gewährleisten. Im Gesetz wird nur auf bestehende Verwertungsrechte verwiesen.<sup>30</sup> Daher ist davon auszugehen, dass die UrhG-Nov 97 keine neuen Verwertungsrechte eingeführt hat. Ob dies gegen die Richtlinie verstößt, ist fraglich. Beim Urheberrechtsschutz sind in der Richtlinie nur die „traditionellen“ Verwertungsarten genannt.<sup>31</sup> Daraus lässt sich aber nicht eindeutig ableiten, dass mit dem Schutzrecht neue Verwertungsarten eingeführt werden sollen. Denn der Datenbankbegriff ist bei beiden Rechten derselbe. Wenn es das Wesen der Datenbanken erfordern würde, neue Verwertungsrechte zu begründen, stellt sich die Frage, warum das beim Urheberrecht nicht geschehen ist.<sup>32</sup>

Selbst Gaster muss einräumen, dass das Entnahmerecht bestehenden Verwertungsrechten ähnlich ist.<sup>33</sup> Der weite Geltungsbereich ließe sich auch mit einer – durch neue technische Möglichkeiten ohnedies notwendigen – weiten Auslegung der bestehenden Verwertungsrechte erreichen.

Die Frage, ob es sich um neue Verwertungsrechte handelt oder nicht, ist nur dann von praktischer Bedeutung, wenn es Handlungen gibt, die sich mit den bestehenden Verwertungsrechten nicht erfassen lassen. Derartige Handlungen sind – derzeit – aber nicht denkbar.

#### 4. Freie Nutzung

Bei der Verwertung wird zwischen wesentlichen und unwesentlichen Teilen unterschieden;<sup>34</sup> unwesentliche dürfen prinzipiell frei verwertet werden. Dies stellt eine Grenze des Schutzrechts und kein Nutzungsrecht dar: Unwesentliche Teile sind also vom Schutzrecht von vornherein nicht erfasst. Verwertungen auch unwesentlicher Teile sind dennoch untersagt, wenn sie

- ▶ wiederholt und systematisch erfolgen und
- ▶ entweder normalen Verwertungshandlungen entgegenstehen

▶ oder berechnete Herstellerinteressen unzumutbar beeinträchtigen.<sup>35</sup> Wesentliche Teile dürfen darüber hinaus in den beiden Fällen des § 76d (3) UrhG genutzt werden:

- ▶ für private Zwecke bei Datenbanken in nicht digitaler Form
- ▶ für Wissenschafts- und Unterrichtszwecke in angemessenem Umfang unter Quellenangabe und ohne Erwerbsabsicht.

Dies erscheint sehr eingeschränkt, betrifft jedoch nur jene Fälle, in denen über das ohnehin zulässige Maß hinaus verwertet werden soll.

Die Tatbestandsmerkmale erscheinen recht unklar: Was „berechnete Herstellerinteressen“ sind und wann diese „unzumutbar beeinträchtigt“ werden, bleibt offen.

Die weitere Schwierigkeit liegt – ganz ähnlich wie bei der Frage nach der Begründung des Schutzrechts (siehe 2. Entstehung) – in der Abgrenzung von unwesentlichen gegenüber wesentlichen Teilen. Dabei ist es sinnvoll, als Erstes auf den Umfang der Datenbank abzustellen und danach zu fragen, wie viel Prozent das Entnommene denn vom Gesamtbestand ausmacht. Das ermöglicht eine auf den Einzelfall bezogene Entscheidung.

Damit ist noch nichts über die Qualität der verwerteten Inhalte gesagt. Für die Frage nach der Qualität sollte weder von der verwertenden Person ausgegangen werden, weil dies meistens zum Ergebnis führen wird, dass die Teile eben wesentlich für diese Person waren. Noch sollte danach gefragt werden, ob die Teile aus der Sicht des Datenbankherstellers wesentlich sind, weil auch dies reflexartig bejaht würde. Eine objektivierte Betrachtung ist erstrebenswert. Daher sollte zusätzlich nach Art und Wert der verwerteten Inhalte zu den restlichen in der Datenbank vorhandenen gefragt werden. Wenn es sich etwa um Inhalte handelt, aufgrund deren Kenntnis ein Großteil der restlichen Datenbank erschließ- oder vernachlässigbar wird, sind sie wohl als wesentlicher Teil anzusehen.

Die Folge ist, dass – auch unter Berücksichtigung der Qualität der verwerteten Inhalte – aus umfangreichen Datenbanken in absoluten Zahlen gemessen mehr verwertet werden darf als aus kleinen; prozentual gesehen aber die gleiche Menge.

#### 5. Resümee

Die Richtlinie will das Entstehen neuer Datenbanken durch Schutz der Investitionen fördern.<sup>36</sup> Dabei führt sie als Instrument ein neues absolutes Recht ein. Ein solches schließt seinem Wesen nach alle anderen in seinem Geltungsbereich aus. Dieser ist beim Schutzrecht sehr umfangreich (siehe 1. Wesen). Das umfassende absolute Recht kann die Monopolisierung von Datenbanken begünstigen und damit dem in den Erwägungsgründen dargelegten Ziel nach dem Entstehen neuer widersprechen.

Die angestellten Überlegungen können daher als Anregungen bei der Gesetzes- (und Richtlinien)anwendung – vor allem bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe bei der Begründung der Verwertung und der freien Nutzung – dienen.

*Mag. Martin Zucker arbeitet an einer Dissertation über Rechtsdatenbanken im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht und besucht den Universitätslehrgang für Informationsrecht und Rechtsinformation.*

30 § 76d (5) UrhG.

31 Siehe EG 42 sowie Art 5 RL 9/96/EG.

32 EG 32 RL 9/96/EG.

33 Gaster: Rechtsschutz, RN 531.

34 § 76e UrhG normiert einen urhe-

bervertragsrechtlichen Schutz. Siehe

GP XX RV 883, S 9 und Gaster: Rechtsschutz, RN 583 ff.

35 § 76d (1) Satz 2 UrhG.

36 Siehe insbes EG 11 f und 38 f 9/96/EG. Vgl 2. Entstehung.

# Paradigma der Familienpolitik

# Kindermachen

## Mehr Kinder – weniger Kinderpolitik

Aktuelle Politiken „zum Wohle“ von Familien

Martina Thomasberger

In dieser Ausgabe steht ein politisches Thema im Mittelpunkt, das etwas von unseren herkömmlichen Schwerpunkten abweicht: Es ist nicht dezidiert rechtspolitisch, obwohl auch die Rechtspolitik eine Rolle spielt. Es ist nicht neuesten rechtstheoretischen oder rechtsphilosophischen Strömungen gewidmet, obwohl auch diese berücksichtigt werden. In diesem Thema geht es um politische Rhetorik und darum, am Beispiel der aktuellen politischen Diskurse wieder einmal die Fremdbestimmtheit der Gesetzgebung und damit im weiteren Sinne auch der Rechtswissenschaften durch ideologische und politische Vorgaben zu verdeutlichen.

Schon seit einiger Zeit wird mit „Kindern“ Politik gemacht – allerdings ist das noch lange keine Kinderpolitik. Als Beispiel zum Einstieg soll ein Ausschnitt aus dem Nationalratswahlkampf der FPÖ 1999 herhalten: Die Partei der Fleißigen und Tüchtigen eröffnete – ihrem Status als Law-and-Order-Partei treu bleibend – eine Diskussion darüber, dass Verurteilungen von „Kinderschändern“ nicht getilgt werden dürften und dass die Wohnumgebung von entlassenen Straftätern, denen solche Delikte zur Last gelegt worden sind, von der Verurteilung und der „Gefährlichkeit“ dieser Personen zwingend informiert werden müsse. Bei Sexualdelikten im Zusammenhang mit Kindern solle es generell keine Diversion geben. Immerhin seien Kinder das Wertvollste, was die österreichische Gesellschaft habe, und sie müssten vor Triebtätern geschützt werden. Im Regierungsprogramm „Österreich neu Regieren“ ist davon die Forderung übrig geblieben, dass Personen, die wegen Sexualdelikten verurteilt wurden, nicht in

pädagogischen Berufen beschäftigt werden dürfen und eine generell skeptische Haltung gegenüber der Diversion.

Es wäre kurzsichtig, angesichts der reduzierten politischen Pläne im Regierungsprogramm den politisch-symbolischen Gehalt derartiger Diskussionen als gering einzuschätzen. Die konservativen politischen Parteien instrumentalisieren mit derartigen Diskursen das Empfinden der ÖsterreicherInnen, und zwar sowohl die Gefühle Erwachsener für (kleine) Kinder als auch die – manchmal sehr unklaren und unartikulierten – ethischen Überzeugungen, die in der österreichischen Bevölkerung existieren.

Selbstverständlich ist jeder erwachsene Mensch, dessen moralisch-psychische Entwicklung dem normalen zivilisatorischen Standard entspricht, bereit, auf Kinder Rücksicht zu nehmen, sie zu beaufsichtigen und zu versorgen. Selbstverständlich gibt es eine allgemeine und breit geteilte Überzeugung, dass es notwendig ist, Kinder in bestimmten Situationen und vor bestimmten Ereignissen und Handlungen zu schützen. Das ist der Hintergrund, auf dem reaktionäre Ideologie Politik mit der entpersönlichten Vorstellung vom „Kind“ betreibt. Konservative Kinderpolitik sieht Kinder nicht als Subjekte, als bedürftige, aber handelnde und potentiell autonome Personen, sondern nur als Schablonen: Das Kind als Tochter oder Sohn, als SchülerIn, als zu schützendes Objekt, als Problem der Stadtplanung, als Kostenfaktor . . .

Das allein ist aber noch nicht der eigentliche Kern des konservativen politischen Diskurses über „Kinder“. Kinder sind auch heranwachsende zukünftige StaatsbürgerInnen,

SteuerzahlerInnen, BeitragszahlerInnen, und darin liegt in den Augen konservativer Kinderpolitik ihre eigentliche Bestimmung: Sie erhalten den Staat am Leben, denn ohne Menschen gibt es keinen Staat. Auch ein neoliberal abgeschlankter und auf Stromlinienform reduzierter „moderner“ Staat – dessen Einrichtung das gesellschaftspolitische Ziel der schwarzblauen Koalition ist – braucht eine Bevölkerung, sonst ist die ganze Anstrengung vergeblich. Das Problem, das gleichsam den großen Hintergrund all dieser politischen Diskurse bildet, ist die demographische Entwicklung: Die Geburten in Österreich sind rückläufig, es kommen immer weniger Kinder zur Welt. Besonders der Rückgang inländischen Nachwuchses macht der konservativ-reaktionären Politik Sorgen. Damit ist der Schritt zur Bevölkerungspolitik vollzogen. Man muss die Österreicherinnen wieder ermutigen, Kinder zu bekommen, so lautet das gar nicht unausgesprochene Ziel vieler politischer Maßnahmen, die die neue Koalition vorhat. Es ist das deklarierte Ziel der schwarzblauen Regierung „das familienfreundlichste Land Europas“ zu werden, und dies wollen die Regierungspolitiker vor allem über finanzielle Anreize erreichen.

Die Entwicklung, die mit der Einführung des Kinderbetreuungsgeldes 2002 einen vorläufigen Endpunkt erreichen wird, wurde mit dem ersten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs zur Familienbesteuerung (Erk. G 168/1996) ausgelöst. Das Höchstgericht vertrat die Auffassung, dass die Kosten der Pflege und Erziehung von Kindern nicht ausschließlich Privatsache seien, da es auch im öffentlichen Interesse sei, wenn Eltern die Lasten der Kindererziehung übernehmen. Es müsse durch die Anerkennung der Unterhaltsleistungen von Eltern im Abgabenrecht eine horizontale Umverteilung dieser Lasten geben, die die Kosten der Kindererziehung und -pflege zwischen allen erwachsenen ÖsterreicherInnen angemessen verteile. Diese Auffassung wurde auch im zweiten Erkenntnis zur Familienbesteuerung (VfSlg. 14992/1997) bekräftigt. Als Ergebnis der aufhebenden Erkenntnisse des VfGH wurde die Familienförderung durch direkte Transfers auf ein europaweit annähernd einzigartiges Niveau angehoben. Zeitlich parallel dazu wurden aber andere Familientransfers abgeschafft, wie zum Beispiel das erhöhte Karenzgeld oder die Freifahrt für StudentInnen, oder eingeschränkt, wie die Schulbuchaktion oder die Geburtenbeihilfe (Mutter-Kind-Pass-Prämie). In Christa Schlagers Artikel stellt die Autorin den Wechsel von der Sozialpolitik zur Familienpolitik und deren verteilungspolitische Relevanz dar, die mit den Mitteln des Verteilungsinstrumentariums Familienlastenausgleichsfonds durchgeführt wird.

Medizin-ethische und rechts-ethische Aspekte und Bevölkerungspolitik vermischen sich im viel diskutierten Bereich der Fortpflanzungsmedizin, die seit 1999 aufgrund der Verabschiedung des In-vitro-Fertilisations-Fonds-Gesetzes (BGBl I 1999/180) auch aus öffentlichen Mitteln bezahlt wird. Der Anlass der medizinischen Forschungen, die die Entwicklung dieser Techniken zur Folge hatten, war die steigende Unfruchtbarkeit von Frauen in den Industriestaaten. Seit 1987 das erste „in-vitro-Baby“ Louise Brown auf die Welt kam, haben sich die medizinischen Möglichkeiten der extrakorporalen Befruchtung aufgrund intensiver Forschungsarbeit rasant weiterentwickelt. Die Diskussionen über Sinnhaftigkeit und moralische Rechtfertigung von in vitro-Fertilisation und über deren rechtliche Gestaltungen haben seither nicht nachgelassen. Das österreichische Fortpflanzungsmedizinengesetz FMedG (BGBl 1992/275) hat diesen kontroversiellen Bereich umfassend geregelt, es wurde aber bereits bei seiner Verabschiedung wegen der allzu großen Restriktionen kritisiert, die mit der künstlichen Befruchtung und der In-vitro-Fertilisation verbunden sind. Die Kritik hat nicht nachgelassen, Teile des Gesetzes waren Gegenstand von Gesetzesprüfungsverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof (G 91/98, G 116/98), der aber keinen Anlass fand, die Beschränkungen zB bei der Eizellspende aufzuheben. Ludwig Weh und Wolfgang Bernat diskutieren in ihren Beiträgen ihre unterschiedlichen Ansichten der rechtsethischen und rechtspolitischen Gegebenheiten der Fortpflanzungsmedizin.

Im letzten Beitrag unseres Themas stelle ich die politischen Voraussetzungen, die bevölkerungspolitischen Implikationen und die rechtspolitischen Wirkungen der Diskussionen über den Kinderbetreuungsgeld-Plan der schwarzblauen Regierung dar.

Gleichsam als Anhang des Themas finden die LeserInnen des **juridikum** einen Text von Wolfgang Pauser, der mit dem Kindermachen auf den ersten Blick nicht so viel zu tun hat; allerdings sollte nicht vergessen werden, dass allen Technizitäten des virtuellen Zeitalters zum Trotz das Kindermachen noch immer mit Sex und Gender zu tun hat. Ich hoffe darauf, dass dieser Text eine kontroverielle Diskussion auslösen wird.

Als Resümee dieses Themas sollte eine erhöhte Bereitschaft stehen, Politiken deutlich zu sehen und zu bezeichnen: Die Rhetorik von der Familienpolitik verlegt den Weg zur Kinderpolitik. Und die fehlt in Österreich.

*Mag<sup>a</sup>. Martina Thomasberger ist Fachreferentin der Abteilung Frauen und Familie der AK Wien und Redakteurin des **juridikum**.*



Bundeskanzler Schüssel versprach bei seiner Amtsübernahme aus Österreich das familienfreundlichste Land der Welt zu machen. Er muss dabei die Quantität der familienpolitischen Transfers gemeint haben. Denn darin ist Österreich bereits Weltspitze.

In seiner Rede am 15. 5. d. J. zur Lage der Nation meinte er: „Sozial gerecht sei alles, was Kindern diene“. Und zum Karenzgeld für alle: „Da bitte ich jetzt vor allem die Freunde aus der Wirtschaft einmal nachzudenken und diesen Weg gedanklich mitzugehen: Das ist eine Investition in unsere Gesellschaft, auch in die Solidarität und Wärme unserer Gesellschaft, auf die ich jedenfalls nicht verzichten will.“<sup>1</sup>

Wenn die Freunde aus der Wirtschaft einmal nachdenken, werden manche wirklich nicht so unzufrieden mit dem Kanzler sein. Denn er betreibt konsequent eine konservative Sozialpolitik: Es geht ihm dabei um die ideologische Aufwertung der Familie, gleichzeitig soll der Wohlfahrtsstaat in einen Fürsorgestaat umgewandelt werden. Die Familie soll als Systemstabilisator dienen, damit ihr dann gesellschaftliche Aufgaben zugewiesen werden können.

Dies birgt mehr Vor- als Nachteile für einen neoliberal ausgerichtete Wirtschaftspolitik. Die Sozialstaaten mit ihren differenzierten und ausgebauten Leistungssystemen sind in den 90er Jahren unter Druck gesetzt worden. Um im internationalen „Standortwettbewerb“ mithalten zu können wurden die Steuern- und Abgaben auf Kapital und Vermögen reduziert. Die Austrian Business Agency wirbt im Ausland damit, dass Österreich ein Steuerparadies für Unternehmen sei. Ein zweiter Schritt wurde jetzt mit der Zielformulierung eines „ausgeglichene Budgets“ gesetzt. Dies heißt in Österreich umfangreiche Einsparungen auf der Ausgabenseite.

### Geldsegen für die Ökonomie

Die neue Regierung propagiert die Reduktion des Staates auf seine Kernfunktionen und meint damit den Abbau des öffentlichen Sektors. Dies betrifft nicht nur die Privatisierungen öffentlicher Betriebe, sondern auch die Teilprivatisierung des Sozialsystems. Drei-Säulen-Pensionssystem, Versicherungspflicht statt Pflichtversicherung im Gesundheitswesen, soziale Treffsicherheit von Sozialleistungen werden da im Regierungsprogramm proklamiert.<sup>2</sup>

Insgesamt wird die Grenze zwischen Öffentlichkeit und Privatheit neu gezogen. Es geht um die Herstellung einer rechtskonservativen Hegemonie.

Der Geldsegen kommt den Institutionen zu Gute, die dieses Gesellschaftsmodell vertreten: Die bürgerliche Familie und das privatwirtschaftliche Unternehmen (die Ökonomie). Diese Institutionen haben sich aus dem „oikos“, dem „ganzen Haus“<sup>3</sup> entwickelt. In der traditionellen Gesellschaft gehörten Haus, Herrschaft und Ökonomie nicht nur zusammen, sie waren weitgehend identisch. Ein „ganzes Haus“ ist intentional eine autarke Wirtschaftseinheit und beschreibt damit auch eine soziale Ordnung. Der „Hausvater“ übt da-

bei eine paternalistische Herrschaft über die hausrechtlichen Abhängigen, über die „familia“ aus, die sich seinem Schutz und seiner Führung unterwirft, für die er als „Ernährer“ (heute „male-breadwinner“) aber auch die Verantwortung übernimmt. Nur wer Herrschaft über ein eigenes Haus ausübt, kann als eigenberechtigt gelten, und davon abgeleitet erst sozialen Rang, öffentliche Funktionen und damit politische Macht innerhalb einer höherrangigen Sozialisationsform erlangen<sup>4</sup>. Damit wird der Haushaltsbereich präpolitisch gesehen, und er beruht auf Ungleichheit. Er ist autoritär. Dies bleibt auch in der bürgerlichen Gesellschaft so. Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit sind im familiären Bereich die Diskussion um die Strafbarkeit von Vergewaltigung in der Ehe oder im Unternehmensbereich Frank Stornach, der für seine „Untergebenen“ eine eigene „Verfassung“ formuliert und nationalgesetzliche Mitbestimmungsrechte in Frage stellt.

# Fürstliche Transfers

## Familienpolitische Maßnahmen in Österreich

Christa Schlager



Deshalb ist es wenig verwunderlich, warum gerade jetzt eine Bindung der Frau an das Haus wieder verstärkt forciert wird und familienpolitische Maßnahmen eine eindeutig konservative Tendenz haben. Der Haushalt wird im aktuellen Regierungsprogramm als „Unternehmen“ bezeichnet, die Landwirtschaftskammer bietet ein EU-unterstütztes Projekt namens „Kraftfeld Familie“ an. Doch die Bemühungen zur Etablierung einer ständischen Familienpolitik reichen schon weiter zurück:

Bereits in den letzten 10 Jahren hat es eine Zäsur in der Sozialpolitik gegeben, in dem es der ÖVP gelungen ist, – wie im Familienbericht des BMUJF beschrieben –, „Familienpolitik als eigenständiger Politikbereich“ abseits der Sozialpolitik zu begründen. (Im Gegenzug wurde in dieser Legislaturperiode die Frauenpolitik wieder zu einem Teil der Sozialpolitik) Auch die FPÖ vertritt diese Weltanschauung: Ministerin Sickl: „In diesem Zusammenhang muss aber immer wieder betont werden, dass Familienpolitik keinesfalls als ein Teil der Sozialpolitik angesehen werden darf, und die Familienleistungen im Rahmen des FLAG 1967 jedenfalls nicht den Sozialleistungen zugeordnet werden dürfen.“<sup>5</sup>

Schon 1990 wird von der ÖVP „die Verlagerung von Betreuungsaufgaben in das unmittelbare Umfeld des Betroffenen“ verlangt und die „steuerliche Absetzbarkeit von Haushaltshilfen und Kinderbetreuung“. „Die Familie mit zwei Elternteilen ist unser Leitbild“ verlautbarte die ÖVP 1995 in ihrem Parteiprogramm. Und zum Thema Kinder-machen: Familienkongress der ÖVP 1998: Die „Familie mit 2 Elternteilen und 2 und mehr Kindern ist also die bei weitem überwiegende Wirklichkeit, wie Kinder in die-

1 ÖVP-Homepage, <http://www.oevp.at>.

2 Regierungsprogramm, S. 14 ff.

3 Polanyi, S. 75.

4 Vgl. Bauer/Matis, S. 43 f.

5 Parlamentarische Materialien 394/AB XXI.GP.

sem Land Familie erleben! Familienpolitik soll daher diese Familien ganz besonders zum Ziel haben.“<sup>6</sup>

Erste Maßnahmen dahingehend: In den Jahren 1995/96 gab es im Rahmen des Sparpakets tief greifende Einschnitte in das Karenzurlaubsgeld, die nicht mehr rückgängig gemacht wurden. Seit damals gingen die Karenzgeldbeziehenden von 120.611 (1995) auf 79.409 (1999) zurück. Das erhöhte Karenzgeld verringerte sich durch die Umstellung auf das Zuschussmodell von 40.024 Bezugspersonen 1995 auf 9.064 im Jahr 1999.<sup>7</sup> Im Rahmen des „Karenzgeldes für alle“ ist bis dato noch keine Regelung für AlleinerzieherInnen bekannt geworden.

Das Familienpaket 2000 kostete 12 Mrd. S. Es führte zu einer Ausweitung der Familienbeihilfen, des Kinderabsetzbetrages und des Mehrkindzuschlages. Jetzt wird diskutiert, ob eine Anhebung des Karenzgeldes auf 6.000 finanzierbar sein wird. Das Existenzminimum in Österreich, das sich am Ausgleichsrichtsatz orientiert, lag 1998 bei 7992 S.<sup>8</sup>

Interessant ist, dass diese neueren Maßnahmen der Familienförderung unter dem Gesichtspunkt des sozialen Treffsicherheit wenig effizient sind.<sup>9</sup> Die Altersstaffel der Familienbeihilfe kommt eindeutig Besserverdienenden zu Gute; Familienarmut lässt sich bekanntlich am effizientesten durch eine hohe Frauenerwerbsquote (und nicht umgekehrt) bekämpfen.

### Das Geld anderer Leute

In der Aufkommenseite des Familienlastenausgleichsfonds (FLAF) lässt sich sehen, dass die Maßnahmen fast ausschließlich von den ArbeitnehmerInnen getragen werden. Der Dienstgeberbeitrag zum FLAF (ursprünglich ein Lohnverzicht) finanziert zu 99% den FLAF.<sup>10</sup> Dass die Familienleistungen nur von den Beschäftigten getragen werden, aber allen Bevölkerungsgruppen zustehen, ist verteilungspolitisch vollkommen unakzeptabel! Immerhin werden im Jahr 2000 von den gesamten FLAF-Geldern geschätzte 2,5 Mrd. S an BäuerInnen, 3,6 Mrd. S an Selbständige und 1,5 Mrd. an StudentInnen/Hausfrauen/Sonstige gehen.<sup>11</sup>

Die Kinderfreundlichkeit des Staates hat aber auch klare Grenzen. Der Entfall der Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in der Türkei, Slowenien, Kroatien, Staaten des ehemaligen Jugoslawien und Tunesien aufhalten, infolge Kündigung der Sozialabkommen 1996<sup>12</sup> ist bezeichnend für die aktuelle Familienpolitik. Da das Karenzgeld für alle an die Familienbeihilfenregelung gekoppelt werden soll, drohen auch hier Schlechterstellungen für ausländische Beschäftigte.<sup>13</sup>

### Conclusio

Die österreichische Familienpolitik ist mehr ein normatives Instrument als ein sozialpolitisches. Sie versteht sich auch selbst als eigenständiger Politikbereich und nicht als sozialpolitischer. Der reiche Geldsegen ist mit dem Ziel verbunden, das bürgerliche Familienideal auferstehen zu lassen, das an manchen Ecken schon zu erodieren drohte. Die Pläne der Regierung zur Familienförderung stellen nicht primär auf die Herstellung sozialer Gerechtigkeit ab, sondern fördern hierarchisierende, paternalistische Elemente in der Gesellschaft. Die Familie wird „zur sozialen Wärmestube“, in der „immer kälter werdenden Gesellschaft“. Die Eiszeit wird von der Politik selbst erzeugt. Die Regierung beginnt „bei sich selbst zu sparen“, und forciert den Abbau des öffentlichen Sektors. Die Familienpolitik wird von einem Landesfürsten gemacht, der seine Ansinnen mit nackten Babypopos verkauft und sich selbst: „Danke Jörg“ plakatiert. Jüngst wurde er auch schon als Robin Hood oder Ölscheich gesehen. Warum es gelingt in Österreich im 21. Jahrhundert diese Art von Politik zu machen, lässt sich wohl nur weltgeschichtlich beantworten:

„Hegel bemerkt irgendwo, daß alle großen weltgeschichtlichen Tatsachen und Personen sich sozusagen zweimal ereignen. Er hat vergessen hinzuzufügen: Das eine Mal als große Tragödie, das andere Mal als lumpige Farce.“<sup>14</sup>

Mag<sup>a</sup>. Christa Schlager ist Ökonomin in Wien.

### Literatur

- Bauer, Leonhard/Matis, Herbert: Geburt der Neuzeit, Vom Feudalsystem zur Marktwirtschaft, München 1988
- BMAGS: Bericht über die soziale Lage 1998, Wien 2000
- BMF: Bundesvoranschlag 2000, Kapitel 19: Jugend und Familie
- BMUJF: 4. Österreichischer Familienbericht, Bd. 1: Zur Situation von Familie und Familienpolitik in Österreich, Wien 1999
- Kothmayr, Regina/Rosner, Peter: Ist die österreichische Familienförderung effizient, in Wirtschaft und Gesellschaft 1/2000, Wien, S. 99–118
- Marx, Karl: Der 18. Brumaire des Louis Bonaparte, Frankfurt am Main 1965
- Österreichische Volkspartei (<http://www.oevp.at>): Rede zur Lage der Nation, Wien 2000
- Parlamentarische Materialien 394/AB XXI.GP, Wien 2000
- Polanyi, Karl: The Great Transformation, Frankfurt am Main 1978
- Regierungsprogramm 2000, Wien
- Rosenberger, Sieglinde: Politik mit Familie: Debatten und Maßnahmen, Konflikt und Konsens, in BMUJF: 4. Österreichischer Familienbericht, Bd. 1: Zur Situation von Familie und Familienpolitik in Österreich, Wien 1999, S. 754–772

6 Alle Zitate siehe Rosenberger in BMUJF, S. 762; Anmerkung: Die Geburtenrate liegt derzeit bei 1,34.  
 7 Quelle: Wörister, AK-Wien 2000.  
 8 BMAGS, S. 47.  
 9 Siehe Kothmayr/Rosner in Wirtschaft und Gesellschaft 1/2000.  
 10 Es gibt zwar noch 2 größere Einnahmeposten:

1. Abgeltung von Steuern = Abgeltung der seit 1980 über den FLAF ausgezahlten Kinderabsetzbetrages und 2. Anteile der Est und Köst: Wird offiziell als Beitrag der Selbständigen bezeichnet, es ist aber lt. Kothmayr/Rosner nicht zulässig, die Anteile der Est der Selbständigen als deren Beitrag zum FLAF zu behandeln, da diese dann einen niedrigeren Est-Satz hätten.

11 Modell erstellt von Agnes Streissler, Zahlen: BVA 2000, eigene Berechnungen.  
 12 Vgl. BMUJF, S. 417.  
 13 Aussage von Agnes Schulmeister bei einer Diskussionsveranstaltung am 7. 3. im Rep. Club.  
 14 Marx, S. 9.



**1. Einleitung**

*1.1. Die negative Freiheit, sich nicht fortzupflanzen*

Regeln, die das Fortpflanzungsverhalten des einzelnen steuern, finden sich nicht erst im Recht der Gegenwart. So hat etwa die Entscheidung, die Legalität des Schwangerschaftsabbruches anzuerkennen oder sie zu verneinen, den Gesetzgeber seit alters her beschäftigt. Sehr häufig führte diese Entscheidung jedoch zu einem tiefen gesellschaftspolitischen Dissens. Meinen die einen, daß der menschliche Keim „von dem Zeitpunkte [seiner] Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze“ habe,<sup>1</sup> so betonen die anderen die negative Freiheit der Frau, die Schwangerschaft zu unterbrechen.<sup>2</sup> Auch jene Rechtsregeln, die die Zulässigkeit von Sterilisation und Kastration, aber auch die Zulässigkeit der Verwendung von Antikonzeptiva festlegten, führten entweder zu einer Anerkennung oder Einschränkung der negativen Freiheit, sich nicht fortzupflanzen.<sup>3</sup>

In Österreich ist diese Freiheit mit der Verabschiedung des StGB 1974 klar und deutlich verankert worden. Schließlich war es dieses Gesetz, das den Schwangerschaftsabbruch sehr weitreichend legalisierte (§ 97 Abs 1 StGB) und eine liberale Regelung der konsentierten Sterilisation hervorbrachte (§ 90 Abs 2 StGB).<sup>4</sup>

*1.2. Die positive Freiheit, sich fortzupflanzen*

Die positive Freiheit, sich fortzupflanzen, hat durch die Fortschritte in Naturwissenschaft und Biomedizin zu neuen Fragen geführt, die noch nicht allzu lange diskutiert werden.<sup>5</sup> War es immer schon unstrittig und ist es teilweise auch verfassungsrechtlich verbürgt, daß Männer und Frauen grundsätzlich das Recht haben, „eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen“ (Art 12 EMRK), so stellt sich heute die Frage, in welchem Ausmaß ein – vielleicht sogar verfassungsrechtlich geschützter – Anspruch auf Teilhabe an den nichtkoitalen Methoden menschlicher Reproduktion Anerkennung finden sollte.<sup>6</sup> Anders formuliert: Darf der Staat die Methoden der Fortpflanzungsmedizin regulieren oder sogar verbieten, ohne die positive Freiheit jener Personen zu verletzen, die auf die Fortschritte der Fortpflanzungsmedizin angewiesen sind und sie auch in Anspruch nehmen wollen?

**2. Das Fortpflanzungsmedizingesetz**

*2.1. Entstehungsgeschichte*

Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)<sup>7</sup> ist im Mai 1992 verabschiedet worden und trat bereits am 1. Juli 1992 in Kraft. Seine Entstehungsgeschichte begann allerdings schon 1986. In diesem Jahr wurde mit einem Gutachten einer von der österreichischen Rektorenkonferenz eingesetzten Kommission für In-vitro-Fertilisation (IVF)<sup>8</sup> der strukturelle Rahmen für das FMedG geschaffen. Es dauerte aber immerhin vier weitere Jahre bis zur Fertigstellung des vom Bundesministerium für Justiz erarbeiteten „Entwurfes eines Fortpflanzungshilfegesetzes“ (1990).<sup>9</sup> Dieser Ministerialentwurf führte 1991 zur Regierungsvorlage eines FMedG,<sup>10</sup> deren Regelungen der Justizausschuß<sup>11</sup> teilweise nicht unwesentlich veränderte.

*2.2. Ein Gesamtkonzept staatlicher Regelung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin*

Das FMedG erfaßt sämtliche Methoden medizinisch unterstützter Fortpflanzung. Der Gesetzestext spricht von „medizinische[n] Methoden zur Herbeiführung einer Schwanger-

# Fortpflanzungsfreiheit, Privatleben und die EMRK

Anmerkungen zu VfGH 14. 10. 1999

Erwin Bernat



schaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr“ (§ 1 Abs 1 FMedG), die in § 1 Abs 2 *demonstrativ* aufgezählt werden. Erwähnt werden dort unter anderem die künstliche Insemination (§ 1 Abs 2 Z 1: „das Einbringen von Samen in die Geschlechtsorgane einer Frau“) sowie die In-vitro-Fertilisation (§ 1 Abs 2 Z 2: „die Vereinigung von Eizellen und Samenzellen außerhalb des Körpers einer Frau“) und der sich daran anschließende Embryotransfer (§ 1 Abs 2 Z 3: „das Einbringen von entwicklungsfähigen Zellen in die Gebärmutter [...] einer Frau“).



1 So § 22 ABGB, der auf § 10 Erster Theil, Erster Titel des ALR 1794 zurückgeht.

2 Vgl Ramm, Die Fortpflanzung – ein Freiheitsrecht? JZ 1989, 861 ff.

3 Die negative Freiheit, sich nicht fortzupflanzen, wurde in den USA erstmals in der Entscheidung *Griswold et al v Connecticut* 381 US 479 (1965) als „right of marital privacy which is within the penumbra of specific guarantees of the Bill of Rights“ anerkannt.

4 Vgl mwN Bernat, Das österreichische Recht der Medizin – eine Bestandsaufnahme, JAP 10 (1999/2000) 105 (110–112).

5 Vgl Bernat (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand. Probleme künstlicher Befruchtungstechnologien aus medizinischer, ethischer und juristischer Sicht, Graz 1985.

6 Ein subjektives Recht auf Teilhabe an den nichtkoitalen Methoden menschlicher Reproduktion wird insb in den Vereinigten Staaten von Amerika sehr umfassend anerkannt; vgl stellvertretend *John A. Robertson, Children of Choice. Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, NJ 1994, insb 22 ff.

7 BG, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG) sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden, BGBl 1992/275; erster Überblick bei Bernat, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Rechtspflichten für den österreichischen Gynäkologen, Gynäkologisch-geburtshilfliche Rundschau 33 (1993) 2 ff.

8 Abgedruckt in: Bericht des Bundesministers für Wissenschaft und Forschung an den Nationalrat. Zu grundsätzlichen Aspekten der Gentechnologie und der humanen Reproduktionsbiologie, Wien 1986, 13–33.

9 JMZ 3.509/363/–1/90; abgedruckt in: Bernat (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin. Wertung und Gesetzgebung. Beiträge zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, Wien 1991, 123–134.

10 216 Blg StProt NR, 18. GP.

11 490 Blg StProt NR, 18. GP.



Für diese Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung hat der österreichische Gesetzgeber ein Gesamtkonzept staatlicher Regelung angeordnet. Mit einem Satz: Das FMedG versucht praktisch alle – in den verschiedensten Zusammenhängen auftretende – Rechtsfragen der Reproduktionsmedizin zu beantworten. Das sind im wesentlichen:

a) Soll der Gesetzgeber sämtliche Methoden der Fortpflanzungsmedizin, die – empirisch betrachtet – praktiziert werden können, zulassen oder sollen bestimmte Methoden der Fortpflanzungsmedizin, die mißbräuchlich erscheinen, gänzlich verboten werden?<sup>12</sup>

b) Welchen administrativ-prozeduralen Regeln sollen Arzt, Wunscheltern und Keimzellenspender vor, bei und nach Zeugung unterworfen werden?<sup>13</sup>

c) Sollen abstammungsrechtliche Regeln eingeführt werden, die den Status des nach Keimzellenspende geborenen Kindes neu erfassen?<sup>14</sup>

Im Gegensatz zum deutschen Recht (vgl § 27a SGB V) finden sich im FMedG allerdings keine Vorschriften, die die Praxis der Fortpflanzungsmedizin als Krankenbehandlung anerkennen, für die die gesetzliche Krankenversicherung leistungspflichtig ist. Erst 1999 wurde dem FMedG das IVF-FondsG<sup>15</sup> zur Seite gestellt, das einen Fonds errichtet hat, der die Kosten der IVF mitfinanziert. Dieser Fonds hat unter bestimmten Voraussetzungen (vgl §§ 4 f IVF-FondsG) 70% der Kosten der IVF zu tragen (§ 2 Abs 2 IVF-FondsG). Die restlichen 30% der Behandlungs- und Medikamentenkosten müssen von den Wunscheltern aufgebracht werden. Die Mittel des IVF-Fonds werden zum einen durch Überweisungen aus dem Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen und zum anderen durch Überweisungen der Krankenversicherungsträger aufgebracht, und zwar zu je 50% (§ 3 IVF-FondsG).<sup>16</sup>

**2.3. Einschränkungen der positiven Freiheit, sich die Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin zunutze zu machen**  
Die §§ 2, 3 FMedG können als das „Herzstück“ des österreichischen Rechts der Fortpflanzungsmedizin bezeichnet werden. Diese Bestimmungen beschränken die positive Freiheit von Wunscheltern, sich die Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin zunutze zu machen, zum Teil ganz beträchtlich, weil sie dem Reproduktionsmediziner folgendes verbieten:

- a) die Leistung medizinischer Zeugungshilfe zugunsten einer alleinstehenden Frau (§ 2 Abs 1 FMedG);
- b) die Verwendung von (von dritter Seite) gespendetem Samen im Rahmen einer IVF (§ 3 Abs 1 und 2 FMedG);
- c) den Embryotransfer nach Ei- oder Embryospende (§ 3 Abs 1 und 3 FMedG);
- d) die künstliche Besamung einer Leihmutter (§ 2 Abs 2 FMedG).

Die Verwendung von (von dritter Seite) gespendetem Samen wird *nur* im Rahmen einer künstlichen Insemination (§ 1

Abs 2 Z 1 FMedG) erlaubt (§ 3 Abs 2 FMedG). Sie ist aber auch nur unter der weiteren Bedingung gestattet, daß der Wunschvater (Ehemann oder Lebensgefährtin) *fortpflanzungsunfähig* ist. Die Vornahme einer heterologen Insemination ist also verboten, wenn die Verwendung von Spendersamen angezeigt wäre, weil der Wunschvater Träger eines Erbleidens ist (§ 2 Abs 1 FMedG).

Die Frage, ob die soeben geschilderten Einschränkungen der positiven Freiheit, sich fortzupflanzen, im Lichte der Grund- und Freiheitsrechte legitimierbar sind, war schon vor Verabschiedung des FMedG hart umkämpft. Die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum sah zumindest durch das Verbot der IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen sowie durch das Verbot des Embryotransfers nach Ei- oder Embryospende die aus Art 8 Abs 1 und Art 12 EMRK garantierten Grundrechte (Schutz des Privatlebens, Familiengründungsfreiheit) verletzt.<sup>17</sup> Diese Verbote wurden aber auch vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes (Art 7 B-VG) in Zweifel gezogen.<sup>18</sup>

### 3. Das Erkenntnis des VfGH vom 14. 10. 1999

#### 3.1. Die ratio decidendi

Im Erkenntnis vom 14. 10. 1999<sup>19</sup> mußte schließlich der VfGH – in Reaktion auf zwei Individualanträge (Art 140 B-VG) – prüfen, welcher Stellenwert der Freiheit, sich die Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin zunutze zu machen, im Gefüge des österreichischen Verfassungsrechts zuzuordnen ist. In casu ging es einerseits um das Verbot der IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen und andererseits um das Verbot des Embryotransfers nach Eispende (§ 3 Abs 1 und 3 FMedG): Die beiden Antragstellerinnen, die das Erkenntnis vom 14. 10. 1999 vom Zaun brachen, könnten sich nur durch diese, de lege lata verbotenen Methoden der Fortpflanzungsmedizin den Kinderwunsch erfüllen. Daher stellte sich dem VfGH erstmals die Frage, ob die in § 3 FMedG verankerten Verbote Grundrechte verletzen, die von der EMRK geschützt sind.

Die Fortpflanzungsfreiheit erscheint dem VfGH zunächst einmal grundsätzlich schutzwürdig; und zwar unter dem Gesichtspunkt des Art 8 Abs 1 EMRK:<sup>20</sup> Es bestehe kein Zweifel, meint der VfGH, daß der von Ehegatten oder Lebensgefährtin gefaßte Entschluß, ein Kind haben zu wollen und sich hierzu erforderlicher medizinischer Unterstützung zu bedienen, dem Schutzbereich des Art 8 Abs 1 EMRK unterliege. Der VfGH vertritt sogar die Auffassung, daß auch die von den Antragstellerinnen bekämpften Verbote (§ 3 Abs 1 und 3 FMedG) in das Grundrecht des Art 8 Abs 1 EMRK eingreifen. Mit anderen Worten: Nicht nur die homologen, sondern auch die heterologen Varianten medizinisch unterstützter Fortpflanzung genießen nach Ansicht der Verfassungsrichter den Schutz des Art 8 Abs 1

<sup>12</sup> Vgl insb §§ 2, 3, 9, 16, 17, 21 FMedG.

<sup>13</sup> Vgl insb §§ 6, 7, 8, 10, 11–15 FMedG.

<sup>14</sup> Vgl Art II FMedG, der das Abstammungsrecht des ABGB verändert hat: §§ 137b, 155, 156a, 163 ABGB idF des FMedG.

<sup>15</sup> BG, mit dem ein Fonds zur Finanzierung der In-vitro-Fertilisation eingerichtet wird (IVF-Fonds-Gesetz), BGBl I 1999/180.

<sup>16</sup> Dazu einläßlich Mazal, Rechtsfragen der Gewährung von IVF als Sozialleistung, in: Bernat (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am

Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000, 182–198.

<sup>17</sup> Vgl bloß Bernat, Das Recht der medizinisch assistierten Zeugung 1990 – eine vergleichende Bestandsaufnahme in: Bernat (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin (1991) 65 (81 ff) sowie Schick, Der Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes (FHG) – eine kritische Wertungsanalyse, in: Bernat (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin (1991) 13 (34 f).

<sup>18</sup> U. E. Binder, Die Auswirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und des UN-

Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 auf Rechtsfragen im Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung, Frankfurt/Main 1998, 69 ff.

<sup>19</sup> RdM 2000, 21 ff = JBl 2000, 228 ff = FamRZ 2000, 601 ff; vollständiger Abdruck (auch der unter I. vom VfGH referierten Argumente der Antragstellerinnen) in: Bernat (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 199–222.

<sup>20</sup> Sub II.B.1.2.4.

EMRK.<sup>21</sup> Überraschend ist daher die Kehrtwendung, die der VfGH im folgenden vollzieht, weil er die in § 3 Abs 1 und 3 FMedG verankerten Verbote für verfassungsrechtlich unbedenklich hält. Diese Verbote sollen zwar in das von Art 8 Abs 1 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Privatlebens eingreifen, sie erscheinen dem VfGH aber durch Art 8 Abs 2 EMRK legitimierbar. Der VfGH meint bloß, daß den gegen die Fortpflanzungsmedizin vorgebrachten Bedenken nicht mittels eines generellen Verbotes *aller* medizinisch unterstützten Maßnahmen der Fortpflanzung Rechnung getragen werden dürfe. Der Spielraum des Gesetzgebers, gewisse Praktiken der Fortpflanzungsmedizin zu erlauben, andere aber zu verbieten, sei indes ein relativ weiter, weil es sich um neue medizinische Verfahren handelt, über deren ethische und moralische Implikationen allgemeine, einigermaßen einheitliche Auffassungen in den Mitgliedstaaten der EMRK noch nicht bestünden.<sup>22</sup> Nur wenn der Gesetzgeber völlig ungeeignete Mittel zur Verwirklichung seiner Zielsetzung wählen würde oder wenn die vorgesehenen, an sich geeigneten Mittel zu einer sachlich unbegründbaren Differenzierung führten, wäre nach Ansicht des VfGH der Eingriff in das von Art 8 Abs 1 EMRK geschützte Recht auf Privatleben nicht mehr durch Art 8 Abs 2 EMRK gerechtfertigt.<sup>23</sup>

Daß die von den Antragstellerinnen bekämpften Bestimmungen des § 3 FMedG vom Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK gedeckt sind, hält der VfGH folgender Überlegungen wegen für überzeugend. Die heterologen Varianten medizinisch unterstützter Fortpflanzung seien „unnatürlich“; sie könnten unter Umständen zu einer Belastung und Ausbeutung der Frau führen und schließlich – etwa in Gestalt der Leihmutterchaft – mißbraucht werden.<sup>24</sup> Weiters erinnert der VfGH an die in letzter Konsequenz auf eine „Zuchtwahl“ hinauslaufenden Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin und an die Gefahr ihrer weitgehenden Kommerzialisierung.<sup>25</sup> Nicht unerwähnt lassen die Verfassungsrichter auch das Berufsethos der beteiligten Ärzte, das ihnen im Zusammenhang mit der Verwertung „überzähliger“ Embryonen sowie im Zusammenhang mit der Kryokonservierung von Embryonen und der durch sie faktisch möglichen „Generationensprünge“ offensichtlich gefährdet erscheint.<sup>26</sup> Mit Bezug auf den Embryotransfer nach Eispende wird vom VfGH auch hervorgehoben, daß Kindern, die zwei biologische Mütter haben (eine genetische und eine plazentare), möglicherweise psychische Belastungen drohen.<sup>27</sup> Und unter dem Gesichtspunkt der bekämpften Gleichheitswidrigkeit von § 3 FMedG wird letztlich gesagt, daß ein Zusammentreffen der Samenspende mit einer IVF „eine Akkumulierung der erwähnten Gefahren beider Methoden“ ergäbe.<sup>28</sup> Eine Gleichbehandlung der Drittsamenspende bei Insemination (§ 1 Abs 2 Z 1) und bei IVF (§ 1 Abs 2 Z 2) sei daher unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes nicht geboten.<sup>29</sup>

### 3.2. Kritische Würdigung

#### 3.2.1. Allgemeines

Die Entscheidung des VfGH vom 14. 10. 1999 enthält sehr spezielle und in ihrer Reichweite noch nicht abschätzbare normative Aussagen, die auch vor dem Hintergrund anderer europäischer Rechtsordnungen beachtet werden sollten.

Zum einen sind die gesetzlichen Regeln der Fortpflanzungsmedizin in vielen Ländern ähnlich restriktiv wie die österreichischen. So haben zB auch Deutschland,<sup>30</sup> Schweden<sup>31</sup> und Norwegen<sup>32</sup> den Embryotransfer nach Eispende verboten. In Schweden und Norwegen darf die IVF zudem nur mit den Keimzellen der Wunscheltern durchgeführt werden.<sup>33</sup> Diese Regelung mag das Vorbild für § 3 FMedG gewesen sein.

Zum anderen mußte sich der VfGH im Erkenntnis vom 14. 10. 1999 eine Frage beantworten, die in jeder Rechtsordnung, die sich zu Freiheit und Gleichheit vor dem Gesetz bekennt, so gestellt werden könnte: Ist die Fortpflanzung ein Freiheitsrecht?

#### 3.2.2. Das Verbot der IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen

Während das österreichische FMedG die Verwendung einer Samenspende im Rahmen einer künstlichen Insemination (§ 1 Abs 2 Z 1 FMedG) gestattet (§ 3 Abs 2 FMedG), wurde sie im Rahmen einer IVF (§ 1 Abs 2 Z 2 FMedG) kategorisch verboten. Dieses Verbot ist aber im Lichte der vom FMedG getroffenen Grundwertungen nicht wirklich überzeugend.<sup>34</sup> Denn die IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen ist nichts anderes als die Zusammenlegung zweier Verfahren, die vom FMedG – je für sich – erlaubt worden sind: die homologe IVF einerseits und die heterologe Insemination (in vivo) andererseits. Dem VfGH ist es nicht einmal ansatzweise gelungen, überzeugend klarzustellen, worin denn der – normativ relevante – Unterschied zwischen einer Besamung in vivo und einer solchen in vitro bestehen soll, wenn die Verwendung des von dritter Seite gespendeten Samens – wie im Falle der Erstantragstellerin – medizinisch indiziert ist. Wenn es nämlich so ist, wie der VfGH zutreffenderweise meint, daß auch die heterologen Varianten medizinisch unterstützter Fortpflanzung vom Schutz des Art 8 Abs 1 EMRK erfaßt sind,<sup>35</sup> dann gibt es keinen guten Grund, die Verwendung einer Samenspende nur deshalb zu verbieten, weil der Samen nicht in vivo, sondern in vitro mit der Eizelle der Wunschmutter verschmolzen werden soll. Entgegen der vom VfGH aufgestellten generellen Hypothese kommt es durch ein Zusammentreffen der Samenspende mit einer IVF nicht zu einer „Akkumulierung“ all jener Gefahren, die die Verfassungsrichter der (homologen) IVF einerseits und der heterologen Insemination andererseits zuschreiben. Jedenfalls verschärfen sich die angeblichen Probleme dieser beiden Fortpflanzungsmethoden keineswegs qualitativ, wenn die IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen praktiziert

21 Sub II.B.1.2.4. iVm II.B.2.

22 Sub II.B.2.4.2.2.

23 Sub II.B.2.4.2.1.

24 Sub II.B.2.3.1.

25 Sub II.B.2.3.2.

26 Sub II.B.2.3.3.

27 Sub II.B.2.6.1.1.

28 Sub II.B.2.6.1.2.

29 Sub II.B.2.6.1.2.

30 § 1 Abs 1 Nr 1 Embryonenschutzgesetz (ESchG) v 13. 12. 1990 (BGBl I, S 2746).

31 § 2 Z 3 des Gesetzes Nr 711 über die Befruchtung außerhalb des Körpers v 8. 6. 1988 (zit nach *Eser/Koch/Wiesenbart* [Hrsg], *Regelungen der Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik*. Bd 2, Frankfurt/Main – New York 1990, 185).

32 Kap III § 12 Satz 2 des Gesetzes Nr 68 über die künstliche Befruchtung v 12. 6. 1987 (zit nach *Eser/Koch/Wiesenbart* [Hrsg], *Regelungen der Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik*. Bd 2 [1990] 138).

33 § 2 Z 3 des schwedischen Gesetzes (oben Fn 31);

Kap III § 12 Satz 2 des norwegischen Gesetzes (oben Fn 32).

34 So auch unmißverständlich *Coester-Waltjen*, *Fortpflanzungsmedizin, EMRK und österreichische Verfassung*, FamRZ 2000, 598 (599).

35 Vgl nochmals die klare Stellungnahme des VfGH sub II.B.1.2.4. iVm II.B.2.

wird. Auch der Hinweis auf das hohe Maß an Technizität, das nach Ansicht des VfGH ein Verbot der IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen unter dem Gesichtspunkt des Art 8 Abs 2 EMRK nicht illegitim erscheinen läßt, überzeugt von vornherein nicht. Denn der *technische* Aufwand ist bei einer heterologen IVF identisch mit dem technischen Aufwand, den eine homologe IVF erfordert. Nicht die Technik erfordert im Falle einer heterologen IVF einen höheren Aufwand, sondern bloß die Aquirierung des Samenspenders, der zumindest im Phänotypus dem Wunschvater entsprechen soll.<sup>36</sup> Diese Problematik hinderte den Gesetzgeber freilich nicht, die Verwendung von Spendersamen zuzulassen, sofern der Samen im Genitaltrakt der Frau appliziert wird (§ 3 Abs 2 FMedG). Doch selbst wenn die empirischen Annahmen, die der VfGH seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde legt, zutreffend wären, stellt sich die naheliegende Frage, ob denn ein „hohes Maß an Technizität“ ein Grund sein darf, Freiheitsrechte zu verkürzen. Diese Frage dürfte allenfalls bejaht werden, wenn es gerade die in casu gescholtene Technik wäre, die geeignet erschiene, jene Güter zu gefährden oder zu verletzen, zu deren Schutz gem Art 8 Abs 2 EMRK in das Recht auf Achtung des Privatlebens eingegriffen werden darf: die Moral, die Gesundheit sowie die Rechte und Freiheiten anderer.

Die Moral, die Gesundheit sowie die Rechte und Freiheiten anderer würden aber, entgegen der Auffassung des VfGH, nicht deshalb stärker gefährdet oder verletzt werden, wenn die IVF mit Spendersamen einen im Vergleich zur homologen IVF erhöhten technischen Aufwand erforderte. Was die Gesundheit sowie die Rechte und Freiheiten anderer anlangt, ist diese Beurteilung wohl zwingend: Zum einen ist die Stellung des Kindes gegenüber dem Wunschvater sowohl im Falle einer heterologen Insemination als auch im Falle einer heterologen IVF rechtlich gleichermaßen verfestigt (vgl §§ 156a, 163 Abs 3 und 4 ABGB).<sup>37</sup> Und zum anderen ist die Gesundheit der an einer heterologen IVF beteiligten Frau nicht anders gefährdet, als würde die von ihr stammende Eizelle mit dem Samen ihres Partners befruchtet werden. Bleibt schließlich noch der Hinweis auf die Moral. Art 8 Abs 2 EMRK erlaubt es dem staatlichen Gesetzgeber sicherlich nicht, in von Art 8 Abs 1 EMRK geschützte Freiheitsrechte einzugreifen, *bloß* um die dem Staat zutreffend erscheinenden Moralvorstellungen durchzusetzen. Der Moralbegriff des Art 8 Abs 2 EMRK baut nämlich auf der Idee der sog *konventionellen Sozialmoral* auf, die nichts anderes ist als die „Schnittmenge der in einer sozialen Gruppierung weithin anerkannten Moralnormen.“<sup>38</sup> Es dürfte nicht leicht sein, zu beweisen, daß es mit Bezug auf den Regelungskomplex Fortpflanzungsmedizin überhaupt so etwas wie eine in der Gesellschaft überwiegende Moralvorstellung gibt. Umso weniger wird es auch nur einigermaßen glaubwürdig sein, zu unterstellen, daß die konventionelle Sozialmoral die Verwendung von (von dritter Seite) gespendetem Samen *deshalb* für

unmoralisch hält, weil dieser Samen nicht in die Geschlechtsorgane einer Frau eingebracht, sondern in vitro appliziert werden soll.

Art 8 Abs 2 EMRK vermag somit ein Verbot der IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen nicht zu rechtfertigen. Vielmehr stellt es eine *evidente* Ungleichbehandlung jener Klasse von Frauen dar, die, wie die Erstantragstellerin, nicht nur durch die Zeugungsunfähigkeit des Partners, sondern zusätzlich durch eigene Sterilität daran gehindert sind, ein Kind auf „natürliche“ Weise zu empfangen. Anders gewendet: Jenen Paaren, die besonders hilfsbedürftig erscheinen, weil ihnen die Erfüllung des Kinderwunsches durch einen zweifachen Streich der Natur versagt bleibt, begegnet das österreichische FMedG mit besonders unnachgiebiger Härte, die mE weder mit Art 8 Abs 2 EMRK noch mit dem Gleichheitssatz (Art 7 BVG, Art 2 StGG 1867) in Einklang gebracht werden kann.<sup>39</sup>

### 3.2.3. Das Verbot der Eispende

Das Verbot der Eispende scheint dem VfGH wohl in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des sog Kindeswohls vertretbar zu sein. Der VfGH befindet sich in dieser Hinsicht nicht nur in Übereinstimmung mit einer in der österreichischen und deutschen Literatur teilweise zum Ausdruck gebrachten Meinung,<sup>40</sup> sondern kann sich auch auf die amtlichen Erläuterungen stützen, die zu § 3 Abs 3 FMedG sowie zur entsprechenden deutschen Verbotsbestimmung (§ 1 Abs 1 Nr 1 ESchG) ergangen sind. So meint die deutsche Bundesregierung zur Rechtfertigung des Verbotes der sog „gespaltenen Mutterschaft“, daß die Annahme naheliege, „daß dem jungen Menschen, der sein Leben gleichsam drei Elternteilen zu verdanken hat, die eigene Identitätsfindung wesentlich erschwert sein wird.“<sup>41</sup> Und in den Erläuterungen zur RV des FMedG heißt es: „Verschiedentlich wird die Meinung vertreten, das Interesse des Kindes gehe zunächst dahin, überhaupt geboren zu werden; eine Prüfung, ob dem Kind auch eine ‚glückliche Zukunft‘ bevorstehe, sei nicht zulässig. Derartige Ansichten mögen für den Bereich der natürlichen Fortpflanzung durchaus zutreffen: Bei einer unter dem Einsatz künstlicher Techniken [ . . . ] durchgeführten Zeugung eines Menschen [ . . . ] erscheint es aber zulässig und gerechtfertigt, Rahmenbedingungen zu schaffen, die die gedeihliche Entwicklung des Kindes gewährleisten.“<sup>42</sup>

Das Argument, demzufolge ein nondum conceptus ein Interesse haben könne, geboren zu werden, macht in der Tat, wie der VfGH richtigerweise ausführt, keinen Sinn, weil es *vor* Zeugung keine Interessen eines möglicherweise in Zukunft gezeugten Individuums gibt, die der Gesetzgeber schützen könnte. Mit anderen Worten: Zeugungsverbote schaden nicht jenen Personen, die ohne das Verbot existieren würden, sondern nur den vom Zeugungsverbot direkt Betroffenen – den Wunscheltern.<sup>43</sup> Das Kindeswohl-Argument

36 Zu dieser Problematik umfassend Bernat, Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin, in: Bernat (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 161 ff.  
37 Illustrativ OGH 13. 3. 1996 JBl 1996, 717 (Bernat).  
38 Koller/Strasser, Rechtsethik und Rechtspolitik, 2. Aufl., Graz 1999 (ÖH-Skriptum Nr 336) 44.  
39 So auch (neben den in Fn 17 und 18 genannten Autoren) Memmer, ZFRV 1993, 172; Kerschner, JBl

1993, 745; Öhlinger/Nowak, Grundrechtsfragen künstlicher Fortpflanzung, in: Bundesministerium für Familie, Jugend und Konsumentenschutz (Hrsg), Familienpolitik und künstliche Fortpflanzung, Wien 1986, 31 (37).  
40 Für deutsches Recht vgl – stellvertretend – bloß Keller, Das Kindeswohl: Strafschutzwürdiges Rechtsgut bei künstlicher Befruchtung im heterologen System? in: Tröndle-FS (1989) 705 ff sowie

für österreichisches Recht Edlbacher, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber? ÖJZ 1986, 321 (325 ff).  
41 BT-Drucks 11/5460, 7.  
42 Erläuterungen zur RV, 216 Blg StProt NR, 18. GP, 11.  
43 Vgl weiterführend Bayles, Harm to the unconceived, Philosophy & Public Affairs 5 (1975/76) 292 ff.

ist hingegen nicht von vornherein absurd, wenn es zum Ausdruck bringen will, daß Kinder, die unter bestimmten Umständen gezeugt werden könnten, besser nicht gezeugt werden sollten, weil es ihr *eigenes* Interesse gebiete, nicht zu leben.<sup>44</sup> So ist etwa auch im Zusammenhang mit der Leistung von Sterbehilfe anerkannt, daß in gewissen – extrem seltenen – Fällen der Tod (das Sterbenlassen) tatsächlich dem Überleben vorzuziehen sei, weil das Leben – aus der Sicht des betroffenen Individuums – nicht mehr lebenswert erscheint.<sup>45</sup> Wird das Kindeswohl-Argument in dieser Weise benutzt, so kann – entgegen der Auffassung des VfGH – wohl kein Zweifel bestehen, daß es nicht *für*, sondern nur *gegen* die Legitimität eines Zeugungsverbotes ins Treffen geführt werden muß, wenn man redlich und bereit ist, empirische Daten oder Mutmaßungen zu berücksichtigen, die wohl mehr als naheliegend sind: Der Umstand, daß ein Kind erfährt, daß es nicht nur eine, sondern *zwei* biologische Mütter hat, wird im Regelfall nicht dazu führen, daß dieses Kind sagt, es wäre besser gewesen, seine Eltern hätten sich nicht zu seiner Zeugung entschlossen. Empirische Studien, die im Zusammenhang mit Kindern gemacht wurden, die ihr Leben einer heterologen Insemination verdanken, zeichnen ein diesbezüglich ganz eindeutiges Bild. Das Leben solcher Kinder verläuft nach Preisgabe des Abstammungsgeheimnisses im wesentlichen nicht anders als zuvor.<sup>46</sup> Mutatis mutandis muß aber das gleiche für Kinder gelten, deren Existenz auf gespendete Eizellen zurückzuführen ist. Ob der Vater oder die Mutter nur rechtlich, nicht aber genetisch mit dem Kind verwandt ist, spielt nämlich unter dem Gesichtspunkt wechselseitiger Liebe und Zuneigung mit Sicherheit keine Rolle. Das beweist im übrigen auch die empirische Sozialforschung, die sich des Themas „Familienleben mit doppelter Elternschaft“<sup>47</sup> angenommen hat.

Was an wohldurchdachten Argumenten bleibt, die gegen die Legitimität der Eispende ins Treffen geführt werden können, ist nicht leicht auszumachen. Das Argument der Unnatürlichkeit überzeugt genauso wenig wie das von slippery slopes, die notwendigerweise im Morast des Unmoralischen münden sollen. Denn es ist noch nie überzeugend gelungen, die von Menschenhand unberührte Natur als Vorbild für moralische und rechtliche Wertungen in den Dienst zu nehmen.<sup>48</sup> Und schließlich ist das Argument, demzufolge die Zulässigkeit der an sich legitimen Praxis A absehbar auch die Zulässigkeit der nicht legitimen Praxis B nach sich ziehe, nicht wirklich nachvollziehbar.<sup>49</sup> Jedenfalls verfängt das „Argument des nächsten Schrittes“ dann nicht, „wenn dieser

nächste Schritt sich vom vorhergehenden wesentlich unterscheidet.“<sup>50</sup> Mit anderen Worten: Wer A sagt, muß nicht gleichzeitig B sagen; oder: Wer die Eispende erlaubt, hat damit nicht gleichzeitig der Anerkennung der Leihmutterchaft das Wort geredet.<sup>51</sup>

#### 4. Abschließende Überlegungen

Die negative Freiheit, sich nicht fortzupflanzen, ist im österreichischen Recht sehr großzügig verankert worden. Der „Entschluß, ein Kind haben zu wollen und sich hierzu erforderlicher medizinischer Unterstützung zu bedienen“,<sup>52</sup> hat hierzulande weit weniger Anerkennung gefunden. Während das Abtreibungsstrafrecht primär das Selbstbestimmungsrecht der Frau betont hat (§ 97 Abs 1 StGB), ist das Selbstbestimmungsrecht von Paaren, die an den Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin teilhaben wollen, deutlich beschnitten worden (§ 3 FMedG). Der VfGH hat weder § 97 Abs 1 Z 1 StGB (Fristenlösung)<sup>53</sup> noch § 3 FMedG im Lichte der Grund- und Freiheitsrechte beanstandet. Bei der verfassungsrechtlichen Prüfung des FMedG hat der VfGH allerdings deutliche Zugeständnisse an das „konservative Lager“ gemacht,<sup>54</sup> dem mit dem Fristenlösungserkenntnis offene Wunden zugefügt worden sind, die noch heute bluten.<sup>55</sup> Das Erkenntnis vom 14. 10. 1999 wird die Wertkonservativen in unserer Gesellschaft freilich nicht wirklich befriedigen, weil es zu Kompromissen gelangt, die mehr als widersprüchlich erscheinen. Wie dem auch immer sei. Der VfGH hat mit dem Erkenntnis vom 14. 10. 1999 den Grundsatz betont, an dem sich die Legislative auch künftig zu orientieren hat: Die Freiheit, sich fortzupflanzen, ist von Art 8 Abs 1 EMRK geschützt. Und der VfGH hat nicht gesagt, daß der Gesetzgeber an den – jedenfalls rechtspolitisch und moralisch – unhaltbaren Grenzziehungen, die § 3 FMedG vorgenommen hat, festhalten müßte oder auch nur sollte. Im Gegenteil. Eine „Veränderung der Sachlage im Zeitablauf und damit eine in Hinkunft eintretende Verengung des rechtspolitischen Spielraums“ könnte, so heißt es im Erkenntnis, den Gesetzgeber „auch aus verfassungsrechtlicher Sicht“ zwingen, der Entwicklung durch eine entsprechende Liberalisierung der gesetzlichen Regelung Rechnung zu tragen.<sup>56</sup> Der Gesetzgeber wäre gut beraten, sich diesen Hinweis zu Herzen zu nehmen.<sup>57</sup>

ao. Univ.-Prof. Dr. Erwin Bernat ist Universitätsdozent für Bürgerliches Recht, Österreichisches und Vergleichendes Medizinrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz.

44 Entgegen der Auffassung des VfGH (sub II.B.2.6.3.) wird das Kindeswohl-Argument in der Literatur (vgl die sub II.B.2.6.3. zitierten Lehrmeinungen sowie Bernat, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, Frankfurt/Main 1989, 91 ff) allerdings regelmäßig nicht als argumentum ad absurdum eingesetzt. Vgl im übrigen OGH 25. 5. 1999 JBl 1999, 599, der die unerwünschte eigene Existenz („wrongful life“) als Schadensquelle verneint: „Weder die Ermöglichung noch die Nichtverhinderung von Leben verletzt ein geschütztes Rechtsgut.“

45 Vgl Bernat, Behandeln oder sterben lassen? Rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Überlegungen zum Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, in: Deutsch-FS (1999) 443 (457 ff mwNw).

46 Vgl Mitchell/Snowden/Mitchell, Artifizielle Reproduktion, Stuttgart 1985, 41 ff und Baran/Pannor, Lethal Secrets, New York 1989, 54 ff.

47 Ch. Hoffmann-Riem, Das adoptierte Kind. Familienleben mit doppelter Elternschaft, 2. Aufl, München 1985, insb 245 ff.

48 P. Singer/Wells, In vitro fertilization: the major issues, Journal of medical ethics 9 (1983) 192 (193).

49 IdS auch B. Williams, Which slopes are slippery in: Lockwood (Hrsg), Moral Dilemmas in Modern Medicine, Oxford – New York 1985, 126 ff.

50 Engisch, Der nächste Schritt, in: Schaffstein-FS (1975) 1 (9).

51 Einmal unterstellt, es finden sich gute Argumente für ein (generelles) Verbot der Leihmutterchaft; vgl dazu Wertheimer, Two questions about surrogacy and exploitation, Philosophy & Public

Affairs 21 (1992) 211 ff sowie Macklin, Surrogates and Other Mothers, Philadelphia 1994, insb 49 ff.

52 VfGH 14. 10. 1999 sub II.B.1.2.3.

53 VfGH 11. 10. 1974 VfSlg 7.400.

54 Das betont deutlich Strasser, Ethik der Fortpflanzung, in: Bernat (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 23 ff.

55 Vgl – pars pro toto – Laun, Der falsche Alarm um Österreich, Die Presse v 18. 2. 2000, 2.

56 VfGH 14. 10. 1999 sub II.B.2.4.2.4.

57 So auch Novak, Fortpflanzungsmedizinengesetz und Grundrechte, in: Bernat (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 62 (73).

**Der Eingriff**

In einem wortreich begründeten Erkenntnis vom 14. 10. 1999<sup>1</sup> hat der Verfassungsgerichtshof (VfGH) zwei Individualanträge nach dem Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)<sup>2</sup> abgewiesen.<sup>3</sup> Diese Entscheidung sei hier aus menschenrechtlicher Sicht untersucht. Sonstige Einwände gegen die Entscheidung haben andere formuliert;<sup>4</sup> ihre Argumente können hier aus Platzgründen nicht behandelt werden. Insgesamt lässt sich festhalten, dass der VfGH die (überfällige) Diskussion nicht beendet, sondern erst richtig initialgezündet hat.

Das FMedG erlaubt Ehepartnern und Lebensgefährten die In-vitro-Fertilisation (IVF = Befruchtung im Reagenzglas) mit dem eigenen Erbgut, also mit eigenen Samen- und Eizellen, und es erlaubt die Samenspende zur Insemination, nicht aber die Samenspende zur IVF oder die Eispende überhaupt.<sup>5</sup>

Im Anlassfall haben zwei Frauen je einen Gesetzesprüfungsantrag eingebracht. Beide könnten ihr Kind selbst austragen, die Erstantragstellerin bedarf aber einer IVF mit Fremdsamen, da ihr Mann nicht zeugungsfähig ist, die Zweit Antragstellerin bedarf einer Eispende, während ihr Ehemann zeugungsfähig ist. In beiden Fällen liegen die erforderlichen ärztlichen Beratungen und Zustimmungen vor.

**Der Rechtsrahmen für externe Keimzellen (Fremdinsemination)**

Wie bereits erwähnt, ist die Fremdinsemination gesetzlich zugelassen. Neben Ehelichkeitsvermutungen sieht das Gesetz zunächst vor, dass eine Entgeltvereinbarung für die Bereitstellung von Fremdsamen generell unzulässig und ein Vertrag, der ein Entgelt vorsieht, nach § 879 ABGB nichtig ist. Nach § 156 a ABGB darf der Ehemann der Empfängerin der Samenspende die Ehelichkeit des Kindes nicht bestreiten, wenn er dem Vorgang zugestimmt hat. Eine Ehefrau darf aber auch nicht zur künstlichen Befruchtung gezwungen werden. Nach § 163 Abs. 4 ABGB ist es dem Samenspender verwehrt, die gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft durchzusetzen. Jede Spende von Samenzellen ist also von Gesetzeswegen unentgeltlich, und die Rechtswirkungen einer IVF-Behandlung sind durch zwingende gesetzliche Fiktionen abgesichert. Gemäß § 8 FMedG darf eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung bei Ehegatten nur mit deren schriftlicher Zustimmung, bei Lebensgefährten nur mit Zustimmung in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsaktes erfolgen. Bei Verwendung von Fremdsamen hat der Partner seine Zustimmung stets in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsaktes zu erklären.

Die Zustimmung zur Fremdinsemination ist unwiderruflich, der Samenspender kann weder jemals der – rechtliche – Vater des Kindes werden noch für seine Samenspende ein Entgelt erwirken. Nach dem Gesetz wird der der Fremdinsemination zustimmende Ehemann oder Lebensgefährte auf Dauer der rechtliche Vater des so entstandenen Kindes. Der Gesetzgeber hat also einen lückenlosen Rahmen geschaffen, der seither nie mehr Gegenstand kontroverser Diskussion war, weil er sich offenkundig in der Praxis voll bewährt hat.

Grundvoraussetzung für jede IVF-Behandlung ist, dass nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung alle anderen möglichen und zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr erfolglos gewesen oder aussichtslos sind (§ 2 Abs. 2). Für jede IVF-Behandlung ist eine ärztliche Beratung zwingend vorgeschrieben. Der Arzt soll nach der ge-

# Beschränkungen des Rechts auf eigene Kinder

## Das Fortpflanzungsmedizingesetz im Lichte der Menschenrechte

Wilfried Ludwig Weh



setzlichen Regelung eine psychotherapeutische Betreuung anordnen, sofern die Patienten dagegen keinen ausdrücklichen Widerspruch erheben. Das Gesetz sieht umfangreiche Aufzeichnungspflichten des behandelnden Arztes vor, wobei diese Aufzeichnungen wie jene des Notars besonderen Aufbewahrungsvorschriften unterliegen. In vier Paragraphen des FMedG sind insgesamt etwa 20 Straftatbestände normiert und mit hohen Strafen sanktioniert.

**Die maßgeblichen Menschenrechte**

Nach Art. 8 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs. Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der

1 G 91/98-13, G 116/98-13, 14. 10. 1999.

2 BGBl. Nr. 275/1992 vom 4. 6. 1992.

3 Leitsatz lt. RIS: Zulässigkeit der Individualanträge auf Aufhebung des Verbots der Eizellspende bzw des Verbots der Samenspende bei der In-vitro-Fertilisation; keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch die angefochtenen Bestimmungen; kein unverhältnismäßiger Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens; keine Unsachlichkeit der Ungleichbehand-

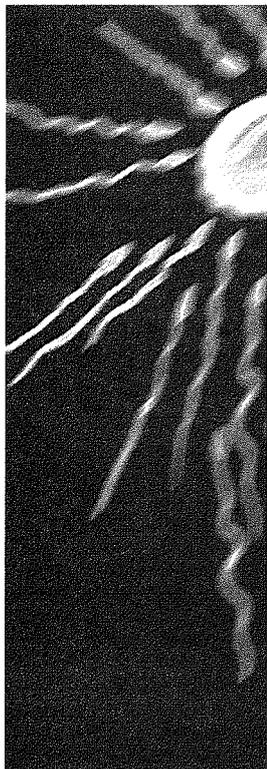
lung von homologen und heterologen Formen medizinisch unterstützter Fortpflanzung, insbesondere unter Berücksichtigung des Kindeswohls; keine Verletzung des Rechts auf Familiengründung.

4 S. das bei Manz im Druck befindliche Buch von E. Bernat (Hrsg.), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, mit Beiträgen ua von Peter Strasser und Richard Novak.

5 FMedG § 3.(1) Für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung dürfen nur die Eizellen und der Samen der Ehegatten oder Lebensgefährten verwendet werden. (2) Für die Methode nach § 1 Abs. 2 Z 1 darf jedoch der Samen eines Dritten verwendet werden, wenn der des Ehegatten oder Lebensgefährten nicht fortpflanzungsfähig ist. (3) Eizellen und entwicklungsfähige Zellen dürfen nur bei der Frau verwendet werden, von der sie stammen.“



Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Nach Art. 12 EMRK haben Männer und Frauen mit Erreichung des heiratsfähigen Alters gemäss den einschlägigen nationalen Gesetzen das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen. Art. 8 EMRK spricht in den beiden maßgeblichen englischen und französischen Textfassungen von „diesem Recht“ („ce droit“, „this right“), sieht die Rechtsgewährleistungen des Art. 8 EMRK also als einheitliches Recht(sbündel). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass das System der Menschenrechtskonvention ein Netz von Grundrechtsgewährleistungen spannt, das als Netz auch mehr als nur die Summe seiner einzelnen Maschen umspannt, womit die Art. 8 und 12 EMRK gemeinsam zu sehen und anzuwenden sind.<sup>6</sup> Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK wendet der EGMR nur in Ausnahmefällen an, weil eine diskriminierende Regelung fast immer auch den Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK widerspricht. Dann scheidet ein Eingriff in das Privat- und Familienleben oder in das Recht, zu heiraten und eine Familie zu gründen, schon am Erfordernis der „Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft“ nach dem Eingriffsvorbehalt des Art. 8 Abs. 2. So hat etwa der EGMR jüngst in seinen Urteilen *Lustig-Prean and Beckett* und *Smith and Grady*<sup>7</sup> gefunden,



dass „no separate issue arises under Article 14“. Nur in Ausnahmefällen kann damit eine Gleichheitsverletzung vorliegen, ohne dass nicht gleichzeitig schon das materielle Grundrecht verletzt sein muss.

Zu prüfen ist, ob die hier zu besprechenden Verbote einem legitimen Schutzziel dienen, ob sie verhältnismäßig und „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ sind, ob sie also einem „pressing social need“ entspringen und den für jede demokratische Gesellschaft zu fordernden Werten von Pluralismus, Toleranz und Großzügigkeit gerecht werden. Evident ist, dass ein Verbot der Samen- oder Eispende zur IVF weder die nationale Sicherheit noch die öffentliche Ruhe und Ordnung noch das wirtschaftliche Wohl des Landes (economic well-being of the country) noch die Verteidigung der Ordnung oder Verhinderung strafbarer Handlungen (prevention of disorder or crime) betreffen können. Die in vielen anderen Staaten gesetzlich zugelassenen und bereits millionenfach angewendeten Methoden sind nicht risikoreicher als die bereits ständig in Österreich praktizierten<sup>8</sup> und hier zugelassenen medizinischen Methoden der IVF und der Fremdinsemination, die bei Gesetzwerdung des FMedG noch umstrittene

medizinisch assistierte Fortpflanzung *an sich* ist heute weltweit und in Österreich akzeptiert. Schwangerschaften und Geburten von IVF-erzeugten Einzelkindern haben eine geringere Komplikationsrate als sonstige, was auch, aber nicht allein damit zu erklären sein dürfte, dass solche Mütter vor Beginn der IVF Behandlung genauer untersucht und während der Schwangerschaft intensiver medizinisch betreut werden. Die in Österreich ständig praktizierte Fremdinsemination geht ihrerseits bereits vom sozialen und nicht mehr vom biologischen Elternbegriff aus und ist heute gesellschaftlich unumstritten. Damit können die Schutzzwecke der Gesundheit und der Moral nicht maßgeblich sein. Damit ergibt sich als einziges Eingriffsziel jenes der *Rechte und Freiheiten anderer*. Dieses einzige legitime Eingriffsziel könnte aber durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden und kann daher die untersuchten Verbote nicht tragen.

Kern der Rechtsprechung des EGMR ist das Erfordernis der Notwendigkeit – auch im Sinne von Aktualität, also der Bezugnahme auf gesellschaftliche Entwicklungen, auf die „Dynamik“ der Menschenrechte. Die EMRK ist ein „living instrument“, das auch moderne gesellschaftliche und rechtliche Entwicklungen einbezieht.<sup>9</sup> So weist etwa das Urteil *Sheffield and Horsham* auf die „increased social acceptance of transsexualism“<sup>10</sup> hin. Schon im Urteil *Dudgeon*<sup>11</sup> hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass die Rücksichtnahme auf die öffentliche Meinung allein eine gesetzgeberische Maßnahme nicht tragen und sohin auch den Gerichtshof nicht binden könne, und die Dynamik des Systems der EMRK betont.

Zuletzt hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinen bereits zitierten Urteilen *Smith and Grady* und *Lustig-Prean and Beckett*<sup>12</sup> die Mindestkriterien für die Legitimität eines Eingriffs in zentrale Rechtspositionen nach Art. 8 EMRK klargestellt. Dabei hat er ausgesprochen, dass „when the relevant restrictions concern ‚a most intimate part of an individual’s private life‘, there must exist ‚particularly serious reasons‘ before such interferences can satisfy the requirements of Article 8 § 2 of the Convention. . . . The absolute and general character of the policy which led to the interferences in question is striking.“ Es wird im Folgenden zu untersuchen sein, ob der VfGH „particularly serious reasons“ namhaft machen kann und ob das rigorose Verbot der Samen- oder Eispende für eine IVF-Behandlung verhältnismäßig ist.

Derzeit würden übrigens mehrere demographisch zusammenwirkende Faktoren eine großzügige Handhabung der IVF schon aus der Sicht öffentlicher Interessen sinnvoll erscheinen lassen. Zunächst einmal nimmt die Fertilität allgemein ab, wobei man die Ursachen noch nicht im Einzelnen erforscht hat und mit einiger Sicherheit viele Ursachen zusammenspielen. Hinzu kommt, dass immer mehr Menschen den Kinderwunsch hinausschieben – und damit die zeugungs- und konzeptionsfähigsten Lebensjahre kinderlos verbringen –, um erst später Kinder haben zu wollen. Oft folgt diese Lebensplanung zwingenden Vorgaben, wie den Erfordernis-

6 Im Urteil *Johnston ua* vom 18. 12. 1986, 6/1985/92/139, Z 57, hat der EGMR ausdrücklich die Art. 8 und 12 gemeinsam angewendet.

7 EGMR Urteile *Lustig-Prean und Beckett* vom 27. 9. 1999, 31417/96 und 32377/96 und *Smith und Grady* vom 27. 9. 1999, 33985/96 und 33986/96.

8 In Österreich praktizieren derzeit 21 Stellen IVF.

In einer dieser Behandlungsstellen sind bisher mehr als 3000 Kinder mit dieser Methode erzeugt worden. Jährlich werden in Österreich etwa 4000 IVF-Zyklen-Behandlungen durchgeführt. In acht der 21 gemeldeten Spezialeinrichtungen in Österreich werden jährlich mehr als 200 IVF-Behandlungen durchgeführt.

9 EGMR Urteile *Johnston ua* vom 18. 12. 1986,

6/1985/92/139 und *Cossey* vom 27. 9. 1990, 16/1989/176/232.

10 EGMR Urteil *Sheffield und Horsham* vom 30.07.1998, 31–32/1997/815–816/1018–1019, Z 60.

11 *Dudgeon* vom 22. 10. 1981.

12 EGMR Urteile *Lustig-Prean und Beckett* vom 27. 9. 1999, 31417/96 und 32377/96 und *Smith und Grady* vom 27. 9. 1999, 33985/96 und 33986/96.

sen einer längeren Ausbildung und der Schaffung einer sicheren Lebensgrundlage, die ihrerseits wiederum Voraussetzung für die Ernährung einer Familie bildet. Gleichzeitig geht die Kinderzahl insgesamt beängstigend zurück, und war die Bevölkerungsentwicklung in Österreich im vergangenen Jahr nach amtlichen Statistiken rückläufig.<sup>13</sup>

### Das Normprüfungsverfahren

Außer Streit gestellt hat der VfGH von vornherein die unmittelbare Betroffenheit der Antragstellerinnen. Auf die diesbezüglich vorbildliche Begründung kann hier aus Platzgründen nur verwiesen werden. Auch die hervorragende Argumentation der Antragstellerinnen kann hier aus Platzgründen nicht wiedergegeben werden.

Die Bundesregierung hat keinen Versuch unternommen, die angegriffenen Regelungen zu verteidigen. Sie hat zunächst trotz Aufforderung des Verfassungsgerichtshofs keine schriftliche Stellungnahme abgegeben. Offenbar hatte der Bundesminister für Justiz eine Stellungnahme vorbereitet und dem Ministerrat vorgelegt, der sich dann aber auf diesen Standpunkt nicht einigen konnte.<sup>14</sup> Auch in der mündlichen Verhandlung<sup>15</sup> hat die Bundesregierung trotz Nachfragen des Referenten wiederum keine sachliche Rechtfertigung des Gesetzes versucht. Dem Umstand, dass die Bundesregierung nicht einmal versucht hat, ihre überschießenden Regelungen gegenüber dem Verfassungsgerichtshof zu verteidigen, kommt maßgebliche Bedeutung zu, denn um so schwer wiegende Eingriffe zu rechtfertigen, müsste die Bundesregierung von ihrer Berechtigung überzeugt sein – was sie offenbar zu Recht nicht ist.

Der Verfassungsgerichtshof kommt ansatzlos und ohne Begründung zum ganz verfehlten Ergebnis, dass der Begriff des „Familienlebens“ nach Art. 8 EMRK „offenbar“ (warum?) in erster Linie die bereits existierende Familie im Auge habe.



Tatsächlich soll Art. 8 EMRK nach ständiger Straßburger Rechtsprechung gerade auch das entstehende, werdende oder geplante Familienleben<sup>16</sup> schützen, also das Recht, Kinder zu bekommen. Die Vorgangsweise des Verfassungsgerichtshofs, die geschützten Menschenrechte „auseinander zu dividieren“, begegnet aber noch grundsätzlicheren Bedenken, denn nach der bereits dargestellten ständigen Rechtsprechung des EGMR bilden die EMRK und insbesondere ihre Art. 8 und 12 ein Netz von Menschenrechten, die gesamthaft zu betrachten sind,<sup>17</sup> womit der VfGH seine Normprüfung anhand einer Zusammenschau der Menschenrechte auf Ach-

tung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK, auf Eheschließung und Gründung einer Familie nach Art. 12 EMRK und auf Verbot willkürlicher Diskriminierungen in diesen Rechten nach Art. 14 EMRK zu bewerkstelligen gehabt hätte. Der VfGH konzidiert dann allerdings wenigstens einen Eingriff in das „Privatleben“, womit Art. 8 Abs. 1 EMRK anwendbar sei. Der VfGH begründet umständlich, dass dieses Privatleben bestehen bleibe, obwohl sich eine IVF-Patientin ja in („öffentliche“) ärztliche Behandlung begeben müsse. Tatsächlich verliert ein intimes Faktum natürlich niemals durch eine unter die ärztliche Verschwiegenheitspflicht fallende Behandlung seine Zuordnung zum Bereich des Intimlebens. Art. 12 EMRK lässt der Verfassungsgerichtshof damit zu Unrecht gänzlich außer Acht.

Der Verfassungsgerichtshof folgt dann ungeprüft der Regierungsvorlage und übersieht, dass diese so obsolet ist wie das in der Regierungsvorlage zitierte Gutachten zum 10. Österreichischen Juristentag 1988, das damit noch in die „Steinzeit“ der In-vitro-Technik zurückgeht. Zudem hat sich die damalige Regierungsvorlage noch schwerpunktmäßig mit der Zulässigkeit der IVF *an sich* befasst, die zwischenzeitlich gänzlich aus der öffentlichen Diskussion verschwunden – weil ganz unbestritten – ist. Erkennbar fehlte dem Verfassungsgerichtshof aktualisierter Sachverstand, den vorzulegen sich die Bundesregierung aus nachvollziehbaren Gründen gescheut hat.

In dem vom VfGH zitierten Schlusssatz der Regierungsvorlage finden sich die vorgeblichen Motive des Gesetzgebers dafür, warum eine Fertilitätsbehandlung in den besprochenen Fällen vom Gesetz ausdrücklich verboten werde, nämlich

- ▶ der mit solchen Verfahren verbundene hohe technische Aufwand
- ▶ die Möglichkeit der Schaffung ungewöhnlicher persönlicher Beziehungen
- ▶ die drohende Ausbeutung der Gebärfähigkeit der Frau
- ▶ die Gefahr von Missbräuchen

Mit diesen Punkten, die regelmäßig nicht zutreffen, hat sich der VfGH in seinem Erkenntnis dann allerdings kaum bis gar nicht befasst.

Das Argument der Unkontrollierbarkeit ist schlichtweg absurd. In Zeiten der Gentechnik ist nichts einfacher als eine Bestimmung der Elternschaft, sodass nichts einfacher wäre, als über ein gesetzliches Verbot zu verhindern, „dass sich die beteiligten Paare ihren oft dringenden Kinderwunsch unter Außerachtlassung der gesetzlichen Schranken erfüllen lassen“.

Auch das Argument der unnatürlichen Beziehungen verkennt die gesellschaftliche Realität. Wenn derzeit auf 100 Eheschließungen etwa 50 Ehescheidungen entfallen, ist evident, dass viele mit Kindern von Partnern leben, deren Elternteil sie nicht sind.

Manche Ausführungen des Verfassungsgerichtshofs mögen nicht gänzlich unvertretbar sein, sie betreffen aber stets die Problematik jeder IVF-Behandlung schlechthin. Die zwölf

<sup>13</sup> Nach einem in der Wiener Zeitung, 17. 5. 2000, S. 12, weist das Jahr 1999 erstmals seit 1986 wieder ein Geburtendefizit auf.

<sup>14</sup> So Sektionschef Dr. Hopf in der vom Verfassungsgerichtshof anberaumten mündlichen Verhandlung.

<sup>15</sup> 4. 10. 1999.

<sup>16</sup> EGMR Urteile Marckx 3. 6. 1979. und Vermeire, 29. 11. 1991, 44/1990/235/301.

<sup>17</sup> Im Urteil Johnston ua vom 18. 12. 1986, 6/1985/92/139, Z 57, hat der EGMR ausdrücklich die Art. 8 und 12 gemeinsam, „vernetzt“, angewendet.

Jahre seit dem Österreichischen Juristentag 1988 haben aber gezeigt, dass die Probleme gut lösbar sind. Zum einen hat der nicht unbeträchtliche apparative Aufwand zur Konzentration auf wenige Spezialisten geführt,<sup>18</sup> zum anderen hat sich gezeigt, dass die gesetzlichen Kautelen Missbräuche allgemein verhindern. Auch in den anderen Staaten gibt es keine Probleme mit den von den Beschwerdeführerinnen gewünschten Behandlungen.

Im Fall der Beschwerdeführerinnen entstünden im Übrigen keine „ungewöhnlicheren“ Beziehungen als im Fall der Insemination mit Fremdsamen, denn einer der beiden Partner wäre jeweils der biologische Elternteil. Auch hier verabsäumt es der Verfassungsgerichtshof wiederum, das miteinander zu Vergleichende gegenüberzustellen und am Anspruch auf Notwendigkeit, Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung zu messen. An einem Punkt hätte der VfGH beinahe den richtigen Maßstab gefunden, nämlich dort, wo er erkennt, dass die Grenzziehung sachgerecht sein müsse. Der VfGH bleibt dann aber die Antwort auf die prinzipielle Frage schuldig, welcher grundlegende Unterschied bestehen soll, ob ein Kind mit externem weiblichem oder männlichem Erbgut aufwächst. Die Nähe des Fötus zur Mutter, die während der Schwangerschaft entsteht, besteht ja auch bei einer Frau, die aufgrund einer Eizelle schwanger wird. Das Argument des VfGH, dass die Eizellspende das „zusätzliche Problem“ mit sich bringe, dass ein mittels Eizellspende gezeugtes Kind über zwei biologische Mütter verfüge, nämlich über eine genetische und eine „plazentare“, beweist also gar nichts, abgesehen davon, dass der VfGH verschweigt, wie sich das „Problem“ der zwei biologischen Mütter nun konkret äußern soll und bei wem (natürlich äußert es sich *gar nicht*, es ist ein Phantomproblem wie die anderen Einwände des VfGH auch). Hier besteht gerade *keine* Leihmutterchaft, weil das Kind ja später bei jener Frau als Mutter aufwachsen wird, die mit ihm schwanger war. Für die ganz sachwidrige Unterscheidung zwischen Samenspende zur IVF und Fremdinsemination kann der VfGH nur das haarsträubende Argument hohen technischen Aufwands heranziehen, wobei eine zahlenmäßige Konkretisierung dieses „hohen technischen Aufwands“ im Erkenntnis gänzlich unterblieben ist, liegt es doch im Wesen von Pauschalargumenten, dass Zahlen sie widerlegen würden.<sup>19</sup>

Den entscheidenden Fehlgriff setzt der VfGH allerdings, wenn er behauptet, der einfache Gesetzgeber könne „innerhalb dieser Schranken“ *frei entscheiden*, welche Instrumente er – unter Berücksichtigung erwünschter oder in Kauf genommener Nebenwirkungen – in der jeweils gegebenen Situation zur Verwirklichung seiner Zielsetzungen geeignet erachtet und anwendet. Damit verkennt der VfGH völlig die Erfordernisse des „pressing social need“ und der Verhältnismäßigkeit, die geradezu zum Kern der ständigen Rechtsprechung des EGMR zu den materiellen Eingriffsvorbehalten gehören. Diese Verkürzung des Prüfungsauftrags wirkt sich in der Folge entscheidend in Form eines unzulänglichen Problembewusstseins und unzulänglicher Abgrenzungen aus. Genau das darf der nationale Gesetzgeber nicht, es steht keineswegs in seiner *freien Willkür*, welche Instrumente er für geeignet erachtet und anwendet. Solche staatssoveränistische Überlegungen widersprechen der ständigen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 Abs. 2 EMRK, wonach Eingriffe in Menschenrechte „under European supervision“<sup>20</sup> stehen. Es genügt eben gerade *nicht*, dass der Gesetzgeber keine „völlig ungeeigneten Mittel“ gewählt hat, vielmehr müssen Eingriffe in so zentrale Rechte der Betroffenen *unbedingt notwendig* sein, dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen und einen pressing social need durchsetzen.

Ganz der Struktur der Menschenrechtsrechtsprechung widerspricht die Entscheidung des VfGH, wenn dieser etwa die Hälfte seiner materiellen Begründung über den Gleichheitssatz abwickelt, anstatt über das Prinzip der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit.

Der Verfassungsgerichtshof und der Gesetzgeber haben keine „particularly serious reasons“, sie haben in Wahrheit gar keine, wenn man nicht hinter den Stand des bisher gesetzlich *Zugelassenen* und in der Praxis auch durchwegs Bewährten zurückgehen will. Der Verfassungsgerichtshof hat den strengen Prüfungsmaßstab der Art. 8 und 12 EMRK verkannt und dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum gewährt, wo er tatsächlich streng zu prüfen gehabt hätte.

Dr. Wilfried Ludwig Weh ist Rechtsanwalt in Bregenz.



18 Derzeit sind es nur 21 Behandlungsstellen in Österreich.

19 Er übersteigt nicht den Aufwand für eine mittlere Urlaubsreise.

20 EGMR Urteile Handyside, 7. 12. 1976, und Müller, 24. 5. 1988, 25/1986/123/174.

**Aus ideologisch-politischen Gründen werden Systemänderungen herbeigeführt, deren Auswirkungen und Kosten nicht abgeschätzt werden können. Konservative Ideologie und bevölkerungspolitische Impacts werden zu einer Politik gemixt, deren unausgesprochene Voraussetzungen in diesem Beitrag beleuchtet und hinterfragt werden.**

Der konservative Backlash hat sich angekündigt. Am deutlichsten lässt sich die Trendwende an der „Familienpolitik“ und der damit verbundenen Transfer- und Sozialpolitik festmachen. Die ÖVP eröffnete im Zuge der Beratungen über das zweite Sparpaket 1996<sup>1</sup> indirekt die Debatte über die Zulässigkeit alternativer Lebensformen. Die Auszahlung des erhöhten Karenzgeldes an allein stehende Mütter wurde skandalisiert, da diese Gruppe den Sozialstaat durch allzu geschickte Lebensgestaltung ausnützte. Das hässliche Wort „Sozialschmarotzer“ hielt Einzug in den sozialpolitischen Diskurs. Ergebnis war eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen; Alleinerzieherinnen können seither nur mehr den Karenzgeld-Zuschuss beantragen, der jedoch zurückgezahlt werden muss, und zwar entweder vom Kindesvater oder von der Bezieherin selber.

Im Jahr 1998 eröffnete die ÖVP, noch in der Koalition mit der SPÖ, das Konfliktfeld „Karenzgeld für alle“, das 1999 im Wahlkampf für den Kärntner Landtag als „Kinderbetreuungsscheck“ und dann während der Nationalratswahlkampagnen aller Parteien eine wesentliche Rolle spielte. Die ÖVP als Erfinderin des „Karenzgeldes für alle“ hatte damit ein zugkräftiges Schlagwort, an dem wertkonservative Ideologie und ein Phantasma von Wärme in der Politik gleichermaßen festgemacht werden konnten. Die FPÖ adaptierte es nationalistisch als „Karenzgeld für alle Österreicherinnen“ und konnte damit bei einer speziellen Klientel punkten. Die SPÖ und die Gewerkschaften konnten dem einfachen Slogan vom „Karenzgeld für alle“ keine gleichermaßen zündenden Gegenstrategien entgegensetzen – das an sich systemkonforme „einkommensabhängige Karenzgeld“ ging im Lärm der Wahlkämpfe unter und war als Konzept zu schwierig zu kommunizieren, als dass es sich in WählerInnenzustimmung hätte umsetzen lassen.

Der Angelpunkt dieser Auseinandersetzungen ist die Verteilung knapper werdenden Geldes und die Förderung von bestimmten Lebensmodellen durch finanzielle Anreize. Im Hintergrund steht eine seit den Achtziger Jahren steigende Besorgnis, dass die Österreicher aussterben, dass immer weniger Steuer- und BeitragszahlerInnen immer größere Lasten zu tragen haben und dass die Kulturnation Österreich ohne ausreichende Nachkommenschaft dem Untergang geweiht ist. Wertkonservative und nationalistische Politiken gleichermaßen sind von der Sorge um den Bestand der österreichischen Nation getragen – dies wird in letzter Zeit verstärkt durch die Sorge um den Bestand der „Systeme“, egal ob es um die Pensionsversicherungen oder um den Arbeitsmarkt geht.

Es ist kein Zufall, dass diese Entwicklungen mit der Restriktion der Zuwanderung und dem Schlagwort Integration vor Neuzug einhergehen. Der Kulturnationalismus spezifisch österreichischer Prägung verlangt es, dass zuerst alles getan wird, um den ÖsterreicherInnen „eine Chance zu geben“, wenn es nicht genug ÖsterreicherInnen gibt, dann muss die Politik dafür sorgen, dass möglichst viele zu ÖsterreicherInnen werden.

Die irrealen Besorgnisse reflektieren allerdings die realen Zahlen: Die Geburtenraten in Österreich sind rückläufig – allein zwischen 1995 und 1998 verringerten sich die Geburten in Österreich um 8% von 87.760 auf 80.321 pro Jahr. Tatsächlich könnte man zugespitzt formulieren, dass sich Familienpolitik irgendwann erübrigt, wenn sich diese Entwicklung fortsetzt. Zuerst muss also dafür gesorgt werden, dass es (wieder) Kinder gibt, also Bevölkerungspolitik betrieben werden.

# Familienpolitik als Bevölkerungspolitik

Mehr Kinder braucht das Land

Martina Thomasberger

Zusatznutzen konservativer und nationalistischer Familienpolitiken ist die Förderung des traditionellen Familienbildes, das von starkem Zusammenhalt der Generationen und von phantasierter Harmonie getragen ist. Solche Familien können nur dann funktionieren, wenn die Erwachsenen – oder wenigstens einer von ihnen – ihre individuellen Bedürfnisse den Anforderungen des Familienlebens unterordnen. Daher wird im konservativen Politikdiskurs wieder verstärkt auf das Lebensmodell Hausfrau und Mutter zurückgegriffen. Die Verquickung von traditionellem Frauen- und Familienbild und von Reaktion auf modernere Entwicklungen führt dabei zu seltsamen Ergebnissen: So wurde und wird ernsthaft vorgeschlagen, das Berufsbild „Mutter/Vater“ bzw. „Hausfrau“ zu schaffen; junge Frauen (die geschlechtsneutrale Formulierung erfolgt pro forma) könnten die im Familienalltag erworbenen Kenntnisse nach der Kinderphase in anderen Familien Gewinn bringend vermarkten, was auch zur Professionalisierung der Hausarbeit beitragen würde.

## Was aber ist Familie?

Eine Definition von Familie ist schwierig, da die gesellschaftlichen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte – allem voran steigende Scheidungsraten und steigende Frauenerwerbsquoten – Änderungen und Diskontinuitäten in die Lebensverläufe gebracht haben, die sich wissenschaftlicher Kategorisierung entgegensetzen. Der österreichische Familienbericht 1999 bedient sich einer weiten Definition, in der auf das „Zu-

1 Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl 201/1996.

sammenleben von (mindestens) zwei Generationen mit Betreuungspflichten in (mindestens) eine Richtung“ abgestellt wird<sup>2</sup>. Diese Definition erscheint zugleich zu weit und zu eng: Möglicherweise fallen manchen LeserInnen Konstellationen von Zusammenleben ein, die von den Beteiligten zwar als Familie aufgefasst werden ohne in diese Definition passen, andererseits fällt das Fehlen von formal-rechtlichen Elementen wie Eheschließung oder zumindest das formelle Vorliegen eines gemeinsamen Haushalts auf. Die weite Definition von Familie steht im Gegensatz zu dem, was der Politikdiskurs der letzten Jahre als Familie und damit als Bezugspunkt vorausgesetzt hat.

Die Familie in ihrer förderungswürdigen Form setzt minderjährige Kinder voraus, sonst ist sie im politischen Sinn etwas anderes – Ehe, Lebensgemeinschaft, Blutsverwandtschaft, regelungsbedürftig, aber nur in geringerem Ausmaß ideologiefähig. Die in den konservativen und nationalistischen Politikdiskursen gemeinte Familie ist grundsätzlich jene, die dem bürgerlichen Familienideal am Nächsten kommt, also verheiratete Eltern mit kleinen, betreuungsbedürftigen Kindern; manchmal ist man geneigt zu glauben: Vater, Mutter und möglichst viele Kinder, tunlichst auf einem Bergbauernhof, wo die Welt noch heil ist. Wichtiges Merkmal ist überdies, dass die Mutter dieser Familie ausschließlich oder doch in ganz überwiegendem zeitlichem Ausmaß zur Verfügung steht, und zwar so lange, bis die Kinder keinerlei Betreuung mehr brauchen. Diese Einengung bringt es automatisch mit sich, dass alternative Lebensformen ausgeklammert werden. AlleinerzieherInnen sind daher die Abweichung par excellence, Stieffamilien und vorübergehende Formen des Zusammenlebens sind politisch marginalisiert. Und: Alles dies spielt sich im heterosexuellen Bereich ab. Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften mit Kindern können zwar unter die Definition des Familienberichts gefasst werden, aber nicht unter die unausgesprochenen Voraussetzungen der offiziellen Familienpolitik; sie sind so weit außerhalb dessen, was noch Familienpolitik sein kann, dass sie allenfalls in die abweichende Kategorie der AlleinerzieherInnen einbezogen werden können.

### Familie ist Vorstellung

Die Familie wird von der konservativen Politik als der Ort imaginiert, an dem das Gute übermächtig ist – Gemeinsamkeit und Gemeinsinn, Wärme und Ruhe, Moralität und Bindungen, all das finde sich in der Familie und werde von dort in die Außenwelt getragen. Aus diesem Grund sind politische Maßnahmen wie zum Beispiel Gewaltschutzgesetze so schwer durchzusetzen. Die EntscheidungsträgerInnen beharren auch kontrafaktisch auf den Imaginationen von der Familie als idealem Ort ohne Konflikte, die Realität wirkt störend, Aufklärung fällt auf diejenigen als Störenfriede zurück, die sie betreiben.

Auch die gängige neoliberale Ideologie vom schlanken Staat setzt die starke Familie voraus. In der Familie werden die zukünftigen StaatsbürgerInnen sozialisiert und erhalten jenes Mindestmaß an Gemeinschaftsfähigkeiten vermittelt, das für das Funktionieren auch des schlanksten Staates uner-

lässlich ist, während dieser sich beruhigt auf die Kernbereiche staatlichen Handelns zurückziehen kann.

Die Politik der starken Familie hat in Österreich eine lange Tradition. Auch die Familienrechtsreform der siebziger Jahre beließ der familiären Einheit einen weiten Raum, in dem die emotionalen und materiellen Beziehungen autonom und ohne staatliche Determination gestaltet werden können; die §§ 89 bis 97 und 140 ff ABGB geben ein Gerüst, bieten aber keine Festlegungen oder Handhaben für Eingriffe in das Familienleben, solange es funktioniert. Und es sind die Familienmitglieder, die darüber entscheiden, ob die Familie (noch) funktioniert; gegen ihren Willen können Veränderungen bestehender Familienkonstellationen durch Interventionen staatlicher Stellen nur dann erfolgen, wenn Gefährdungen durch Gewalt oder Vernachlässigung so offensichtlich sind, dass sie nicht mehr ignoriert werden können. Diese Tradition der weit gehenden staatlichen Nicht-Einmischung in das Familienleben war der Treibstoff für die Empörung über die Kampagne „Ganze Männer machen Halbe-Halbe“, die 1994 die Zeitungen füllte und konservative Entrüstung hervorrief. Eine „Haushaltspolizei“ wurde da herbeiphantasiert, die in Küchen und Wohnzimmern herumschnüffeln dürfe, ob die Hausarbeit tatsächlich fifty-fifty geteilt werde und die Strafen wie „doppeltes Abwaschen für drei Wochen“ aussprechen dürfe. Abgesehen von der Darstellung eines zweifelhaften Rechtsverständnisses bot diese „Debatte“ vor allem ein Sittenbild der Familienvorstellungen bürgerlicher PolitikerInnen.

Abseits von Wunschvorstellungen und Ideologie ist familiäres Zusammenleben zweifellos stabilisierend und wichtig für das Heranwachsen von Kindern und – soweit es gelingt – emotional befriedigend für alle daran Beteiligten. Sie kann auch, wie Anthony Giddens<sup>3</sup> schreibt, „in einem mit der öffentlichen Demokratisierung einhergehenden Prozess . . . demokratischer werden; und diese Demokratisierung verweist darauf, wie ein Familienleben individuelle Wahl und gesellschaftliche Solidarität verknüpfen kann.“ Er gibt zu, dass „die demokratisierte Familie ihrerseits ein Ideal ist“ und formuliert Voraussetzungen für die demokratisierte Familie, nämlich Gleichgewicht zwischen Verantwortung und Selbstbestimmung, Teilung der familiären Arbeit zwischen den Geschlechtern, Flexibilität und Anpassungsfähigkeit, die so weit gehen, dass Familien die Fähigkeit haben sollen, „Beziehungen auch nach so radikalen Veränderungen wie einer Scheidung aufrecht zu erhalten“, denn dies sei „nicht nur entscheidend für das Glück des Einzelnen sondern auch für die Kontinuität in den Beziehungen zu den Kindern“. Bemerkenswert ist daran vor allem das Bedürfnis, Familien zu erhalten, auch wenn deren Basis zerfallen ist und ihre Funktion aufgehört hat.

### Bevölkerungspolitik

Da die Familie also wichtig ist und da Familie die Existenz von Kindern voraussetzt, da wir weiter Steuer- und BeitragszahlerInnen und Erwerbstätige brauchen, ist es notwendig, dass mehr Kinder zur Welt kommen.

Konservative und nationalistische FamilienpolitikerInnen bedienen sich der Familie als Mittel zum Zweck, denn das

<sup>2</sup> Österreichischer Familienbericht 1999, Band 2, S. 15. Hg. Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie.

<sup>3</sup> Anthony Giddens, Der dritte Weg. Die Erneuerung der sozialen Demokratie. Frankfurt am Main, 1999, S. 111 f.

vorrangige Ziel ihrer Politiken ist nicht, Familien mit möglichst guten Bedingungen zum Gelingen familiären Lebens auszustatten sondern möglichst viele BürgerInnen dazu zu bringen, sich der Familiengründung und also dem Kinderkriegen zu stellen. Die Klage, dass Österreich ausstirbt, wird auf den vielen Veranstaltungen zum Thema Familie immer wieder geführt. Abhilfe sei zu schaffen, indem Eltern wieder Mut zum Kind gemacht werde, indem Rahmenbedingungen geschaffen werden, die es Eltern ermöglichen, die Lasten der Familie zu tragen und sich Kinder „leisten“ zu können. Dieser Diskurs reflektiert eine sich ändernde Einstellung zu Kindern und zur Familiengründung. Das Kinderkriegen wird nicht mehr ausschließlich als Privatsache gesehen, als Angelegenheit, die zu einem gelungen-geglückten Leben gehört und den Eltern vor allem emotionale Befriedigung bietet. Zunehmend wird geäußert, dass Kinder zu haben und zu erziehen auch im öffentlichen Interesse ist, da damit für die Stabilisierung der „Systeme“ in der Zukunft beigetragen werde – mehr Arbeitskräfte, mehr SteuerzahlerInnen.

### Vater Staat kauft sich Kinder

Im Programm der ÖVP/FPÖ-Regierung „Österreich neu regieren“ ist der Passus über die Einführung des statt „Karenzgeld für alle“ nunmehr so genannten „Kinderbetreuungsgeldes“ im Vergleich zu anderen Teilen – etwa dem über die „Vereinbarkeit von Beruf und Familie“ – präzise und auf Umsetzbarkeit hin formuliert, sogar eine konkrete zeitliche Zielvorgabe (Einführung 2002) ist enthalten. Das bisher bei Unterbrechung einer Berufstätigkeit als Einkommensersatz gezahlte Karenzgeld wird ersatzlos gestrichen, stattdessen erhalten Mütter und Väter von Kleinkindern zwei Jahre lang das Kinderbetreuungsgeld, das zusätzlich ein weiteres Jahr an den anderen Elternteil ausgezahlt wird, wenn er ebenfalls Betreuungsaufgaben übernimmt. Damit fällt die Anbindung an das Sozialversicherungssystem, die beim Karenzgeld über die Arbeitslosenversicherung noch gegeben ist, weg. Das Kinderbetreuungsgeld ist eine reine Transferleistung wie die Familienbeihilfe und richtet sich auch nach denselben Anspruchsvoraussetzungen<sup>4</sup>. Neben dem Bezug von Kinderbetreuungsgeld soll es möglich sein, bis zu einer noch nicht festgesetzten Zuverdienstgrenze ein Einkommen zu erzielen, das nicht auf das Kinderbetreuungsgeld angerechnet wird.

In der zweiten Fassung des Regierungsprogramms wurde eine signifikante Ergänzung eingefügt: „Alle Rechtsbereiche, wie zum Beispiel das Arbeitsrecht (Kündigungsschutz etc.) werden analog dieser Neuregelung der Karenzzeit/Kinderbetreuungszeit geändert.“ In den Koalitionsverhandlungen ging es also offensichtlich nur darum, die Systemänderung herbeizuführen, über die Folgen für das Arbeits- und Sozialrecht wurden keine Gespräche geführt. Der Zweck dieses Vorhabens ist es, auch bisher nicht in das Karenzgeldsystem einbezogenen Personengruppen diese Transferleistung zu

geben. Das Ziel, das damit verfolgt wird, ist „Österreich zum familienfreundlichsten Land Europas zu machen“<sup>5</sup>, und dies soll dazu führen, dass auch die Zahl der Österreichischen Bevölkerung wieder steigt.

Die Transferleistung ersetzt also in Zukunft Sozialversicherungsansprüche. Die politische Symbolik ist nicht beruhigend: Während Sozialversicherungsansprüche nach der neueren Judikatur des Verfassungsgerichtshofs dem Grundrechtsschutz auf Schutz des Eigentums nach Art 1 1. ZProt EMRK unterliegen,<sup>6</sup> sind die existierenden und die geplanten Familienleistungen als reine Transferleistungen nicht in gleicher Weise geschützt. Es liegt in der politischen Entscheidung der jeweiligen Regierung, derartige Transfers zu erweitern oder zu verringern. Statt einer Leistung aufgrund einer grundrechtlich abgesicherten Position erhalten junge Eltern in Zukunft ein Geschenk von Vater Staat.

Darüber hinaus ist nicht klar, ob die mühselig erreichten sozialpolitischen Standards beim Elternkarenzrecht gehalten werden können, besonders das Modell der Teilzeitkarenz, bei dem junge Eltern die Arbeitszeit reduzieren können und besonderen Schutzbestimmungen unterliegen, könnte durch die mit der Systemänderung verbundenen notwendigen Anpassungen gefährdet sein: Derzeit gibt es bei Teilzeitkarenz das halbe Karenzgeld und keine Zuverdienstgrenze, dieses Verhältnis würde mit der Einführung des Kinderbetreuungsgeldes umgekehrt. Autonomie und ein selbst gestaltetes Leben sind, das wird damit deutlich, allen politischen Statements zum Trotz keine Prioritäten dieses Modells.

Dennoch muss sich die Tauglichkeit derartiger politischer Maßnahmen zur Zielerreichung erst erweisen. Studien über die Lebensplanungen junger ÖsterreicherInnen haben immer wieder ergeben, dass die Gründung einer Familie mit zwei Kindern eine Leitvorstellung ist.<sup>7</sup> Dennoch haben die Österreicherinnen im statistischen Mittel nur 1,3 Kinder. In den katholisch geprägten südeuropäischen Ländern liegt die Geburtenrate niedriger, in den nordeuropäischen Ländern – mit starken Schwankungen – wesentlich höher. Die Entscheidung für Kinder ist eine komplexe Angelegenheit, bei der das Ausmaß staatlicher Transfers wahrscheinlich nur einen geringen Teil ausmacht. Mindestens ebenso wichtig ist eine Beurteilung der weiteren Perspektiven und der individuellen Lebensplanung. In Österreich sind Frauen, die während ihres Erwerbslebens Kinder bekommen, mit erheblichen Einkommenseinbußen und mit massiven Benachteiligungen auf dem Arbeitsmarkt konfrontiert. Möglicherweise wäre eine frauen- und familienfreundliche Beschäftigungspolitik erheblich besser geeignet, die bevölkerungspolitischen Ziele zu erreichen.

*Mag<sup>a</sup>. Martina Thomasberger ist Fachreferentin der Abteilung Frauen und Familie und Redakteurin des **juridikum**.*

4 Damit könnten sich für AusländerInnen erhebliche Probleme ergeben, denn Nicht-EU/EWR-BürgerInnen müssen derzeit eine mindestens drei Monate dauernde aufrechte Beschäftigung haben oder sich mindestens fünf Jahre legal im Inland

aufhalten, damit sie die Familienbeihilfe beziehen können.

5 Bundeskanzler Schüssel im „Standard“ vom 26. 5. 2000.

6 VfGH Erk. G 48–55/1999, vgl auch EGMR 39/1995/545/631, Gaygusuz gegen Österreich.

7 ZB Familienbericht 1999, S. 337.

# Sinn ohne Funktion?

## Geschichte und Zukunft der inneren Geschlechtsorgane der Frau in der Perspektive einer Externalisierung der Reproduktionsfunktion

Wolfgang Pauser

Geschichtlichkeit ist eine um sich greifende Kategorie. Einst waren nur Dynastien und deren Geschicke Subjekte von Geschichte. Dann erhielt die Natur eine eigene Geschichte, dann Völker, Klassen, Religionen, Mentalitäten und Kulturen. Der banale Alltag war ein später Nachzügler der Historisierung. Körper und Geschlechtlichkeit sind die neuesten Errungenschaften der Vergeschichtlichung. Nun endlich wissen wir, dass sogar Organe eine Geschichte haben, und daraus folgt (so wollen wir hoffen): auch eine Zukunft. Im anbrechenden Jahrtausend der Reproduktionstechnologie ist zu erwarten, dass der anthropologische Mega-Trend zur funktionalen Ausdifferenzierung auf unsere Lieblingsorgane übergreift und dort zu einer gewaltigen Auswanderungsbewegung führt: Zur Auswanderung der Reproduktionsfunktion aus dem Körper.

In dieser Perspektive erhebt sich die Frage nach dem weiteren Schicksal eines Organs, dessen Bauweise evolutiv der Funktion der Reproduktion entsprungen ist. Was wird sie für uns sein, die dysfunktionale Restvagina im postproduktiven Stadium? Schon die Erfindung der Pille hat das Kindermachen und das Lustmachen ein Stück weit voneinander abgekoppelt. Der vollständige Verlust der Gebärfunktion würde diese Entwicklung einen Schritt weiter führen – bis zu einem Punkt, an dem sich die Frage erhebt, in welchem Zusammenhang Gebärfunktion und Lustfunktion stehen und ob dieser Zusammenhang, der momentan als Möglichkeit, Gefahr, Hoffnung und sinnstiftende Metapher existiert, zur Gänze auflösbar ist.

Um die Zukunft jenes Organs, das wie kein anderes unser Interesse weckt, ins Auge zu fassen, muss man kurz dessen Vergangenheit resümieren. Der Anfang der Vagina liegt buchstäblich im Dunklen. Das Organ galt als Nichtorgan, Fehlstelle, Lokalisation von Abwesenheit. Diente, wenn wir der großen Erzählung des Feminismus auf diesem Gebiet Glauben schenken, bloß dem Manne, dem es Reibfläche war fürs Schwefelhölzchen seiner Lust und Gärtlein, in dem er seinen Stammbaum einpflanzte. Im Verhältnis zu weiblichen Interessen sei das unbetrachtbare Nichtorgan funktionsfrei gewesen. Demnach hätten unsere Großmütter noch eine garantiert spaß- und orgasmusfreie Vagina besessen, so etwas wie einen tauben Einfüllstutzen für den Treibstoff der männlichen Auto-Poiese.

Unsichtbarkeit und Unfühlbarkeit verbanden sich zu einem idealen Projektionsraum für Wünsche wie für Ängste. Die Differenz von Sein und Nichtsein, phallisch und kastriert, die Pforte zu jenem Tod, der dem Leben vorausgeht, sie lagen in jenem Dunklen und Vagen, zu dessen Schreckensabwehr eine Benennung in lateinischer Sprache nötig war – in der Vagina. Um diese Differenz zu versinnbildlichen, projizierte man Zähne in sie, es entstand das Phantasma der „Vagina dentata“. Auf der Einbahnstraße des entspringenden Lebens wurde ein geisterfahrerischer Gegenverkehr etabliert,

ein „highway to death“. Analog zur Angst, die Toten könnten zurückkehren, wurde der Vagina die Macht der Reversibilität des aus ihr entsprungenen Lebens zugesprochen: Pussylein hat dich zum fressen gern! Die imaginären Zähnchen waren immerhin die ersten virtuellen Geschlechtsorgane, lange vor Gentech und Sexdatenhighway. Sie machten den Lebensquell zur Umkehrform der Gespenstergruft.

Eine andere Erzählung der Vaginalgeschichte lautet: Frauen konnten so lange problemlos Reize fühlen und auf Penetration mit Orgasmus reagieren, bis die Sexaufklärungswelle das Organ mit Leistungszwang belegte und so die Orgasmusbehinderungen erzeugte, die zu heilen justament jener Sexdokter bezahlt werden musste, der durch seinen wissenschaftlichen Problematisierungsdiskurs das Organ taub gemacht hatte. Für diese These spricht, dass nicht die Dauer und Intensität der mechanischen Reizung, sondern der kulturelle Interpretationsrahmen, ein funktionierender Code und das dialogische Setting entscheiden, ob eine Vaginalreizung als grauenhaft, bedeutungslos oder ekstatisch-himmlich erfahren wird. Frauen können innerhalb des von der Moderne weitgehend ausgetilgten Paradigmas der „Leidenschaft“ genauso schnell den Orgasmus erreichen wie Männer. Das Vaginalerlebnis der Frau besteht aus zwei Komponenten: aus taktilen Reizen und kulturellen Vorstellungen. Letztere bilden den Grundstock der Kompetenz der Vagina für die Lokalisation von Virtuellem.

Neben dem Aufklärungsdiskurs und der Orgasmuspflicht etablierte sich in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts als weitere Instanz der Desensibilisierungspolitik der Feminismus. Er argumentierte, die Vagina enthielte keine Nervenenden und sei daher fühllos, die Klitoris sei das allein für erotische Reize zuständige Organ – weibliche Lust an Penetration sei folglich ein Verrat an der Sache der Frau, ideologisches Überläufertum zur Seite des Patriarchats. Der vaginale Orgasmus sei ein bösartiger, egoistischer Mythos, erfunden von sogenannten „Schwanzträgern“ zur Legitimation ihrer Existenz als Dauervergewaltiger.

In den Achtzigerjahren wurde von einem Arzt der G-Punkt gefunden/erfunden – der erste sexpolitische Vorstoß des Männergeschlechts zu einer wenigstens punktuellen Wiedereinführung von Fühlkompetenz in den Geburtskanal. Die nächste historische Stufe wurde in den Neunzigerjahren erreicht, als feministische Lesben als einzig voll legitime sexuelle Nutzerinnen von Frauenkörpern die Vagina als Spielwiese nicht mehr entbehren wollten und für sich reklamierten. „Der G-Punkt, ein Punkt, nach einem Mann benannt, Herrn Doktor Graefenberg, das ist so eine typisch männliche Abstraktion und Reduktion. Der G-Punkt, das ist kein Punkt, das ist ein Feld!“ – diesen Satz, eine Wende der feministischen Organpolitik von größter historischer Tragweite, hörte ich in einer Podiumsdiskussion, veranstaltet von der lesbisch-feministischen Verlegerin Claudia Gehrke in Tübingen,

also gleichsam von offizieller Stelle, ex cathedra. Die selbe politische Bewegung, die der Vagina einst ihre Sensibilität programmatisch aberkannt und ausgetrieben hatte, forderte diese nun in Feldgröße zurück. Meine Freude über den Wiedereintritt legitimer Fühlsamkeit an einen Ort, an dem ich sie insgeheim immer schon vermutet hatte, war unbeschreiblich groß. Erst ein Punkt, dann ein ganzes Feld, die Tendenz zur kompletten Resensibilisierung schritt unaufhaltsam voran und machte ein archaisches Organ fit for the future, bereit für den Eintritt ins Zeitalter von Elektronik und Daten-Verkehr.

Historisch bedeutsam in unserem Zusammenhang erscheint auch die japanische Erfindung eines Vibrators, der sich von der Naturnachahmung des männlichen Geschlechtsorgans emanzipiert hat und ergonomisch ganz auf die Optimierung der Vaginalreizung hin entworfen ist – rotierende Perlen modifizieren die Oberfläche des Stabs, der Kopf schwingt und kreist um den Gebärmuttermund, ein Zünglein leckt und surrt beflissen nebenbei. Alle Funktionen sind elektronisch programmierbar und einzeln regelbar, wie sich versteht. Ideologisch ergänzend und zeitgleich zu diesem Gerät wurde die „unsichtbare Riesenklitoris“ gefunden/erfunden. Sie löst – scheinbar organologisch – den alten politischen Konflikt um die Stellen, wo Frauen fühlen dürfen, indem sie die in der Vagina gefühlten Reize kurzerhand zu Klitorisreizen erklärt. Die Vagina von heute ist eine nach innen gewachsene Totalklitoris, die – das ist im feministischen Kontext wichtig – an Größe den männlichen Penis überragt. Dieser anatomische Diskurs gab erstmals der fühlenden Vagina den Segen vollständiger politischer Korrektheit.

Mit diesem letzten Schritt wurde die Vagina reif fürs dritte Jahrtausend, für die Auswanderung der Reproduktionsfunktion und für die Einwanderung der Datenübertragungsfunktion. Nicht mehr Produktionsweg, sondern Aufzeichnungsfläche für Reize, Scanner für die Bewegungsmuster von Penissen und verbesserten Stimulationsgeräten, Daten-Handschuh, holographischer Cave und Wetware-Interface für erotische Information, das ist der Seins-Status der Vagina moderna. Sie hat, als invertierte Riesenklitoris, ihre Zukunft als „docking-station“ für die Applikationen des Cyber-Sex. Zudem als „Steckdose“ für den Elektrosex, jene neueste technische Entwicklung, die hochgespannte Impulse direkt auf die Nervenleitungen überspringen lässt und der Hautreizung funktional nicht mehr bedarf.

Die Chancen für den Penis, in der Konkurrenz mit hochtechnologischen Vaginalreizungsmaschinen noch zu bestehen und in postfunktionale Daten-Vaginae eindringen zu dürfen, kann sich dann nur noch aus dem weiblichen Bedürfnis nach nostalgischer Romantikinszenierung und männlicher Kompetenz dazu ableiten. Technische Geräte wandeln sich nach ihrem historischen Funktionsverlust stets in ästhetische Darstellungsmedien: Alte Spinnräder zieren die Wände von

Restaurants, mit Segelschiffen reist man nicht, man kreuzt. Ähnlich wandelt sich die Vagina der Zukunft zu einer ästhetischen Variante von Blinddarm, der Penis wird entsprechend zum zierlichen Wurmfortsatz, einer technisch überholten Sorte von Joystick.

Das alles ist schön und gut, differenzierend und gesund, befreiend und wünschenswert. Ein Problem jedoch blieb bisher ungelöst: Wenn die Vagina nur noch Datenschnittstelle und Informationsüberträgerin ist, wovon handeln die Bilder, Mythen und Szenen, aus denen der Interpretationsrahmen der Reizmuster sich zusammensetzt? Woraus können die übertragenen Daten ihren Sinn und ihre Bedeutung beziehen, nachdem ihnen ihre existenzielle Referenz, der Ausgangspunkt ihrer Metaphorisierung, verloren gegangen ist? Worum wird es gehen in den Geschichten, die sich um die Vagina drehen (drehen sich nicht alle Geschichten, vom Groschenroman bis zum Hollywoodfilm, letztlich um die Vagina?), wenn jene Nabelschnur, die auch noch den emanzipiertesten und artifiziellsten Sex symbolisch an die Kernfragen von Leben und Tod und Herkunft und Fortbestand rückbindet, durchtrennt ist? Wird das erotische Zeichensystem noch funktionieren, nachdem den vaginal medialisierten Zeichen ihr gefährlicher Referent, von dem sie sich loslösen wollen, tatsächlich abhanden gekommen ist?

Wir wissen es nicht. Doch es könnte sich herausstellen, dass der Sinn von funktionsfreiem Sex sich einer lustvollen Verleugnung und Verneinung der Reproduktionsfunktion und ihrer existenziellen Gefahrenmomente verdankt. Warum spielt niemand Roulett ohne Einsatz und ohne Gewinn? Wie steht es um den Spaß eines Simulations-Spiels, nachdem man das Simulierte vergessen hat, und in dem es um nichts geht? Am Ende der Geschichte der Vagina könnte sich herausstellen, dass in der funktionsbereinigten Datenhöhle den Geschichten, die in ihr und von ihr erzählt werden, die Pointe abhanden gekommen ist. Daher ist die Cybervagina zwar technisch machbar, sie ist als Überbietung bisheriger Verneinungsformen der natürlichen Dimension des Sex auch wünschbar, könnte aber dennoch in ihrer neuen Funktion als Daten-Interface an übermäßiger Selbstreferenz der in ihr kommunizierten Zeichen, an tautologischer In-sich-Spiegelung von reizendem Sein und erotischem Sinn, scheitern. Ihre Befreiung zum universal anschlussfähigen Sextoy-Adapter hätte ihr dann die Zähne gezogen, die einstige Höhle höchster Wonnen und tiefster Schrecken hätte den Biss verloren. In diesem Falle müsste man wohl versuchen, die ganze Geschichte rückabzuwickeln und der Vagina wieder ihre bösarigen Zähnchen einsetzen. Die organologische Gesamthistorie hieße dann: Von der Vagina dentata zur Daten-Vagina – und retour.

*Dr. Wolfgang Pauser ist „Dr. Pauser“ und Kulturwissenschaftler in Wien.*

# Borderliner

Iris Kugler

SexarbeiterInnen (stigmatisierend Prostituierte genannt), haben in Ausübung ihres Gewerbes, das keines ist, einen Mindestabstand zu Schulen, Kirchen, Krankenhäusern und Kasernen einzuhalten, egal ob tagsüber oder nachts. Von ihnen strahlt so viel sittliches Übel aus, dass RepräsentantInnen wahrer Werte (egal, ob lebendig oder aus Beton) vor ihnen geschützt werden müssen. Egal auch, ob sie deren Dienste in Anspruch nehmen und somit deren Präsenz heraufbeschwören. Bestraft und stigmatisiert wird das „deviante“ Verhalten der Frauen.

KlientInnen und Lohnabhängige der FPÖ-Zentrale in der Kärntnerstraße sind so schutzwürdig, dass dort ganztägig ein Wachorgan steht. Nachdem Ausgrenzung und Biertischlogik zum Regierungsprogramm mutiert sind, endet die Meinungs- und Bewegungsfreiheit derer, die davon bedroht werden, vor den weißen Absperrungsgittern. „Is-men“ hingegen finden dieser Tage wenig Grenzen.

Frauen wiederum, die beispielsweise in der Nähe des Schwangerenambulatoriums am Fleischmarkt Einkäufe erledigen wollen, werden nicht nur nicht geschützt. Ihnen wird seit Jahren von den dort stationierten AntiabtreibungsfanatikerInnen signalisiert, dass ihnen dieser öffentliche Raum nicht zur Verfügung steht. Macht frau den Fehler der Klinik zu nahe zukommen und gebärfähig zu wirken, darf sie sich als Kindsmörderin beschimpfen und duzen lassen, während sie mit Plastikföten bedroht wird. Als besonders „empatisch“ dürfte dieses Verhalten von Frauen empfunden werden, die die Prozedur einer Abtreibung gerade hinter oder vor sich haben und diesen Speißrutenlauf aufnehmen müssen. In der Nähe einer solchen Klinik kann das vergleichsweise stille Handeln einer Sexarbeiterin als Ruhestörung und Ordnungsverstoß geahndet werden. Nicht geahndet wird hingegen die tagtägliche Belästigung und Nötigung von Passantinnen. Von öffentlicher Seite wurde bislang nichts Schutzwürdiges entdeckt, was die Präsenz eines Polizisten vor der Türe der Klinik rechtfertigen würde oder das Erlassen einer Verordnung. Wie man ja auch weiß, dass militante AbtreibungsgegnerInnen kaum je zur Gewalt neigen – siehe Amerika. Die Bannmeilen, die Sexarbeiterinnen üblicherweise einzuhalten haben, könnten hier gute Dienste leisten, wenn auch die Gefährdung vielleicht nicht ganz dieselbe ist.

Die Meinungsfreiheit der AbtreibungsgegnerInnen geht jedoch weit über alles, vor allem weit über das Recht der Frauen, den öffentlichen Raum unbelästigt in derselben Weise in Anspruch zu nehmen, wie dies für jeden Mann der dort ungestört spaziert, selbstverständlich ist.

## Der Vergleich macht Sie sicher

Als fiktionaler Vergleich bietet es sich an, an UmweltschützerInnen zu denken, die sich bei Tankstellen vor Autos werfen und rufen: „Bring den Wald nicht um, tu es nicht, du wirst es bereuen.“ Und vielleicht kleine Plastiktannenbäume verteilen. Wie lange wäre deren Meinungsfreiheit mehr wert, als die Bewegungsfreiheit der AutofahrerInnen und der Umsatz der Tankstellenbesitzenden?

Die Werbefreiheit, als Unterfall des Rechts auf Meinungsfreiheit, ist eine weite Fläche und der öffentliche Raum wird noch einmal neu definiert, wenn es um das wirklich große Geld geht. Eine Klinik für künstliche Befruchtung macht werbewirksam deutlich, worum es wirklich geht und was Macht bedeutet. So ließ ein talentierter Fertilisationskünstler sein Endprodukt gleich für sich selbst sprechen. Eine weichgezeichnete überdimensionale Babybauch, zeugt von des Doktors Möglichkeit und Fähigkeiten. Und weil halt Sex irgendwie doch sellt hat man die Frau am Bauch gleich drangelassen und sie so via Plakat zum öffentlichen Werbebaum für den begnadeten Herrn Doktor samt seiner wohlfeilen Klinik erklärt.

Wenn aber der Wunsch oder Nichtwunsch nach Kindern grundsätzlich als Ausdruck einer persönlichen Gestaltungsfreiheit gleichwertig ist, dann reicht die Werbefreiheit der Fertilisan-

ten schon auffällig weit, nämlich bis in den Unterleib ihrer verzweifelten Klientel, während Verhütung und Abtreibung immer noch tabuisiert werden.

## Subvention und Kontrolle

Dass, in Ermangelung eines inländischen Nachwuchses an SteuerzahlerInnen der Wunsch nach Kindern mit ca S 100.000,- auf Krankenschein subventioniert wird – als Nebeneffekt wird auch der talentierte Herr Doktor nicht verhungern – vervollständigt die Diskrepanzen. Hingegen haben ungewollt Schwangere nicht einmal einen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Ersatz der Abtreibungskosten gegen den Erzeuger der Schwangerschaft, geschweige denn via Krankenschein gegenüber dem Staat. Dass die Meinungsfreiheit (Werbefreiheit) einer Abtreibungsklinik je bis zu einer Plakatwand vordringt und dort genauso für ihre Dienste wirbt, fällt unter Science Fiction.

Die Forderung der Frauen, Abtreibungen auf Krankenschein zu ermöglichen, stammt aber aus einer Zeit, wo In vitrofertilisation so realistisch war, wie von Scotti auf die Enterprise gebeamt zu werden, und alle Welt dachte, dass die Verwirklichung von Gleichheit und Demokratie nur eine Frage der Zeit sei. Bannmeilen, egal ob implodierend bis in den weiblichen Unterleib oder exzessiv nach außen versetzt, damit die (weibliche) „Unmoral“ nicht überhand nimmt, sodass von den Menschenrechten jeweils nicht mehr viel übrig bleibt, spiegeln den Trend. Einen Trend, der Frauen Entscheidungen zunehmend abnimmt und somit auch die damit verbundene Freiheit. Während neoliberale Optimierungskreative dem Geldgott alles opfern, passiert die dazupassende Politik. Frauen sind dem Regierungsprogramm nur als Mütter Erwähnung wert und die Kontrolle der weiblichen Sexualität wird somit wiederhergestellt.



# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat .....

Erscheinungsweise: vierteljährlich

## Themen im Jahr 2000:

**Nummer 3/2000:** EU-Grundrechtscharta: Neue Kleider für den Kaiser

**Nummer 4/2000:** Go East! Europäische Integration

## HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Birgit Feldner, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, Mag<sup>a</sup>. Maria Windhager für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Information, A-1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

## Das Redaktionsteam:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Mag. Wolfgang Beran, Dr. Sepp Brugger, ao. Univ.-Prof. DDr. Nikolaus Dimmel, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Univ.-Ass. Mag<sup>a</sup>. Elisabeth Holzleithner, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Mag<sup>a</sup>. Katharina Echsel, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Walter Suntinger, Mag<sup>a</sup>. Martina Thomasberger, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Mag. Valentin Wedl, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin.

.....

**Ich bestelle das juridikum:** (Seite einfach kopieren, ausfüllen und absenden!)

|                                 |                          |
|---------------------------------|--------------------------|
| <b>Jahresabonnement</b>         | zum Preis von à öS 360,- |
| <b>StudentInnenabonnement*)</b> | zum Preis von à öS 240,- |
| <b>Förderabonnement</b>         | zum Preis von à öS 600,- |

Es gelten die AGB des Verlag Österreich, Preisangaben inkl. MwSt, exkl. ATS 100,- Porto und Versandkosten.

\*) Nur gültig bei Übersendung einer Inskriptionsbestätigung.

### Absender

Name/Kanzlei .....

Kontaktperson .....

Straße .....

PLZ/Ort .....

Telefon .....

Datum/Unterschrift .....

**Telefax: (01) 610 77-589**

**Verlag Österreich – Vertrieb**

**Rennweg 16**

**A-1030 Wien**