

nr 2/2011

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Queering Family Law

recht & gesellschaft

Intervention in Libyen
Zwangsverheiratung
EMRK-Beitritt der EU
Friedrich Nietzsches Rechtsdenken
Strafrecht und Geschichte in Osteuropa

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Ines Rössl und Joachim Stern

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Die gefährliche „Neutralität“ der JuristInnen

Ines Rössl

Im Jahr 1952, drei Jahre vor seinem Tod, schrieb der hochrangige österreichische Rechtswissenschaftler Robert Bartsch (1874–1955) nicht gerade bescheiden über sich selbst: „Am Weltgeschehen habe ich immer mit viel Interesse und meist auch mit dem Herzen teilgenommen. Dabei bin ich stets mit meinen Sympathien auf einer Seite gestanden, immer für mein Vaterland, mein Volk und meine Heimat, gegen Ausbeutung und Tyrannei, für sozialen Fortschritt, Frieden und Freiheit, gegen Radikalismus von rechts und links, immer für vorläufige Kompromisse, immer für das Gute gegen das Schlechte. Aktiv habe ich mich an der Politik nie beteiligt. Mein kritischer Sinn als Gelehrter und Richter lehnte die Bindung an Schlagworte ab und machte mir das Parteiwesen unerträglich.“¹

Was sich über Bartschs Lebenslauf und Publikationstätigkeit herausfinden lässt, vermittelt allerdings ganz und gar nicht das Bild eines „kritischen Gelehrten“, der stets auf der Seite von „Frieden und Freiheit“ stand.

Bartsch, der aus einer Juristenfamilie stammte und seine Laufbahn als Hilfsrichter begonnen hatte, lehrte seit 1905 an der Universität Wien, zunächst als Privatdozent, später als außerordentlicher bzw ordentlicher Professor mit einer *Venia* für Deutsches und Bürgerliches Recht. Daneben war er zwischen 1906 und 1921 Ministerialbeamter im Justizministerium, wo er es bis zum Sektionsrat brachte, und im Ministerium für Soziale Verwaltung (dort schließlich auch als Sektionsleiter). 1922 wechselte er an den Verwaltungsgerichtshof (später Bundesgerichtshof) und stieg 1932 zum Senatspräsidenten auf.²

Im März des Jahres 1934 hielt es Bartsch für seine vorrangige Pflicht, die neu erlassenen Rechtsnormen des austrofaschistischen Staates zu systematisieren und ihre Anwendung zu erleichtern. Bartsch schrieb im Vorwort der von ihm herausgegebenen Rechtsquellenammlung: „Seit März 1933 hat in Österreich eine lebhafteste, zum Teil tief in das bisherige Recht eingreifende Gesetzgebung eingesetzt. Das Versagen der parlamentarischen Körperschaften hat die Regierung genötigt [sic! – Anm IR], gestützt auf mehrere

1 *Bartsch*, Robert Bartsch, in: *Grass*, Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen (1952), 38.

2 *Pakes*, Beiträge zur Geschichte des Lehrkörpers der juristischen Fakultät der Universität Wien zwischen 1918 und 1938 (Diss, 1981), 37f; *Bartsch*, ebd.

ältere Ermächtigungsgesetze, eine große Zahl von Rechtsnormen im Verordnungswege in Wirksamkeit zu setzen. [...] Es ist somit zu hoffen, dass die in ihrer Gestalt für Österreich jedenfalls neuartige Sammlung den Bedürfnissen der Praxis in jeder Weise entgegenkommt und dass sie dazu beitragen wird, die neuen Rechtsnormen in das Rechtsleben einzuführen und ihre Anwendung zu erleichtern.“³ In Form eines Geleitworts von Kurt Schuschnigg (damals Justiz- und Unterrichtsminister) erhielt die Quellensammlung auch noch das staatliche „Gütesiegel“.

Nach dem Anschluss an das Deutsche Reich 1938, als die Universitäten „gesäubert“ wurden⁴, hatte Bartsch kurzfristig „Legitimationsprobleme“ aufgrund des obgenannten Schuschnigg-Vorworts und seiner Tätigkeit als Senatspräsident des Bundesgerichtshofs. Er wurde zwischenzeitig seiner Venia enthoben, erhielt sie jedoch 1939 wieder, da er im Überprüfungsverfahren nachweisen konnte, dass er immer deutschnational gewesen sei (er war aktiv im Deutschen Klub⁵, der Deutsch-Österreichischen Arbeitsgemeinschaft und der Gesellschaft der Rechtswissenschaft gewesen).⁶

Bartsch wurde Honorarprofessor und trat 1940 der NSDAP bei.⁷ 1943 erschien sein Zivilrechtslehrbuch mit dem Titel: „Bürgerliches Recht mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in den Donau- und Alpengauen“. Es handelt sich um ein seltsames Splitterwerk, dem man seinen geschichtlichen Kontext über weite Passagen nicht anmerkt, das aber an anderen Stellen vor nationalsozialistischen „Glaubenssätzen“ nur so strotzt.⁸

Bartsch folgt der NS-Ideologie und -Terminologie auf voller Linie. Vgl beispielsweise: „Die Abwegigkeit einer rein formalen Juristerei hat zu allen Zeiten Kritik und Spott gefunden. Die zu Denkspielereien (Talmud!) und damit zur Rechtsverdrehung führende Tätigkeit der hierfür besonders begabten jüdischen Juristen ist uns als Entartung wahrer Rechtspflege noch in lebhafter Erinnerung.“⁹ Oder auch: „Ziel der Erziehung ist der

3 Bartsch, Vorwort, in Bartsch (Hrsg), Das Neue Österreichische Recht. Ergänzbare Sammlung der seit Mitte März 1933 erlassenen Rechtsquellen des Bundes mit Erläuterungen. Mit einem Geleitwort des Bundesministers für Justiz und Unterricht Dr. Kurt Schuschnigg (1934).

4 Allein im Fachbereich Zivilrecht wurden 1938 acht Lehrende entlassen, weil sie „jüdisch“ nach den Nürnberger Rassegesetzen waren: Albert Ehrenzweig sen, Albert Ehrenzweig jun, Josef Hupka (der später im KZ Theresienstadt starb), Heinrich Klang (der nach Theresienstadt deportiert wurde und überlebte), Felix Kornfeld, Arthur Lenhoff, Oskar Pisko und Achill Rappaport. Vgl Rathkolb, Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien zwischen Antisemitismus, Deutschnationalismus und Nationalsozialismus 1938, davor und danach, in: Heiß et al (Hrsg), Willfähige Wissenschaft. Die Universität Wien 1938–1945 (1989), 212; sowie Vetricek, Die Lehrer der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, die 1938 entlassen wurden (Diss 1980), 69, 75.

5 Zum Deutschen Klub vgl Rosar, Deutsche Gemeinschaft. Seyss-Inquart und der Anschluss, (1971), 37–45.

6 Vgl Rathkolb, ebd.

7 Vgl ebd, 212 f.

8 Dabei stellen die angeblichen Manifestationen nationalsozialistischen Rechtsdenkens (zB Inhaltskontrolle von Verträgen, Eigentumsbeschränkungen etc) keineswegs eine Neuerung dar, werden aber als genuin nationalsozialistische Erfindung präsentiert.

9 Bartsch, Bürgerliches Recht mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in den Donau- und Alpengauen (1943), 8 f.

körperlich und seelisch gesunde, sittlich gefestigte Mensch, der rassebewusst in Blut und Boden wurzelt und Volk und Recht verpflichtet und verbunden ist.“¹⁰

Angesichts dieser deutlichen Worte aus Bartschs Feder verblüfft seine nur zehn Jahre später publizierte Selbsteinschätzung, in der er sich fern von „Radikalismus“ und „Schlagworten“ wähnt und betont, sich „nie aktiv“ an Politik beteiligt zu haben.

Bartsch scheint immer mit dem Strom geschwommen zu sein. Was auch immer das jeweils herrschende System von ihm verlangte, hat er eifrig geleistet. Ein Rechtswissenschaftler im Dienste des Staates. Ob sein Verhalten in Austrofaschismus und Nationalsozialismus ideologischen Überzeugungen, karrierebewusstem Opportunismus oder bedingungsloser Loyalität gegenüber jeglicher staatlichen („Recht“ setzenden) Autorität entsprang, lässt sich schwer feststellen.

Es geht auch hier im Grunde nicht um die Person Robert Bartsch. Es geht um das Selbstverständnis der Rechtswissenschaften und ihre ambivalente Nähe zum jeweiligen Staats- und Herrschaftssystem.

In seiner rückblickenden Selbsteinschätzung aus dem Jahr 1952 kontrastiert Bartsch das Juristische und das Politische. Als Rechtswissenschaftler habe er sich „nie aktiv“ an der Politik beteiligt, bloß dem „Vaterland“ gedient und sich sonst auf keine Seite geschlagen. Aus dieser Perspektive erscheint der Staat als neutrale Mitte, erhaben über „Radikalismus“ und „Tyrannei“, und die Systemerhaltung mit Hilfe der Rechtsdogmatik als unparteiische Dienstleistung für die Allgemeinheit.

Wie der Fall Bartsch zeigt, handelt es sich jedoch bei dem verbreiteten Diktum von der politischen Neutralität der JuristInnen um einen gefährlichen Trugschluss: Auch eine „passive“ Beteiligung an Politik hat ihre Folgen. Wir können es uns nicht leisten, auf keiner Seite zu stehen. Sonst steht man womöglich, ehe man es sich versieht, auf der falschen.

Ines Rössl ist Rechtsanwaltsanwältin in Wien und Mitherausgeberin des *juridikum*.

10 Ebd, 51.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 137 Die gefährliche „Neutralität“ der JuristInnen
Ines Rössl

merk.würdig

- 142 Aufbruch der Geschlechterordnung? Hijras: Indiens drittes Geschlecht
Bericht über die 16. Innsbrucker Gender Lecture von Renate Syed
Heidi Siller/Caroline Voithofer
- 146 „Geld ist niemals ortsüblich“
Der Verhaltenskodex des Innenministeriums: Unsere Werte. Unsere Wege.
Marianne Schulze
- 152 Erinnerungsarbeit: Die zerschlagene Demokratie – Österreich 1933–1938
Politisch und historisch getragene Mythen des Regime Dollfuß/Schuschnigg
Miriam Broucek
- 155 Wider die Cyberutopie in der Weltpolitik
Twitter und Facebook machen noch keine Revolution
Matthias C. Kettemann

recht & gesellschaft

- 159 The 2011 Libyan Uprising, Foreign Military Intervention, and International Law
Christian Pippan
- 170 Kosmetische Symbolik. Die Rechtsentwicklung zur Verhinderung von Zwangsehen
in Deutschland und Österreich
Moritz Assall/Karl Marxen
- 178 Der EMRK-Beitritt der EU
*Eine kritische Darstellung zum Spannungsfeld von effektivem Rechtsschutz und
Rechtsautonomie der EU*
Paul Gragl
- 186 Zwischen Materialismus, Ressentiment und Heldentum.
*Genealogie des Rechts, Radikale Rechts- und Gesellschaftskritik und Huldigung
der Stärke bei Nietzsche*
Christopher Pollmann
- 197 Die Strafbarkeit der Leugnung kommunistischer Verbrechen in (Ost-) Europa
Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrecht, Geschichte und nationaler Identität
Hannes Püschel

thema

- 207 Vorwort: Queering Family Law
Marion Guerrero/Ilse Koza/Brian-Christopher Schmidt
- 210 Zwischen Subversion und Normalisierung
Zur Debatte um die rechtliche Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Beziehungen
Elisabeth Holzleithner
- 217 Das österreichische EPG – Ein Kompromiss oder ein Schritt in Richtung Gleichberechtigung?
Der Versuch einer kritischen Analyse
Lisa Morawek

- 224 Etappensieg für gleichgeschlechtliche Paare in Lateinamerika – wie aus Partner_innen Eheschließende werden
Ilse Koza
- 234 Domesticating life partnerships in South Africa
Anne Louw
- 244 Let's Go Sperm Shopping. Rechtliche Beschränkungen und faktische Möglichkeiten
Caroline Voithofer/Magdalena Thöni
- 261 The Biopolitics of Gender in Iran: How a "Third Gender" has formed
Donna D. Azoulay

nach.satz

- 270 Mit oder ohne Männer? - Eine anhaltende Kontroverse
Nina Eckstein

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN: 1019-5394

HerausgeberInnen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Ines Rössl und Joachim Stern

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Frau Eva Schnell
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
e.schnell@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Ingrid Faber
i.faber@verlagoesterreich.at

Preis:

Jahresabonnement: Euro 55,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,-
Probebezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Miriam Broucek, Lukas Dvorak, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Ronald Frühwirth, Marion Guerrero, Elisabeth Hörtlehner, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice Wagner

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien), Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz), Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth Holzleithner (Wien), Eva Kocher (Frankfurt an der Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe

(Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somet (Iowa), Richard Soyer (Wien/Graz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Beata Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Wien)

AutorInnen dieser Ausgabe:

Moritz Assall, Donna D. Azoulay, Miriam Broucek, Nina Eckstein, Marion Guerrero, Paul Gragl, Elisabeth Holzleithner, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Anne Louw, Karl Marxen, Lisa Morawek, Christian Pippan, Christopher Pollmann, Hannes Püschel, Ines Rössl, Brian-Christopher Schmidt, Marianne Schulze, Heidi Siller, Magdalena Thöni, Caroline Voithofer

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführer: Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G. Brauer) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift juridikum. Der Werkstitel „juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und brauchbare Information“, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien. Die grundlegende Richtung des juridikum ergibt sich aus den Statuten des Vereins CONTEXT und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte. Erscheinungsort: Wien.

Layout und Satz:

b+R satzstudio, graz
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Ronald Frühwirth: r.fruhewirth@kocher-bucher.at

Ines Rössl: ines.roessler@univie.ac.at

Joachim Stern: joachim.stern@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Aufbruch der Geschlechterordnung? Hijras: Indiens drittes Geschlecht

Bericht über die 16. Innsbrucker Gender Lecture von Renate Syed¹

Heidi Siller / Caroline Voithofer

Renate Syed, Indologin und Kulturwissenschaftlerin, führte die zahlreich erschienene Zuhörer_innenschaft am 12. April im Hörsaal 3 der sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultäten der Universität Innsbruck in eine Welt, die auf den ersten Blick jenseits der Bipolarität der Geschlechter und auch der Heteronormativität zu bestehen scheint.

Syed fesselte das Publikum mit Erzählungen über Hijras in Indien und Pakistan. Hijras sind Menschen, geboren in „einem männlichen Körper und mit einer weiblichen Seele“, die sowohl nach ihrem Selbstverständnis als auch nach dem kulturell geteilten Verständnis in Indien und Pakistan weder Mann noch Frau, sondern eben das dritte Geschlecht – Hijra – sind. Hijras repräsentieren Vielfalt: Sie können anatomisch männlich, intersexuell oder androphil sein. Sie können sich zum Beispiel hinsichtlich ihres Körpers und ihrer sexuellen Orientierung unterscheiden. Die idealtypische Hijra lässt sich die männlichen Geschlechtsorgane durch Kastration entfernen. Die davon zeugenden Narben zeigen Hijras in der Öffentlichkeit voll Stolz. Generell verstecken sich Hijras nicht, sondern treten in der Öffentlichkeit selbstbewusst auf.² Ihr Körper ist weder männlich noch weiblich. Hijras versuchen nicht Frauen zu sein oder ihr Verhalten an das einer Frau anzugleichen, sondern sie gelten als erfolgreich, wenn sie als Hijras erkannt werden. Das äußere Erscheinungsbild einer Hijra ist geprägt durch langes Haar, Kleider, Schmuck, Ornamente und Make-Up. Hijras sind bunt und laut und fallen im öffentlichen Raum auf. Sex zwischen Hijras gilt als homosexuell und Sex zwischen (männlichem) Freier und Hijra als heterosexuell. Die – ausschließlich männlichen – Freier gelten als trisexuell, wenn sie neben Hijras auch mit Männern und Frauen Sex haben. Für die Freier ist es nicht sozial verächtlich, zu einer Hijra zu gehen. Sie tragen dies aber meist dennoch nicht nach außen. Die Freier unterhalten häufig jahrelange Beziehungen zu einer Hijra und unterstützen sie finanziell.

1 Die Innsbrucker Gender-Lectures sind unter <http://www.geschlechterforschung.at> nachhörbar. Renate Syed ist Lektorin an der Universität München.

2 Syed sprach in diesem Zusammenhang von „Hijra-Pride“.

Hijras haben in Indien und Pakistan eine lange Tradition und dienten bis zur britischen Kolonialzeit des 19. Jahrhunderts am Hof der Herrscher. Die Kolonialzeit brachte ihren Ausschluss aus dem staatlichen Recht mit sich. Der Ausschluss gipfelte im Jahr 1871 in der Kriminalisierung von Hijras im „Act No. XXVII for the Registration of Criminal Tribes and Eunuchs“. Erst im Sommer 2009 wurden sie wieder als drittes Geschlecht, „others“ oder „Eunuch“ im staatlichen Personenstands- und Wahlrecht anerkannt. Ausschlaggebend dafür war eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Indiens.

Die fehlende Anerkennung durch das staatliche Recht konnte nichts an ihrer faktischen Existenz ändern. Syed unterschied in ihrem Vortrag drei Räume: den öffentlichen, staatlich regulierten Raum; den familiären, staatlich weniger regulierten Raum; sowie die Hijra-Häuser.

Hijras leben in Hausgemeinschaften mit einer Guru. Die Hijras eines Hauses verstehen sich als Schwestern und unterhalten miteinander keine sexuellen Beziehungen. Die Guru bestimmt die Regeln des Zusammenlebens innerhalb des Hijra-Hauses. Es handelt sich um quasi Hausrechte. Der Zugang zu Hijra-Häusern steht lediglich Hijras und ihren (männlichen) Freiern offen.

In den Biographien von Hijras zeichnet sich ab, dass Kinder oft bereits ab einem Alter von circa drei Jahren wissen, dass sie die männliche Rolle nicht erfüllen können. Oft vergehen aber noch Jahre bis sie sich bewusst werden, dass sie Hijras sind. Meist geschieht dies dadurch, dass sie andere Hijras auf der Straße sehen oder aus Erzählungen von Hijras erfahren. Dann beginnen sie die Suche nach einer Guru, um die sie werben. Syed beschrieb, dass die Aufnahme in ein Hijra-Haus und die Annahme als Hijra mit meist jahrelangem Werben um die Guru verbunden ist. Die Guru nimmt im Idealfall die zwischenzeitlich bereits adoleszenten und anatomisch männlichen Jugendlichen als ihre Schülerinnen auf. Die Gurus nehmen keine Kinder oder Jugendliche vor vollendetem 18. Lebensjahr in ihr Haus auf, um Konflikte mit deren Eltern oder der Polizei zu vermeiden.

Auch zwischen den verschiedenen Hijra-Häusern werden über die Gurus Regeln für das Zusammenleben vereinbart. Diese Regeln betreffen etwa das Abgrenzen des Wirkungsbereichs des einzelnen Hauses im öffentlichen Raum, denn Hijras sind durch ihre Tätigkeiten in der Rest-Gesellschaft vom Staat wirtschaftlich unabhängig. Sie verdienen ihren Unterhalt überwiegend durch Betteln³, Prostitution und Segnungen von Neugeborenen und Bräutigamen. Die Guru bestimmt für die Hijras ihres Hauses, welche Tätigkeiten sie mit wem/für wen ausführt. Das gilt auch für die Prostitution, denn nicht jeder Mann wird von der Guru als Freier zugelassen.

3 Nach Syed geben Männer Hijras im öffentlichen Raum aus Furcht Geld. Die Furcht speist sich aus Furcht vor der Hijra an sich sowie aus dem Glauben, dass Männer ihre Fruchtbarkeit verlieren, wenn ihnen eine Hijra ihre Kastrationsnarbe zeigt.

Die Wirkungsräume zwischen den Hijra-Häusern sind aufgeteilt. Dennoch können zwischen Häusern Konflikte entstehen. Die gemeinsamen Regeln werden in Versammlungen der Gurus vereinbart. Streitigkeiten zwischen den Häusern oder von Hijras mit ihrer Guru werden von eigenen Hijra-Schiedsgerichten entschieden. Diese Schiedsgerichte werden von Hijras organisiert und bestellt. Sie wären also vom staatlichen Recht unabhängig, wenn sie nicht mit dem öffentlichen Raum in Berührung kämen, wie dies etwa bei der Teilnahme an Wahlen oder beim Zugang zum regulären Arbeitsmarkt passiert.

Obwohl sich das dritte Geschlecht „Hijra“ zunächst wie eine Lösung für feministische Fragen entlang der Geschlechtergrenzen anzubieten scheint, tauchen bei näherer Betrachtung doch einige Kritikpunkte auf.⁴ So gibt es die Hijra-Häuser nur für Menschen, die im männlichen Körper mit weiblicher Seele geboren wurden. Auf Nachfrage, was mit im weiblichen Körper mit männlicher Seele Geborenen passiert, antwortete Syed im Vortrag, diese hätten keinen Bedarf an eigenen Häusern, da sie von ihren Familien verheiratet würden. Ihnen sei daher die relative Freiheit der Häuser verwehrt. Die Frage, ob es auch weibliche Freierinnen von Hijras gebe, verneinte Syed. Somit ist auch die von Syed im Vortrag genannte mögliche Trisexualität nur für Männer lebbar. Der Ausschluss von Frauen ist auf der Ebene der Häuserrechte der Hijras sowie auf kulturell-normativer Ebene angesiedelt. Generell scheinen Frauen im Zusammenhang mit Hijras nicht vorzukommen. Dieses Nicht-Vorkommen von Frauen interpretieren wir als Ausdruck der patriarchal strukturierten indischen und pakistanischen Gesellschaft. Syed wies im Vortrag darauf hin, dass das staatliche Recht seit der Novelle im Jahr 2009 als relativ liberal betreffend die Geschlechterordnung anzusehen, die Gesellschaft im Gegensatz dazu aber sehr traditionell sei. Sie untermauerte ihre Argumentation nicht nur mit Blick auf die Geschlechterordnung, sondern auch auf das rechtlich nirgends verankerte Kastensystem, das laut Syed noch für circa 85 % der Bevölkerung das Leben bestimmt. Die Geschlechterordnung ist in Indien und Pakistan drei-geschlechtlich. Aber die gender-performance von Hijras unterliegt – ebenso wie jene von Männern und Frauen – bestimmten kulturell-geprägten Regeln und Ritualen. Die vollkommene Freiheit in Bezug auf die eigene gender-performance ist auch hier nicht gegeben. Syed führte zudem aus, dass Hijras Angst auslösen und dass sie mit dem Ablegen der männlichen Geschlechterrolle ihre Herkunftsfamilie verlieren. Sie sind in der Folge von zahlreichen traditionellen Ritualen sowie vom Erbrecht ausgeschlossen. Obgleich die Integration von Hijras und ihre angstfreie Akzeptanz in der Gesellschaft nicht gegeben sind, kann die rechtliche Verankerung eines dritten Geschlechts dennoch einen Vorbildcharakter für unsere Rechtsordnung darstellen. Syed erwartet sich durch die rechtliche Anerkennung, dass die Hijras Zugang zum „normalen“ Arbeitsmarkt erhalten und dadurch stärker in die

4 Wir geben jedoch zu bedenken, dass die von uns im Folgenden geäußerte Kritik von unserer „westlich“ geprägten Sicht mitbestimmt ist.

Gesellschaft eingebunden werden. In Pakistan ist dazu bereits ein erster Schritt erfolgt, indem die staatlichen Behörden durch das Oberste Gericht dazu angehalten wurden, Hijras einzustellen. Durch die Integration in den Arbeitsmarkt würden Hijras etwas von ihrem Anders-Sein verlieren und ihr Alltag hätte mehr mit dem anderer Inder_innen zu tun. Ob die Anerkennung im staatlichen Recht tatsächlich integrativ wirkt, wird in einigen Jahren untersucht werden müssen. Das Innsbrucker Publikum konnte Syed jedenfalls mit ihrem Vortrag einen Abend lang in den Bann ziehen.

Mag.^a Heidi Siller ist Universitätsassistentin und Projektmitarbeiterin am Institut für Psychologie der Universität Innsbruck. heidi.siller@uibk.ac.at

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck und Redaktionsmitglied des juridikum. caroline.voithofer@uibk.ac.at

„Geld ist niemals ortsüblich“

Der Verhaltenskodex des Innenministeriums: Unsere Werte. Unsere Wege.

Marianne Schulze

„Wenn die Menschen Kontakt mit der Polizei haben, befinden sie sich oft in schwierigen Situationen. Unsere Herausforderung und unser Anspruch ist es, darauf in jeder Hinsicht optimal vorbereitet zu sein, sowie richtig und angemessen zu agieren,“ meint die frühere Innenministerin in der Einleitung zum neuen „Verhaltenskodex“ ihres Ressorts: „Unsere Werte. Unsere Wege.“ Ethisch korrektes Verhalten sei nicht nur der Umgang mit möglichen Korruptionsneigungen, den notorischen Grenzregionen von kleinen Aufmerksamkeiten und Kaffeeeinladungen, es gehe „vielmehr um Grundhaltungen und Werte, auf denen menschliches Verhalten basiert,“¹ attestiert die Ministerin.

Dass menschliches Verhalten facettenreich und die (Re-)aktion der Sicherheitskräfte darauf diffizil ist, belegen die Berichte über PolizistInnen als HeldInnen bis hin zu Menschenrechtsverletzungen wie im Fall von Bakary J., der infolge einer Weigerung abgeschoben zu werden, gefoltert wurde. Bezeichnend ist, dass strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen die Polizei überwiegend eingestellt werden – was mehr den Staatsanwaltschaften als der Exekutive zuzuordnen ist, jedoch spiegelt die Tatsache, dass von knapp mehr als 1.000 Anzeigen wegen Misshandlungen und anderen Verdachtsmomenten 2005 lediglich zwei zu Verurteilungen geführt haben, einen verbesserungswürdigen Umgang in der Festlegung von Verhaltensgrenzen für die Exekutive wider.²

Österreichs Sicherheitskräfte haben in der Richtlinienverordnung (RLV)³ bereits seit 1993 eine verbindliche Richtschnur für korrektes Verhalten in Erfüllung ihrer Aufgaben, gerade auch für die Extremsituationen, die diesen Berufszweig kennzeichnen. Die Verordnung postuliert unter anderem die Notwendigkeit der Achtung der Menschenwürde von Personen, mit denen die Exekutive interagiert und erläutert die Minimumstandards im Umgang mit diesen.

Warum also ein Verhaltenskodex für die Sicherheitskräfte? Im Mittelpunkt des „Büchleins“⁴ steht das Unausgesprochene: wie den Eindruck von Bestechlichkeit vermeiden, wie den Anschein von Korruption gar nicht erst aufkommen lassen? In der

1 Presseaussendung Nr. 7086 vom 24. November 2010, siehe auch Öffentliche Sicherheit 1-2/11, S. 16.

2 Siehe CEDAW/C/AUT/Q/6/Add1, S. 38 siehe auch Report Hammarberg, CommDH(2007)26, P. 86.

3 Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der die Richtlinien für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erlassen werden, BGBl. Nr. 266/1993.

4 Siehe „Heute“, 25. November 2010.

Handlungsanleitung für die „möglichen Graubereiche“ im Dienstalltag wird der Begriff „Korruption“ nicht und jener der Bestechung sehr spärlich verwendet. Lediglich der Presseinformation ist zu entnehmen, dass der Auslöser für den Kodex in den Vorgaben der Vereinten Nationen gegen Korruption und ähnlichen Regelungen des Europarates zu finden ist.⁵ „Das Gesamtwerk, das doch nur der Anfang eines gut gemeinten Wegweisers ist,“⁶ richtet sich an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Ministeriums, scheut jedoch in der Aufmachung nicht das Licht einer breiteren Öffentlichkeit und ist passender Weise von der Abteilung für Öffentlichkeitsarbeit publiziert worden.

Festgehalten wird, dass die „Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Polizei und Sicherheitsverwaltung Teil der österreichischen Gesellschaft und fest in ihr verankert sind.“ Der Verhaltenskodex macht deutlich, dass es auf Grund der Funktion Ansprüche gibt, denen es seitens der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Polizei und Sicherheitsverwaltung gerecht zu werden gilt: Standesehnen, Glaubwürdigkeit und die öffentliche Vorbildrolle. „Wir können von den Menschen in Österreich nichts verlangen, woran wir uns selbst nicht halten,“ so die Ministerin.⁷ Wiewohl auch der Umgangston erwähnt wird, bleibt kurioser Weise die für die österreichische Sicherheitskultur äußerst bezeichnende Regelung, wonach „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes alle Menschen, bei denen dies dem üblichen Umgang entspricht oder die es verlangen, mit „Sie“ anzusprechen“ haben, ausgespart.⁸

Bezeichnend auch jene Passage zur Rechtsstaatlichkeit, wonach die Sicherheitskräfte Menschen mit dem, für die Situation (sic!) angemessenen, Respekt begegnen mögen.⁹ Das demokratiepolitische Grundverständnis der situationsunabhängigen Achtung der Menschenwürde, das in der *lex specialis* der RLV in § 5 explizit verbrieft ist, verkommt da zur hohlen Phrase. Gewaltexzesse gegen AfrikanerInnen und Berichte über institutionellen Rassismus – samt „*Kofi Annan is the only of your leaders who is not a f***** dealer*“,¹⁰ werden im Hochglanzwege übermalt.

Aber um die von einer Amthandlung Betroffenen geht es dem Verhaltenskodex offenbar nicht, es geht um Verhaltensweisen, die die Bestechlichkeit der Sicherheitskräfte bedingen könnten und um den Umgang mit Situationen, in denen Grenzziehungen notwendig sind.

Korruptionsneigung

Korruption ist mancherorts als probates unternehmerisches Mittel legitimiert, soweit, dass die steuerliche Absetzbarkeit als wirtschaftliche Notwendigkeit schöneredet wird.

5 Presseausendung Nr. 7086.

6 Siehe „Heute“, 25. November 2010.

7 Vorwort der ehemaligen Innenministerin Maria Fekter, Verhaltenskodex, S. 3.

8 § 5 Abs 2 RLV.

9 Verhaltenskodex, S. 8.

10 Weiters zB „*Niggers are all dealers*“, „*Wir stecken dich in eine Zelle mit Vergewaltigern*“, Bericht der Kommissionen des Menschenrechtsbeirates, 2006, S. 82.

Die großangelegte, strukturell bedingte Korruption: zelebriert und salonfähig. Ein wenig „schmieren“ kann keiner Tür schaden, danach hat sich noch jede geschäftliche Möglichkeit wesentlich leichter realisieren lassen. Was im Dschungel des Großkapitals im großen Stil mit hübschen Etiketten vonstatten geht hat mit der Realität des Alltagslebens des Einzelnen nichts zu tun: Laut dem *Corruption Perception Index* der Nichtregierungsorganisation *Transparency International* sind allerdings die meisten Menschen in Österreich davon überzeugt, dass es wenig bis keine Korruption im kleinen Stil gibt: Bestechlichkeit ist nicht.¹¹ „Korruption ist nicht die Manifestation einer durch „kriminelle Energie“ geprägten Persönlichkeit oder eines milieuspezifischen Typus sozialer Beziehung, sondern schlicht die Bewertung eines sozialen Handelns hinsichtlich kultureller Grundwerte einer modernen Gesellschaft.“¹²

Elegant umschifft wird die Frage des Umgangs mit Korruption in „anderen Kulturkreisen.“ Etwaige Stereotype über „typische Verhaltensweisen“ werden am Beispiel eines Diplomaten, der höchst indigniert wäre, würde seine – landesübliche – Erkenntlichkeit zurückgewiesen, abgehandelt. Handlungsempfehlung des Verhaltenskodex dazu: „unverzügliche Meldung an die Dienstbehörde.“

(An)Schein

Die Grundregel des Verhaltenskodex lautet: „Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Innenressorts verhalten sich so, wie es jene Personen erwarten dürfen, mit denen sie beruflich Kontakt haben.“ Sich „so“ verhalten: zwischen dem „s“ und dem „o“ liegt eine kleine Welt, die auch jede Menge Grauschattierungen aufweist, die im Kodex anhand der Themenkomplexe Amtsverschwiegenheit, Befangenheit, Geschenkannahme und Nebenbeschäftigung beispielhaft beleuchtet werden. Immer wieder herausgestrichen wird dabei, dass der geringste Anschein der Befangenheit vermieden werden müsse. Wiewohl die Elemente der Anscheinsjurisprudenz¹³ nicht angeführt werden, wird deutlich, dass auch nur der kleinste Zweifel an der Korrektheit einer Amtshandlung, der geringste Anschein von Befangenheit, tunlichst vermieden werden muss. Der Brückenschlag zur RLV, die vorschreibt, dass „die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes bei der Erfüllung ihrer Aufgaben alles zu unterlassen haben, was geeignet ist, den Eindruck von Voreingenommenheit zu erwecken,“¹⁴ ist leider nicht gemacht worden.

Der Verhaltenskodex ist eine Handlungsanleitung, nicht jedoch eine „formelle dienstrechtliche Weisung“ oder gar ein Sanktionenkatalog. Die disziplinar- und strafrechtlichen Sanktionen sind im Anhang als „einschlägige Rechtsnormen“ ausgewiesen. Es

11 Siehe auch: Korruption: „Es gibt hier eine gewisse Bestechungskultur,“ Josef Urschitz, Die Presse, 23. März 2011.

12 *Angelos Giannakopoulos/Dirk Tänzler*, Deutsche Ansichten zur Korruption, APuZ 3-4/2009.

13 Siehe zB. VfSlg. 11.131/1986, 15.507/1999, 16.959/2003 sowie VfGH 27.11.2006, B 1258/06; 20.6.2008, B 61/07.

14 § 5 Abs 1 RLV.

handelt sich allerdings nur um einen Auszug, zum Beispiel fehlt die mehr als relevante RLV. In den weiteren Ausführungen wird das Standesansehen betont: den internen Strafmaßnahmen – sprich dem Disziplinarrecht – wird mehr Bedeutung zugemessen, als anderen Rechtsnormen. Die internationalen Normen, die Auslöser für den Kodex sind und rechtsverbindliche Vorgaben enthalten, deren präzise Definitionen Konkretisierungen anbieten, die für die Differenzierungen in der Korruptionsbekämpfung notwendig sind, bleiben unerwähnt.

„Milieubedingte Geldleistungen“?

Die Annahme von Geschenken ist BeamtenInnen gemäß Beamten-Dienstrechtsgesetz (BDG) untersagt. Die „orts- und landesüblichen Aufmerksamkeiten von geringem Wert,“¹⁵ die nicht als Geschenke gelten, rücken die Abgrenzung zur Korruption im kleinen Stil in den Mittelpunkt. Laut Verhaltenskodex sei die Einladung zu einem Kaffee ortsüblich und damit mit den Bestechungsbestimmungen vereinbar. Da eine wiederholte Einladung auf einen Kaffee die Grenze zum Anschein der Befangenheit überschreite kann angenommen werden, dass eine allfällige Speise zum Kaffee – zB eine Süßigkeit – bereits eine Überschreitung des Zulässigen darstelle. Eine Essenseinladung wird vom Kodex als eine, die Geringfügigkeitsgrenze überschreitende, „Aufmerksamkeit“ gewertet. Der explizite Verweis, dass ein Geldschein von 20 € inakzeptabel ist, unterstreicht dies noch.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich zuletzt im Mai 2008¹⁶ mit § 59 BDG beschäftigt. In dem Erkenntnis, dass die Abwägung von Tatsachen und Indizien zum Hauptinhalt hat, wird nebenbei festgestellt, dass die wiederholte Übergabe von mehr als 2.000 € kein „Geschenk“ ist. Ironie am Rande: das Erkenntnis behandelt die Entscheidung der Disziplinarkommission betreffend die Suspendierung eines Generals der Polizei.

Der Verhaltenskodex postuliert die Faustregel, wonach bei geringsten (!) Zweifeln an der Zulässigkeit oder Angebrachtheit eines Geschenks dieses nicht angenommen werden soll. Betont wird auch, dass ein Multiplikator – ein großes Geschenk für die gesamte Polizeiinspektion – die Geringfügigkeitsgrenze im Bereich von einigen Euro nicht verschiebt.

Die Fragilität des Anscheins der Unparteilichkeit und Unbestechlichkeit wird am Beispiel eines Billigkugelschreibers deutlich aufgezeigt: von der Annahme eines Gegenstands von vermeintlich geringfügigem Wert wird abgeraten, da der Aufdruck – politische Partei, Firma, Verein, etc. – im Zuge einer Amtshandlung sichtbar werden und daher problematische Botschaften senden könnte.

15 § 59 Abs 2 Beamten-Dienstrechtsgesetz.

16 VwGH, 2006/09/0240, 15. Mai 2008.

Die Korruptionsneigung ist nur ein Teil des Handlungsspektrums in dem Sicherheitskräfte Grenzen ziehen müssen. Der Verhaltenskodex ist erst der Anfang, so vermeint der Boulevard.¹⁷ Man könnte auch meinen es ist ein Versatzstück, dass im großen Normenrahmen der Sicherheitsstandards noch montiert werden muss.

Menschenrechte: Darf's ein bisschenl mehr sein?

„Menschenrechte sind unteilbar,“ lautet die Auftaktformulierung der gemeinsamen Grundsätze des Kodex. Und weiter: „sie gelten somit auch für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Innenressorts und bestimmen innerhalb der Organisation grundlegend den Umgang miteinander, sowie das Führungsverhalten auf allen Ebenen.“ Soweit so gut. Nur: das war's schon wieder. Der Kodex bleibt eine vertiefende Anbindung an Menschenrechte und vor allem an aus Menschenrechten ableitbaren Prinzipien schuldig. Die Bedingtheit der Einhaltung von Menschenrechten zur Sicherstellung von Korruptionsfreiheit bleibt mit Hinweisen auf Verhältnismäßigkeit und Transparenz schlagwortartig.

Wiewohl „Good Governance“ vielerorts gepriesen wird, liegt die Verbindung von Menschenrechten und Anti-Korruption für wenige auf der Hand: Die Verwirklichung eines transparent und effizient arbeitenden Sicherheitsapparates ist eng verknüpft mit dem Menschenrecht, nicht willkürlich festgenommen zu werden, sowie nur aus rechtmäßigen Gründen in Haft genommen zu werden (Art 9 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte). Transparenz und rechtmäßiges Handeln sind auch wesentlich, um das Menschenrecht, bis zum Beweis des Gegenteils unschuldig zu sein, umzusetzen (Art 10 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte). Die Liste lässt sich beliebig fortsetzen. In Hinblick auf die Verwirklichung der Rechenschaftspflicht ist vor allem das Recht auf Information von Relevanz: Dokumente betreffend Handlungen öffentlicher Organe müssen zugänglich sein, soll staatliches Handeln nachvollziehbar sein. In diesem und verwandten Punkten bleibt der Verhaltenskodex eine Verknüpfung mit Menschenrechtsstandards schuldig.¹⁸

Auch das Menschenrechtsprinzip der Anti-Diskriminierung ist im Kodex wenig prominent vertreten. Neben den einschlägigen internationalen Verpflichtungen hätte hier die RLV die Schärfe der Handlungsanleitungen erhöht: neben dem Eindruck der Voreingenommenheit ist nämlich laut RLV auch die „Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, der Rasse oder Hautfarbe, der nationalen oder ethnischen Herkunft, des religiösen Bekenntnisses, der politischen Auffassung oder der sexuellen Orientierung,“¹⁹ zu unterlassen.

¹⁷ Siehe „Heute“, 25. November 2010.

¹⁸ Siehe generell: International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, Transparency International 2009.

¹⁹ § 5 Abs 1 RLV.

Positiv fällt die Sprache des Verhaltenskodex auf: zum einen ist das Dokument durchgehend gender-korrekt. Die Tatsache, dass dies hier mühelos passiert, wird hoffentlich Schule machen. Angesichts der wiederholten Diskussionen über den Umgang mit AusländerInnen fällt zweitens auf, dass der Kodex die Differenzierung zwischen dem Anspruch *aller* Menschen auf korrekte Amtshandlungen und Rechten, die die Staatsbürgerschaft voraussetzen, sehr klar und – was die Einschränkungen betrifft – sehr sparsam vornimmt. Eine stringente Umsetzung von Anti-Diskriminierungsrichtlinien sollte die logische Folge sein.²⁰

Marianne Schulze ist Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats des juridikum; m.s@humanrightsconsultant.at

²⁰ Siehe jedoch: Amnesty International Österreich, Opfer oder Verdächtige, Rassistische Diskriminierung im österreichischen Polizei- und Justizwesen, 2009.

Erinnerungsarbeit: Die zerschlagene Demokratie – Österreich 1933–1938

Politisch und historisch getragene Mythen des Regime Dollfuß/Schuschnigg

Miriam Broucek

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät und das Institut für Zeitgeschichte der Universität Wien veranstalteten Anfang 2011 das mehrtägige Symposium „*Österreich 1933–1938 – Interdisziplinäre Bestandsaufnahmen und Perspektiven*“. Anregung für diese intensive Analyse der Ära 1933–1938 war die von wissenschaftlicher und politischer Seite seit geraumer Zeit geforderte Rehabilitierung der nicht-nationalsozialistischen Opfer des Dollfuß-Schuschnigg-Regimes. Anlässlich des 75. Jahrestages der Februarkämpfe und des Juliputsches 1934 unterzeichneten im Februar 2010 HistorikerInnen, PolitologInnen und SozialwissenschaftlerInnen einen offenen Brief an die Mitglieder der österreichischen Bundesregierung, in dem die Anerkennung derjenigen, welche im Widerstand von Standgerichten des Regimes in der Zeit von 1933–1938 verurteilt, eingesperrt und getötet wurden, als Justizopfer gefordert wird.¹ Diese Geste des Respekts zielt weniger auf eine finanzielle Entschädigung, sondern vielmehr auf die Setzung eines symbolischen Aktes ab, um eine öffentliche Debatte anzustoßen, die seit der Nachkriegszeit in der Republik Österreich nur unzureichend geführt wurde. Bereits im Fall der schließlich durchgeführten Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure im Jahr 2009 hat sich gezeigt, dass kontinuierliches Einmahlen historischen Bewusstseins erfolgreich sein kann.²

In den 70er Jahren wurde bereits einmal der Versuch unternommen, die Hintergründe, die die Durchsetzung eines autoritären Systems in Österreich 1933/34 ermöglichten, aufzuarbeiten. Die Ergebnisse dieser Forschungsarbeiten wurden widerstreitend aufgenommen – eine zufriedenstellende Auf- und Verarbeitung konnte nicht erfolgen. Die Republik Österreich findet bis heute keine einheitliche Bewertung des Weges der Ersten Republik in die Diktatur der Jahre 1933–1938.

1 Wissenschaftliche Plattform für die Rehabilitierung der Opfer des Regimes Dollfuß/Schuschnigg, Diskussion und offener Brief nachzulesen auf <http://albertsteinhauser.at/wp-content/uploads/2010/07/HistorikerInnenbrief.pdf>.

2 Nach jahrelangen Initiativen von Seiten der Politik, allen voran den Grünen, zivilgesellschaftlichen Organisationen und langer Debatte wurde im Herbst 2009 das „Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz“ beschlossen, welches gerichtliche Entscheidungen nationalsozialistischer „Rechtsauffassung“ aufhebt und Deserteure politisch rehabilitieren und ihres Widerstandes würdigen soll.

Schon um die Begrifflichkeit herrscht Kontroverse. Der Terminus „Austrofaschismus“ ist ebenso umstritten wie die Einordnung als faschistisches System oder „nur“ als korporativ-autoritärer Staat. Die Frage nach der Kategorisierung besitzt in der Tat Brisanz, geht es doch schließlich um ein kollektives Bewusstsein, welches sich im Fall der 2. Republik gerne auf die Geschichtsauffassung einigt, Österreich sei „das erste Opfer“ des Nationalsozialismus gewesen. Daraus lässt sich die bequeme moralische Sonderstellung ableiten, die Österreich von Deutschland unterscheiden und Fragen nach Verantwortung und Entschädigung mildern soll. So klaffen wissenschaftliche Erkenntnis und öffentliches Bewusstsein in der Frage nach der Charakteristik der Ereignisse zwischen 1933 und 1938 auseinander.

Politisch und historisch getragene Mythen über das Regime Dollfuß/Schuschnigg gibt es viele. Dass sich mit Gewalt eine autoritäre Staatsmacht aufschwang und die demokratischen Strukturen vorsätzlich außer Kraft zu setzen versuchte, wird etwa gerne mit der „Selbstausschaltung des Parlaments“ verbrämt. Dabei verriet die Klubvorstandsprotokolle der Christlichsozialen Partei bereits den aktiven Plan der Regierung Dollfuß, den Parlamentarismus und die demokratischen Grundrechte zu suspendieren. Auch der Umstand, dass die Christlichsoziale Partei eine eigene „Österreich-Ideologie“ kultivierte, die dazu dienen sollte, die Souveränität Österreichs nach innen und außen abzusichern und der gesamtdeutschen Identifikation eine eigene, „christlich-österreichische“ entgegenzusetzen, wird gerne zu einem genuinen österreichischen Widerstand und „Abwehrkampf“ gegen den Nationalsozialismus umgedeutet.

Der „Arbeitermörder“³ und der „Märtyrer und österreichische Patriot“⁴ stehen sich als historische Deutungsmuster unversöhnlich gegenüber. Der Umgang mit dieser Thematik spiegelt wohl zum Gutteil auch eine „großkoalitionäre Geschichtsschreibung“ wider, die von den die Nachkriegszeit prägenden Volksparteien ÖVP und SPÖ gerne betrieben wurde und wird.

Erinnerungsarbeit heißt aber, zu verantwortungsbewusstem und gerechtem Handeln zu befähigen. Deshalb ist es von großer Bedeutung, sich auch im Jahr 2011 kontinuierlich nicht nur der Zeit des Nationalsozialismus, sondern auch dem Dollfuß/Schuschnigg-Regime zu widmen. Florian Weninger formuliert in dem Schreiben der Wissenschaftlichen Plattform, dass *„je umfassender autoritäre Strömungen historisch verstanden werden, je eher entwickeln Menschen und Gesellschaften eine Sensibilität für ähnliche Tendenzen in der Gegenwart. Die Vergangenheit kann Mahnung sein, aber auch Orientierung geben“*. Ein Geschichtsverständnis, das, um mit dem französischen Hermeneutiker

3 Hannes Androsch in der Kleinen Zeitung vom 13.2.2009, <http://albertsteinhauser.at/2010/07/14/hannes-androsch-die-lehren-eines-traumas-kleine-zeitung/>.

4 Nach Medienberichten getätigte Aussage von Andreas Khol im Verfassungsausschuss des Parlaments im Jahr 2001, beruhend auf der These des deutschen Politikwissenschafters Gottfried-Karl Kindermann in dessen 2003 erschienenem Buch „Österreich gegen Hitler – Europas erste Abwehrfront 1933–1938“.

Paul Ricoeur zu sprechen, „die Spur vom Zeugnis her denkt“ und einen Verweis zwischen der Spur der Erinnerung und dem Original des Erinnerten herstellt, schafft nötige Objektivierung, die verhindert, dass Geschichte von politischer Seite instrumentalisiert und Erinnerung vorgezeichnet wird.

Mag^a Miriam Broucek, Juristin in Wien und Co-Betreuerin des Schwerpunktes „1934“ in der Juridikum-Ausgabe 1/2009; miriam.broucek@reflex.at

Wider die Cyberutopie in der Weltpolitik

Twitter und Facebook machen noch keine Revolution

Matthias C. Kettemann

Nach den Revolutionen im arabischen Raum hat sich in vielen Medien on- und offline der Eindruck verfestigt, moderne Informations- und Kommunikationstechnologien seien eine Möglichkeitsbedingung für politischen Wandel. Keine Demonstrationen ohne Verabredung via Twitter, keine Proteste ohne entsprechende Facebook-Gruppe und keine Demokratie ohne den Einsatz von Handys. Eine differenzierte Betrachtung legt indes den Schluss nahe, dass die Rolle sozialer Medien – gerade bei der „Twitter-Revolution“ im Iran und den vom Volk getragenen Regimewechseln in Tunesien und Ägypten – weit überschätzt wird.

Medien machen keine Revolution

Unbestritten ist, dass Revolutionen sich Medien nutzbar machen. Die Reformation hätte sich ohne den Buchdruck bei weitem nicht so schnell verbreitet; die amerikanische und französische Revolution hätten ohne Pamphlete, ohne eine über Zeitungen aufgehetzte Öffentlichkeit nicht Geschichte geschrieben. Den Revolutionen der letzten Monate wird als bestimmender Faktor nun vielmals das Internet zugeschrieben. Von der Ukraine über Moldawien und Iran nach Tunesien, Ägypten und Libyen wird sozialen Medien damit eine quasi-revolutionäre Macht zuerkannt. Was indes fehlt, ist ein scharfer Blick, der die Berichterstattung über die Revolutionen und die tatsächlich entscheidenden politischen Kräfte vor Ort auseinanderhält. Denn noch nie machten die Medien eine Revolution, stets sind es die RevolutionärInnen.

Die Revolution in Tunesien etwa wird in westlichen Medien arg verkürzt dargestellt, als habe sie mit einem viral verbreiteten Video einer Selbstverbrennung begonnen. JournalistInnen, für die Tunesien bis dahin irrelevant war (und das sind die meisten), kennen die Vorgeschichte nicht: die Armenaufstände, die schon seit 2008 in den Bergbauregionen des Südens stattgefunden haben und ab Dezember 2010 in die Städte getragen wurden; die zunehmende Unzufriedenheit der Mittelschicht mit dem Mangel an bürgerlichen und politischen Rechten; die Gründe, die die wichtigste Gewerkschaft UGTT dazu geführt haben, für 14.1.2011 einen Generalstreik auszurufen. Nur wer dies alles ausblendet, mag trefflich behaupten, dass Facebook und Twitter die Revolution eingeleitet hätten. Keine Frage: Medien waren relevant in der Verbreitung der Bilder aus

Tunesien, aber das einzige, was YouTube, Twitter und Facebook entscheidend prägten, war die Wahrnehmung der Revolution durch die BesucherInnen dieser Plattformen. Vor Ort spielten Medien natürlich eine Rolle, allerdings vor allem arabische Radiosender und Al Jazeera, dessen Empörungspotenzial westliche AnalytikerInnen grob unterschätzen. Falsch wäre indes, die Einflüsse der in sozialen Netzwerken aggregierten und über neue Medien artikulierten Stimmen gänzlich in Frage zu stellen. Der Einfluss von sozialen Medien auf Revolutionen muss in seiner Unterschiedlichkeit und Vielschichtigkeit wahr- und ernstgenommen werden. Gerade im Fall von Irans angeblicher Twitter-Revolution wurde der Einfluss dieser Plattform etwa stark übertrieben. Evgeny Morozov geht in *The Net Delusion. How Not to Liberate the World* (2011) noch einen Schritt weiter und argumentiert, dass zwei fundamentale Missverständnisse unsere Einschätzung der Rolle des Internet als Instrument politischen Wandels verfälschen: Erstens – er nennt diese falsche Vorstellung „Cyber-Utopismus“ – sei das Internet nicht inhärent emanzipatorisch, sondern könne höchstens zu emanzipatorischen Zwecken genutzt werden. Zweitens könne nicht jeder wichtige politische Wandlungsprozess moderner Gesellschaften auf Einflüsse aus dem Internet zurückgeführt werden. In der Tat: Um die unbestrittene Bedeutung des Internet und sozialer Medien in allen Lebensbereichen richtig einschätzen zu können, müssen wir uns von der Vorstellung moderner Informations- und Kommunikationstechnologien als inhärent „gut“ und politischem Wandel schlechthin zuträglich lösen.

Keine „Twitter-Revolution“

Heißt das nun, dass neue Medien keinen Beitrag zur Demokratisierung von repressiven Gesellschaften leisten können? Auch dieser Schluss wäre verkürzt. Natürlich können soziale Medien dazu führen, dass durch eine informationelle Revolution die demokratischen Kräfte in abgeschlossenen Gesellschaften gestärkt werden. Kein Wunder, dass repressive Staaten oft das Internet als destabilisierendes Element sehen und durch Filtertechnologien versuchen, Informationsflüsse zu kanalisieren oder ganz zum Vertrocknen zu bringen. Statt aber stets ein Instrument der Freiheit und der Demokratie zu sein, liegt in der Infiltrierung von sozialen Netzwerken durch autoritäre Regierungen und deren Nutzung von sozialen Medien, um Oppositionelle aufzuspüren, auch eine Gefahr. Selbst wenn der Einfluss sozialer Medien auf politische Öffnungsprozesse in ihrer Gesamtheit positiv zu bewerten ist, sind sie doch nicht weit genug verbreitet, um als Forum für Interessenaggregation und -artikulation eine bestimmende Rolle in der politischen Emanzipation und der zivilgesellschaftlichen Selbstvergewisserung zu spielen. Während Irans „Twitter-Revolution“ gab es im ganzen Land, so schreibt Morozov in seiner *Net Delusion*, weniger als 20.000 Twitter-NutzerInnen. Dazu kommt, dass 2009 eine Studie der Harvard University ergab, dass ca 10% der Twitter-UserInnen ca 90% der Tweets liefern. Wendet man diese Zahlverhältnisse nun auf den Iran an, dann wäre die Träger-

schaft der Revolution nur 2.000 UserInnen groß gewesen. Der Pool unzufriedener Jugendlicher ist offensichtlich um ein Vielfaches größer. Ihre Stimmen zu suchen und zu übersetzen ist allerdings eine Aufgabe, mit der viele klassische Medien heute überfordert sind. Statt zu recherchieren, blicken sie auf Twitter – und um dies vor sich selbst, ihren Vorgesetzten und den LeserInnen als ausreichende Recherchearbeit rechtfertigen zu können, erklären sie, dass die Revolution auf Twitter stattfindet.

Ein weiteres zentrales Problem der Annahme, dass das Internet automatisch zu mehr politischer Freiheit führe, liegt in den zu geringen Internet-Penetrationsraten in vielen, gerade autoritären Gesellschaften und der fehlenden „e-literacy“ ganzer Bevölkerungsschichten. BefürworterInnen der organisatorischen Kraft sozialer Medien sprechen gerne von einem neuen öffentlichen Raum im Internet: einer Art virtueller Agora. Dieser Begriff – einst der Haupt-, Markt- und Gerichtsplatz Athens – ist zutreffender als sie es wünschen würden. Denn wer konnte auf der antiken Agora am öffentlichen Leben Athens teilnehmen? Männliche, besitzende Bewohner der Stadt. Sklaven, Frauen, Arme, Landbewohner und AusländerInnen waren ausgeschlossen. Diese Situation findet sich mit Abstufungen im Internet wieder.

Gerade in jenen Staaten, in denen Menschenrechtsverletzungen an der Tagesordnung sind, bleibt der Mehrheit der Menschen der Zugang zum Internet verwehrt. Die sogenannten „vulnerable groups“, darunter Kinder, Flüchtlinge, Binnenvertriebene, Mitglieder indigener Völker und ethnischer und nationaler Minderheiten, haben kaum die Chance, neue Medien zu nutzen. Vor diesem Hintergrund ist der Versuch der Vereinten Nationen und der Internationalen Telekommunikationsunion, „die nächste Milliarde“ UserInnen zu erreichen, als Element des lokalen Empowerments unterstützenswert.

Die Sicherstellung des Zugangs alleine reicht indes nicht. Um gesellschaftliche Machtverhältnisse von Grund auf zu ändern und der Transponierung der Ungleichheit von der realen in die virtuelle Welt vorzubeugen, ist Bewusstseinsbildung und Ausbildung vonnöten. Mancherorts wird schon argumentiert, dass das der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 entfließende Recht auf Bildung inzwischen eine elektronische Komponente enthalten müsse, um in der Welt von Twitter, Facebook und Co. noch relevant zu sein.

Das Ende der Slacktivists

Die Zeiten der Slacktivists – jener InternetuserInnen, die sich als politisch handelnd wahrnehmen, wenn sie Facebook-Petitionen beitreten, während sie YouTube-Videos betrachten – sind vorbei. Wer sich auf Tastaturrevolutionäre und soziale Medien als alleinige AkteurInnen und Medien sozialen Wandels hin zu mehr interpersoneller, interinstitutioneller, und intergenerationeller Gerechtigkeit und einem erhöhten menschenrechtlichen Schutzniveau auf Grundlage demokratische Selbstbestimmtheit verlässt, der ist verlassen.

Im *Guardian* schrieb Tom Chatfield in der Besprechung von *Net Delusion*, dass die SurferInnen der Welt sich damit beschäftigen, „Fotos von süßen Katzen anzuschauen, an Enzyklopädien zu schreiben und geheime diplomatische Sendungen zu verteilen.“ Wer, bitte schön, hat da schon Zeit für eine ordentliche Revolution?

Univ.-Ass. Mag. Matthias C. Kettemann, LL.M. (Harvard), arbeitet am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Karl-Franzens-Universität Graz. Er ist Mitglied des Global Internet Governance Academic Network, der Internet Rights and Principles Coalition und Redaktionsmitglied des *juridikum*.

The 2011 Libyan Uprising, Foreign Military Intervention, and International Law

Christian Pippan

1. Introduction

The revolutionary fire in the Arab world, which has been ignited in Tunisia in the final days of 2010, reached the so-called “Libyan Arab Jamahiriya” in mid February 2011. While the world was still mesmerized by the successful revolutions and resulting political transformations in Tunisia and Egypt, peaceful protests in several Libyan cities against Colonel Muammar al Gaddafi’s 42-year-old rule were met with a level of government-ordered violence hitherto unseen in any of the other recent uprisings in the region.¹ According to various reports, Libyan authorities used aircraft to attack protestors, while hundreds of civilians were killed or subjected to enforced disappearance by forces loyal to Gaddafi’s regime.² Within a matter of days, the situation escalated into armed conflict. On 27 February the leadership of the anti-Gaddafi movement, based in the eastern Libyan city of Benghazi, formed an *Interim Transitional National Council*, which promptly declared itself Libya’s sole representative. Almost simultaneously, the United Nations (UN) Security Council decided to refer the situation in Libya to the International Criminal Court and imposed an arms embargo, a travel ban on members of the regime as well as an asset freeze on members of the Gaddafi family.³ In early March, however, momentum shifted as Gaddafi’s troops advanced eastwards, re-took several cities and finally threatened to attack Benghazi. On 12 March, noting Libyan authorities’ use of military aircraft and heavy weaponry against civilians, the Council of the League of Arab States called on the Security Council to provide for the imposition of a no-fly zone. Only a few days later, the highest UN body heeded the call by adopting Resolution 1973 (2011). It authorized member states, acting nationally or through regional organizations, to enforce a no-fly zone over Libya and to take “all necessary

1 For an overview of the early phase of the Libyan crisis, see Security Council Report, Update Report on Libya, 14.3.2011, www.securitycouncilreport.org (20.4.2011); Institute for Security Studies, Peace and Security Council Report No. 21, April 2011, www.issafrica.org/uploads/April2011.pdf (20.4.2011).

2 In its special session of 25 February 2011, the UN Human Rights Council accepted as fact that “gross and systematic human rights violations” had taken place in Libya, including “indiscriminate armed attacks against civilians, extrajudicial killings, arbitrary arrests, detention and torture of peaceful demonstrators”; see UN Doc A/HRC/RES/S-15/1, 3.3.2011, para 1. See also Amnesty International, Libya: Detainees, Disappeared and Missing, 29.3.2011, Index: MDE 19/011/2011.

3 UN Doc S/RES/1970 (2011) paras 4–23.

measures ... to protect civilians and civilian populated areas under threat of attack in the Libyan Arab Jamahiriya, including Benghazi, while excluding a foreign occupation force of any form on any part of Libyan territory”.⁴ Based on the commonly shared understanding that the passage “all necessary measures” in a resolution adopted under Chapter VII of the UN Charter is nothing but a code for the authorization of military force, an extensive air campaign (first under US, subsequently under NATO command) was launched within 48 hours of the resolution’s adoption. Backed by allied air strikes, anti-government forces initially managed to re-capture territory from regime loyalists but were quickly forced back by better-equipped pro-Gaddafi troops. At the time of writing, Libyan opposition forces and supporters of the incumbent regime are seemingly caught in a standoff. This has led to a (rather predictable) debate among NATO members about the limits and scope of Resolution 1973 (2011).

2. Rebellion, revolution, and political violence: International law’s traditional indifference towards domestic struggles over political power

When trying to come to grips with current events in Libya, there is some confusion among international commentators regarding terminology. Some call the Libyan uprising a “rebellion”, others call it a “revolution”, and yet others speak of a “civil war”. Neither the term rebellion nor the term revolution is precisely defined in international law. According to Kelsen, a revolution occurs whenever the established constitutional order of a state is overthrown and replaced by a new order “in a way the former had not itself anticipated”.⁵ Though not without shortcomings, this definition is widely accepted in both theory and practice, including the practice of national courts.⁶ A rebellion, on the other hand, is understood as organized and (almost always) violent resistance against the incumbent regime; it may become a revolution if the rebels – following their victory – establish a new constitutional order.⁷ Irrespective of its eventual outcome, a rebellion may degenerate into civil war, i.e. a full-blown and usually protracted armed conflict between two or more groups of inhabitants of the same state.⁸ Among international lawyers, however, the term „civil war“ has fallen somewhat out of fash-

4 UN Doc S/RES/1973 (2011) paras 4, 6 and 8.

5 Kelsen, *General Theory of Law and State* (1st ed 1945, reprint 2007) 117.

6 See Mahmud, *Jurisprudence of Successful Treason: Coup d’Etat and Common Law*, *Cornell Int Law J* 27 (1994) 49. It should be noted that Kelsen’s definition of “revolution” is purely result-oriented and thus leaves no room to distinguish, in legal terms, between popular uprisings against tyrannical leaders and, say, military coups against democratic and human rights-respecting regimes. Moreover, it operates with a notion of constitutionalism that places the constitution at the center of a state’s internal order as the “supreme law of the land”; an approach that may not be of much use in states in which the existing regime derives its purported legitimacy primarily from sources other than the constitution, or in which a constitution in the conventional meaning of the term does not exist at all (as it happens to be the case, for example, in present-day Libya).

7 Weede/Muller, *Rebellion, Violence and Revolution: A Rational Choice Perspective*, *Journal of Peace Research* 35 (1998) 43 (49).

8 See Akehurst, *Civil War*, in Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol 1 (1992) 597.

ion, given that international humanitarian law (*jus in bello*) now simply distinguishes between “international” and “non-international armed conflict”.⁹

Whatever the merits of these definitions, it is important to note that international law has long treated struggles over political power as matters of domestic jurisdiction, to be decided solely by the peoples affected in accordance with their right to self-determination and the principle of state autonomy.¹⁰ Consequently, popular uprisings against established regimes are not prohibited by international law; rather, such events are viewed as one of many methods by which a domestic political and constitutional order can be changed. What international law does generally prohibit, however, is foreign intervention in such processes (safe for an explicit invitation to do so by a recognized government seeking external help against domestic resistance).¹¹ According to conventional doctrine, the non-intervention norm applies without considerations as to the “legitimacy” of the revolt or rebellion. As the International Court of Justice has opined, customary international law does not accord to states a right to intervene, with or without armed force, “in support of an internal opposition in another state, whose cause appear[s] particularly worthy by reason of the political and moral values with which it [is] identified”.¹² If domestic upheavals lead to the installment of a new government, other states may refuse to recognize it. However, endogenous regime change does not impinge upon the international identity of the state concerned; its international rights and duties thus normally remain unaffected by it.¹³

3. The UN Security Council and domestic political violence: From self-induced paralysis to value-driven interventionism

At first glance, the UN seems hardly equipped to deviate from the rather static approach of general international law towards internal power struggles. The Charter prohibits

9 Common Art 3 of the four Geneva Red Cross Conventions of 1949 extends a very basic set of international norms on the conduct of hostilities to internal armed conflicts. Additional Protocol II (1977) to the Geneva Conventions significantly enhances the body of *jus in bello* rules applicable to non-international armed conflict; yet, if compared to common Art 3 of the 1949 Conventions, this comes at the price of a considerably limited scope of application of the Protocol.

10 See Wippman, Change and Continuity in Legal Justifications for Military Intervention in Internal Conflict, *Columbia Hum Rts Law Rev* 27 (1996) 435.

11 See Nolte, Eingreifen auf Einladung: Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes fremder Truppen im internen Konflikt auf Einladung der Regierung (1999), 133ff; Gray, *International Law and the Use of Force*, 3rd ed (2008), 67 ff.

12 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. US), ICJ Reports (1986), 108. Based on several resolutions adopted by the UN General Assembly in the 1960s and 1970s, an exception to this rule might apply to foreign aid given to “national liberation movements”. Under the terms of these resolutions, peoples under colonial and racist regimes or other forms of alien domination are entitled to “seek and receive support” from other states in their struggle for self-determination. No consensus exists, however, whether this only allows for moral and political support or whether it also includes foreign military assistance. See Glazier, Wars of National Liberation, in Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online ed (2008), www.mpepil.com (20.4.2011).

13 For a critical assessment of this “standard international law rule on revolution”, see Geistlinger, Revolution und Völkerrecht (1991) 90 ff.

the use of force as a means to resolve inter-state conflicts (unless force can be justified as self-defense against an armed attack or as mandated by the Security Council for the sake of international peace and security); yet it does not extend this prohibition to conflicts within states.¹⁴ Moreover, Article 2(7), which bars the UN from intervening “in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state”, was clearly understood by the drafters of the Charter as directing the organization to generally not concern itself with internal conflicts. Though the Security Council is explicitly exempted from the non-intervention rule when exercising its enforcement powers under Chapter VII, usage of those powers is meant to maintain or restore *international* (and not domestic) peace and security. From the outset, therefore, the Council’s authority to deal with violent internal conflicts was restricted to situations which could plausibly be considered a “threat to the peace” in terms of Article 39 of the Charter.

Due to Cold War dynamics and the fact that most civil conflicts were linked, in one way or another, to conflicting ideological interests on the part of the veto-holding superpowers, the Council only rarely succeeded in addressing political violence within states prior to 1990. A notable exception was the case of Congo (now DRC). In 1960, after the killing of Patrice Lumumba and other Congolese leaders in the course of a coup against the country’s first elected government, the Council declared the situation a threat to international peace and urged a UN peacekeeping force to take “all appropriate measures to prevent the occurrence of civil war in the Congo ... including the use of force, if necessary”.¹⁵ The adoption of economic sanctions against the racist Smith regime in Rhodesia (now Zimbabwe) in the 1960s and the 1977 imposition of a mandatory arms embargo against the South African apartheid state are further early examples of Security Council action – in both cases taken under Chapter VII of the Charter – in response to situations which, at their core, were clearly internal in character (though they also might have entailed some transboundary elements).¹⁶

With the end of the Cold War, the Council’s engagement with internal conflicts and domestic political violence intensified dramatically. Over the past two decades, enforcement measures, including military measures, were adopted to alleviate the ongoing humanitarian tragedy caused by state collapse and armed conflict in Somalia; to halt ethnic cleansing and genocide in Bosnia; to restore democracy and ensure respect for the outcome of democratic elections in Haiti, Sierra Leone and Cote d’Ivoire; to guarantee the implementation of intra-state peace agreements in societies torn apart by civil war, particularly in sub-Saharan Africa; and to ensure post-conflict stability in support of state building processes in Afghanistan, Bosnia, East-Timor, Kosovo, Haiti, and Iraq.¹⁷

14 See Articles 2(4), 39, 42, 48 and 51 of the Charter of the United Nations.

15 Res 161 (1961), UN Doc S/4741 (1961) para 1.

16 See Schweigman, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter* (2001) 51 ff.

17 The list is by no means complete. For in-depth accounts of the Security Council’s post-Cold War practice, see Malone (ed), *The UN Security Council: From the Cold War to the 21st Century* (2004); Manusama, *The United Nations*

More often than not, UN peacekeeping forces are today invested with a “robust mandate” enabling them to use force, if necessary, to meet specifically defined objectives; e.g. ensuring compliance with a peace agreement, providing a safe environment for the delivery of humanitarian aid, assisting governments in restoring law and order, securing the safe return of refugees, and/or affording protection to civilians under imminent threat of physical violence.¹⁸ While the authorization to use force is usually given under Chapter VII, the Council otherwise tries to uphold as many of the UN’s traditional peacekeeping criteria as possible, particularly regarding local consent to the mission’s deployment as well as its impartiality *vis-à-vis* the political aims of the various factions on the ground.

The use of peacekeeping troops for enforcement purposes, however, has its limits (as the UN learned the hard way in both Somalia and Bosnia in the early 1990s). If there is no peace to keep, or if the gravity of the situation requires a swift and firm international response, the UN is hardly capable of extensive enforcement action. Frequently, therefore, the Security Council authorized member states to intervene, individually or collectively, in internal conflicts deemed to endanger regional peace and security. Prominent examples include the (ill-fated) 1992 intervention of a US-led multinational force in Somalia to establish a secure environment for humanitarian relief operations, NATO’s 1992-95 intervention in Bosnia to control a no-fly zone and to assist UN forces in protecting so-called “safe areas”, as well as the 1999 operation of a multinational force led by Australia to restore peace and stability in East Timor. Using its Chapter VII powers, the Council also approved smaller-scale interventions by states and regional organizations to improve the security and humanitarian situation in war-torn countries such as Cote d’Ivoire (2003), the DRC (2003), Liberia (2003), and Chad (2007).¹⁹

It must be emphasized, however, that in most of these cases the host state has consented to the UN-authorized operation and that the Council has been careful, at least initially, to remain neutral with regard to the merits of the underlying dispute.²⁰ Military intervention to effect the ouster of a recognized government or to enforce a particular political solution on local actors has (so far) not found any backing by the UN. The cases that came closest to such an undertaking concerned the authorization by the Council of the 1994 US-led intervention against the military junta in Haiti as well as its *ex post facto* approval of the 1997 ECOMOG intervention against the military regime in Sierra Leone.²¹ Yet, in both situations, action was taken against regimes which had violently

Security Council in the Post-Cold War Era (2006); Lowe *et al* (ed), *The UN Security Council and War: The Evolution of Thought and Practice since 1945* (2008).

18 In recent years, provisions regarding the protection of civilians have frequently been added to the mandate of UN peacekeeping and other relevant missions. See, for example, UN Doc S/RES/1509 (2003) para 3 (on Liberia); UN Doc S/RES/1706 (2006) para 12 (on Sudan); UN Doc S/RES/1739 (2007) para 2 (on Cote d’Ivoire).

19 See Samuels, *Political Violence and the International Community* (2007) 141 ff.

20 See Wippman, *supra* note 10, 471ff; Gray, *supra* note 11, 327 ff.

21 On Haiti, see UN Doc S/RES/940 (1994); on Sierra Leone, see UN Doc S/RES/1156 (1998).

overthrown democratically elected leaders and had failed to be accepted by the international community as legitimate representatives of their states. In breaking with traditional practice on “governmental legitimacy”, the UN instead continued to recognize the ousted governments of Haiti and Sierra Leone, which both explicitly requested foreign intervention against the coup-based regimes in their respective countries.²²

The Security Council’s turn towards interventionism in situations that would once have been shielded from UN action by Article 2(7) of the Charter is certainly one of the most remarkable aspects of the organization’s practice in the post-Cold War era.²³ In the early phase of this process, the Council justified its engagement with domestic violence by explicitly explaining the negative effects of the respective situation on international peace. In 1991, for example, in addressing the dire situation of Kurds and Shiites in Iraq, the Council explained that the repression of the civilian population in many parts of the country has led “to a massive flow of refugees towards and across international borders and to cross-border incursions which threaten international peace and security”.²⁴ More recent resolutions dealing with internal conflict and civil strife hardly contain any explicit clarification as to why exactly the case under consideration meets the required threshold of Article 39. Instead, the Council usually contents itself with the straightforward determination that “the situation in [xy] constitutes a threat to international peace and security”.²⁵ Consequently, in a 2009 thematic resolution on the protection of civilians in armed conflict, the Council generally noted that “the commission of systematic, flagrant and widespread violations of applicable international humanitarian and human rights law in situations of armed conflict may constitute a threat to international peace and security”.²⁶ Against this backdrop, we now turn to the most recent example of UN-authorized military intervention in a situation of violent domestic conflict: NATO’s operation “Unified Protector” in Libya.

4. The 2011 military intervention in Libya: “R2P” or regime change?

From the forgoing it should be evident that what is remarkable about Resolution 1973 (2011), adopted by the Council on 17 March 2011, is not the fact that it authorizes the use of force to protect civilians in an internal armed conflict. Rather, the resolution is exceptional because it (a) explicitly employs “R2P language” to justify action taken

22 See Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law* (2000), 365 ff. A situation comparable to the cases of Haiti and Sierra Leone has recently unfolded in Cote d’Ivoire; see below, Section 5.

23 Shaw, *International Law* (2008), 1237; see also Oeter, *Menschenrechte, Demokratie und Kampf gegen Tyrannen als Problem der Friedenssicherung? Voraussetzungen und Grenzen der Autorisierung militärischer Gewalt durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen*, in: Bruha (Hg), *Legalität, Legitimität und Moral* (2008) 183.

24 UN Doc S/RES/688 (1991), preamble, para 3. In the body of the resolution, the Council demanded an immediate end to the repression but stopped short of authorizing forcible action to add weight to its demand.

25 Indeed, this standard formula can also be found in Resolution 1973 (2011) on Libya (*supra* note 4).

26 UN Doc S/RES/1894 (2009) para 3. The Council also affirmed “to consider such situations and, where necessary, to adopt appropriate steps” (*ibid*).

under Chapter VII of the UN Charter and (b) provides the legal basis for a large-scale, open-ended military operation against (the armed forces of) a sitting government which was widely recognized as the legitimate representative of its state at the time of the resolution's adoption.²⁷

Regarding the first aspect, commentators have quickly argued that the Council's affirmation of "the responsibility of the Libyan authorities to protect the Libyan population",²⁸ together with its (implicit) determination that Libya is apparently unwilling to meet that responsibility, can be taken as final international acceptance of the much-debated idea of a shared *responsibility to protect* (R2P).²⁹ At the heart of the notion of R2P lies the belief that, while sovereign states have a responsibility to protect their populations from avoidable human suffering, this responsibility must be borne by the broader international community if states are unable or unwilling to do so.³⁰ Arguably, the most significant manifestation of an emerging *opinio juris* supporting the concept can be found in the (formally non-binding) General Assembly's 2005 World Summit Outcome Document, in which the assembled heads of state and government professed, *inter alia*, "to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, [...] should peaceful means be inadequate and national authorities manifestly fail to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity".³¹ Has the community of states followed up on this pledge in the case of Libya; thereby providing the long-awaited missing link between political rhetoric and actual state practice in respect of the "emerging norm" of R2P?

Perhaps. As a general matter, however, viewing Security Council action aimed at the protection of civilians solely through the lenses of R2P is not without problems. In particular, questions remain as to the exact circumstances triggering a transfer of re-

27 So far, only France and Italy have extended formal recognition to the Interim Transitional National Council in Benghazi. A common EU position on the issue does not exist, though the European Council has adopted a declaration in March 2011 stating that "Colonel Khadafi (*sic!*) must relinquish power immediately. His regime has lost all legitimacy and is no longer an interlocutor for the EU. [...] The European Union welcomes ... the interim transitional national council based in Benghazi which it considers a political interlocutor"; EU Doc EUCO 1/11, Brussels, 11.3.2011, paras 7 and 8. "Political interlocutor" is not a term of art in international law. Hence, rather than formally de-recognizing the incumbent Libyan government, the Council simply indicated that EU member states have decided to freeze diplomatic relations with the Gaddafi regime.

28 Resolution 1973 (2011), preamble, para 4.

29 See, for instance, Hilpold, Ein Sieg der Humanität, der auch Österreich fordert, *Der Standard*, 23.3.2011, 39; Patrick, A New Lease of Life for Humanitarianism, *Foreign Affairs*, 24.3.2011, www.foreignaffairs.com/articles/67674/stewart-patrick/a-new-lease-on-life-for-humanitarianism (20.4.2011).

30 See International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect* (2001), VIII. On the evolution and controversial legal nature of the concept, see Stahn, *Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?*, *AJIL* 101 (2007) 99; Bellamy/Reike, *The Responsibility to Protect and International Law*, *Global Responsibility to Protect* 2 (2010) 267; Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect* (2011).

31 World Summit Outcome, UN Doc A/RES/60/1 (2005) para 139. The Security Council reaffirmed this passage of the Outcome Document in UN Doc S/RES/1894 (2009), preamble, para 7.

sponsibility to protect civilians from the national to the international level. In Resolution 1973 (2011), the Council condemns “the gross and systematic violation of human rights” in Libya and considers that “the widespread and systematic attacks” against the civilian population “may amount to crimes against humanity”.³² Obviously, then, while leaving no doubt that Libya fails to protect its own citizens, the Council considered the actual commission of crimes against humanity by the Gaddafi regime a mere possibility. Given that the World Summit Outcome Document (above) provides for R2P-related collective action through the Security Council only if there is evidence of a state’s “manifest failure” to protect its population from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity, one may thus wonder whether this standard has been met in the case of Libya. Michael Walzer, a leading American political theorist and proponent of the just war theory, answers the question with a flat-out “no”. Asserting that military action of the sort now undertaken against Libya is defensible only “in the most extreme cases”, he holds that “Rwanda and Darfur ... would have qualified; Libya doesn’t”.³³ Clearly, Walzer’s approach (which entirely depends on a subjective interpretation of what counts as an “extreme case”) is questionable. However, the point here is not whether, in March 2011, the situation in Libya has or has not met some vaguely defined R2P threshold.³⁴ Rather, it is to question whether the Council, when exercising its Chapter VII powers to protect civilians from serious harm, should actually be subjected to restrictions not foreseen in the UN Charter. Of course, in its contemporary reading, the Charter does not constrain the Council in any significant way. All it requires is that the situation under debate can be said (with a modicum of plausibility) to threaten international peace and that the Council’s response to it is in accordance with the purposes and principles of the United Nations. Still, to tie the exercise of the Council’s authority to additional criteria, such as proof of a state’s “manifest failure” to protect its citizens from mass atrocities, would not only expose the Council to endless debates about the correct timing of collective action,³⁵ it could also undermine the important preventive dimension of the concept of R2P. Indeed, from a human rights and human security standpoint, if the emerging R2P doctrine is to have any practical value it must be about preventing a second Rwanda or Srebrenica, not about having to wait for such tragedies to happen before collective international action can eventually be set in motion to deal with them.

32 Resolution 1973 (2011), preamble, para 7.

33 Walzer, *The Case Against Our Attack on Libya*, *The New Republic*, 20.3.2011, <http://www.tnr.com/article/world/85509/the-case-against-our-attack-libya> (20.4.2011).

34 Apart from the question (now addressed by the International Criminal Court) whether the Libyan regime has indeed committed any crimes against humanity, its serious violations of international humanitarian law – referred to by the Council in both Resolution 1970 and Resolution 1973 – might of course also qualify under the R2P framework as a “manifest failure” to protect the Libyan population from war crimes.

35 Stahn, *supra* note 30, 117.

Arguably, the broad mandate included in Resolution 1973 (2011) echoes these considerations. As already mentioned, the resolution authorizes member states, *inter alia*, “to take all necessary measures, notwithstanding paragraph 9 of resolution 1970 (2011), to protect civilians and civilian populated areas under threat of attack”.³⁶ Thus, contrary to the protection mandate commonly given to UN peacekeeping forces (usually entailing an authorization to take all necessary measures to protect “civilians under imminent threat of physical violence” in the area of the mission’s deployment),³⁷ Resolution 1973 authorizes military action in a wider sense to protect *civilians under threat of attack* (whether or not the threat is imminent) in the entire territory of Libya. Moreover, force may also be used to protect *civilian populated areas*. Rather than protecting persons, this part of the mandate is aimed at the protection of specific geographical zones. Consequently, anticipatory action can lawfully be taken by coalition forces to remove the threat of attacks on Libyan cities and towns, even if anti-government fighters (who presumably do not count as “civilians” under international humanitarian law) are present in those areas and are using them as a basis for their operations.

As the purpose of Resolution 1973 is not simply to end actual attacks on civilians but also to protect civilians and civilian populated areas from the threat of attack, the question arises as to how far exactly the coalition may go in order to fulfill the mandate with which it was entrusted. Evidently, the resolution excludes “a foreign occupation force of any form” on Libyan territory. Yet, this does not seem to bar the sending of military advisers or even a small unit of specially trained soldiers to Libya if this appears necessary to protect civilians and civilian populated areas effectively (that is, if air operations turn out to be insufficient to achieve that goal). Likewise, the resolution authorizes member states to take all necessary measures, “notwithstanding paragraph 9 of resolution 1970 (2011)”. Though the meaning of the phrase is somewhat opaque, it appears to allow those participating in the intervention to deviate from the arms embargo imposed on Libya by Resolution 1970. Most probably, the motive for the inclusion of this exception was to enable coalition forces the transfer of their own military equipment to Libya (particularly Libya’s airspace and territorial waters). Yet, from a legal perspective, it is difficult to see how it could not also be used to provide military aid to local anti-government forces if this proves necessary to achieve the primary objective of Resolution 1973, i.e. the protection of civilians and civilian populated areas under threat of attack.³⁸

36 Resolution 1973 (2011) para 4. Para 9 of Resolution 1970 (2011), which was adopted by the Council on 26 February 2011, provides for an absolute prohibition of any “supply, sale or transfer” of arms and related materiel to Libya.

37 See *supra* note 18.

38 Arming the Libyan rebels for purely offensive purposes (e.g. to assist them in gaining control over areas loyal to the incumbent regime), however, would seem to be a violation of Resolution 1973. To be sure, even if arms were provided exclusively to assist opposition forces in preventing attacks on civilians it would be next to impossible for international actors to control the usage of those arms in the long run. For an insightful discussion of this controversial

In light of all of this, it finally must be asked whether the resolution would even allow for the targeting of Col. Gaddafi personally. As (at the very least *de facto*) commander of the Libyan armed forces, he might well be regarded as a legitimate military target under the general laws of war.³⁹ It is far less clear, however, whether going after Libya's leader would also be in line with Resolution 1973. On the one hand, it must be assumed that, when the Security Council called on the authorities in Tripoli to respond to "the legitimate demands of the Libyan people",⁴⁰ it was fully aware of the fact that Gaddafi's withdrawal from power was on top of the demands of the protesters in Benghazi and other Libyan cities. On the other hand, regime change by or with the support of outsiders was clearly not on the Council's agenda when it adopted Resolution 1973; rather, its authorization of to use force was meant to be strictly limited by the declared goal of protecting civilians and civilian populated areas. Any assessment of the legality of a direct attack by coalition forces on senior members of the Libyan regime, therefore, again revolves around the question whether such action can be interpreted as a measure necessary to reliably remove the threat of assaults on the civilian population. Due to the ambiguity of the phrase "all necessary measures", members of the international coalition against Gaddafi obviously have a considerable degree of discretion in this regard. However, it is also clear that this discretion should be applied with utmost restraint, given that the Security Council's mandate to intervene forcefully in Libya was accepted only grudgingly by some of its members and that any military action in inter-state relations, even if *per se* lawful, has to be proportionate; i.e. must not exceed that which is essential to achieve the action's original purpose.⁴¹

5. Concluding Remarks

Although originally not envisaged by its drafters, subsequent practice has led to a re-interpretation of the UN Charter based on which the legal capacity of the Security Council to concern itself with severe intra-state violence is now, at least in principle, universally recognized. The recent UN-authorized intervention in Libya can thereby be seen as the provisional culmination of a development that has increasingly led the Council to adopt measures specifically geared towards the protection of civilians in internal armed conflict. When the Council authorizes the use of force in such situations, it usually attempts to ensure that the traditional UN principle of impartiality towards

issue, see Akande, Does SC Resolution 1973 Permit Coalition Military Support for the Libyan Rebels?, *EJIL: Talk!*, 31.3.2011; available at: www.ejiltalk.org (20.4.2011).

39 It thereby seems to be secondary whether Gaddafi is seen as a military commander – and, as such, a regular member of the Libyan army – or a civilian commander directly taking part in hostilities by overseeing and commanding the operations of his troops. In either case, he would not come under the protection offered to "civilians" by international humanitarian law, particularly Part IV of Additional Protocol I (1977) to the Geneva Conventions (1949).

40 Resolution 1973 (2011) para 2; see also Resolution 1970 (2011) para 1.

41 See Franck, On Proportionality of Countermeasures in International Law, *AJIL* 102 (2008) 715 (719ff)

the political aims of the factions participating in the conflict is being upheld. However, if the risk of humanitarian disaster originates primarily in policies ordered or supported by the incumbent government of the state concerned, UN action will inevitably also have to be directed primarily against the regime and its supporters. Upholding an overall neutral posture *vis-à-vis* the competing factions and their political interests will often turn out to be infeasible in such a scenario. Rather to the contrary, the Council's protection mandate, if taken seriously, might even force UN peacekeepers or UN-authorized "coalitions of the willing" to assist local non-state actors in the removal of the respective regime.

A final look at recent events in Cote d'Ivoire reveals that these considerations are not merely intellectual game playing. Following his defeat in UN certified elections in November 2010, former President Laurent Gbagbo refused to cede power to his opponent, Alassane Ouattara. The UN and African regional organizations officially recognized the election of Ouattara and repeatedly called on Gbagbo to step down. In March 2011, the Security Council adopted targeted sanctions against the president and persons associated with his "illegitimate regime". It also recalled its earlier authorization given to UNOCI (the UN peacekeeping force in Cote d'Ivoire) "to use all necessary means to carry out its mandate to protect civilians under imminent threat of physical violence".⁴² Shortly thereafter, referring to continued attacks against civilians, UNOCI – together with French forces authorized by the Council to support UN troops – launched a military operation against forces loyal to the former president, including air strikes against heavy weapons allegedly stored at the compound of his residency. With his defenses weakened by UN and French strikes, Gbagbo was captured by his rival's forces and taken into custody on 11 April 2011.⁴³

Presumably, Col. Gaddafi was not amused when he learned about the fate of his former counterpart in Cote d'Ivoire.

Dr. Christian Pippan is a Senior Lecturer and Researcher at the Institute of International Law and International Relations at the University of Graz (Austria); christian.pippan@uni-graz.at

42 UN Doc S/RES/1975 (2011) para 6.

43 Statement by the UN Secretary-General on Cote d'Ivoire, SG/SM/13503, AFR/2160, 11.4.2001.

Kosmetische Symbolik

Die Rechtsentwicklung zur Verhinderung von Zwangsehen in Deutschland und Österreich

Moritz Assall / Karl Marxen

„Zwangsheirat ist kein Randphänomen: Jede zweite Türkin in Deutschland gibt an, ihre Eltern hätten den Ehepartner für sie ausgesucht, jede vierte kannte ihren Mann vor der Hochzeit nicht.“ So wird Necla Keleks vor mittlerweile fünf Jahren erschienenes Buch „Die fremde Braut“ beworben, und so rückt das Thema Zwangsheirat seitdem ins Bewusstsein einer breiteren Öffentlichkeit. Jede zweite Heirat unter Türken und Türkinnen in Deutschland also eine Zwangsheirat?

Um sich solchen Fragen zu widmen, sollten zunächst die Begrifflichkeiten geklärt werden. Unter einer Zwangsheirat wird eine Eheschließung aufgrund von Drohung oder Gewaltanwendung verstanden. Eine Zwangsheirat ist dabei von einer sogenannten „arrangierten Heirat“ zu unterscheiden, bei der „lediglich“ von Eltern oder Verwandten ein Ehepartner oder eine Ehepartnerin ausgesucht, die Heirat jedoch nicht aufgrund von Gewaltanwendung oder Drohung eingegangen wird.¹ Vielmehr spielen dort familiäre Erwartungen, nicht aber zwingend Gewalt eine Rolle. Schwierig bleibt nichtsdestotrotz die Abgrenzung in einigen Fällen, in denen bei besonders jungen Ehepartner_innen beispielsweise der Druck von Eltern enorm sein kann.²

1. Unklare Empirie und öffentliche Debatte

Gegenwärtig ist vollkommen unklar, wieviele Fälle von Zwangsheirat es wohl in Deutschland geben mag.³ Zwar wusste Bayerns Innenminister Joachim Hermann (CSU) bereits 2008 vor „zwischen 20.000 und 30.000 Zwangsverheiratungen von jungen

1 *Beclin*, Rechtliche und politische Strategien gegen Zwangsehen in Österreich, in *Holzleithner/Strasser* (Hrsg), *Multikulturalismus queer gelesen*, 2010, 144; *Mirbach* (Hrsg), *Ergebnisse einer Befragung zu dem Thema Zwangsheirat in Hamburg*, Johann Daniel Lawaetz – Stiftung, 2008, 7; *Moebius/Schubert*, *Zwangsheirat – Mehr als nur ein Straftatbestand: Neue Wege zum Schutz der Opfer*, in *ZRP Zeitschrift für Rechtspolitik* 2006, 33 (34).

2 *Phillips*, *Juristische Diskurse um Zwangsehen in Grossbritannien*, in *Holzleithner/Strasser*, 182 (184f); *Schiller*, *Zwangsverheiratung im Fokus: Ein Vergleich von Auftragsstudien in europäischen Ländern*, in *Holzleithner/Strasser*, 47 (60f); *Stark*, *International Family Law*, 2005, 26; teilweise wird eine solche Differenzierung sogar explizit abgelehnt, bspw. *Kelek*, *Die fremde Braut*, 2005 (221 f).

3 *Mirbach*, *Ergebnisse*, 3f; *Moebius/Schubert*, *Zwangsheirat*, 34; *Sütçü*, *Zwangsheirat und Zwangshehe – Falllagen, rechtliche Beurteilung und Prävention*, 2009, 25.

muslimischen Frauen in Deutschland pro Jahr“ zu warnen.⁴ Parteikollege Aydin Findikci alarmierte in der deutschen Tageszeitung DIE WELT, dass die „Zahl von jährlich 30.000 islamistischen [sic!] Zwangsverheiratungen in Deutschland für die Aufnahmegesellschaft ein Alarmzeichen“ darstellen müsse.⁵ Die Quellen für solcherlei Vermutungen bleiben indes regelmäßig nebulös, was nicht verwundert, denn es gibt bislang keine validen Daten für die Bundesrepublik.

Ähnlich das Bild in Österreich. Auch hier gibt es kein seriöses Zahlenwerk, dafür wilde Mutmaßungen in den Medien. Der Standard zitierte im November 2010 einen Polizeibeamten, der einräumte, dass es keine validen Studien gebe, sich aber dennoch ein Urteil zutraute: Inklusive der arrangierten Ehen sei „so ziemlich jede Ehe in der türkischen Community eine Zwangsheirat.“⁶ Nur wenige Tage später war dann wieder im Standard zu lesen, dass „ExpertInnen“ von jährlich 200 Opfern ausgehen.⁷ Kurz: alle verkünden horrende Zahlen, die niemand hat, nur die Höhe variiert je nach politischem Weltbild.

Dabei ist interessant, in welchem politischen Kontext die Zwangsheirat in verschiedenen Ländern diskutiert wird. In Belgien wurde Zwangsheirat vor allem als Spielart der Scheinehe debattiert, in Frankreich war sie Anlass zu Diskussionen über die Grenzen der laïcité, also der strengen Trennung von religiösen Angelegenheiten und dem Staat, denn Zwangsheiraten wurden (auch) als religiöse Praktik betrachtet.⁸

Besonders in Deutschland und Großbritannien werden im öffentlichen Diskurs Zwangsheiraten als Menschenrechtsproblematik und Ausdruck fehlender kultureller und sozialer Integration von Einwanderern gesehen.⁹ Insbesondere in der deutschen Auseinandersetzung um Zwangsheiraten und multikulturelle Gesellschaft hätten sich einige Protagonist_innen den Einwand der Sozialanthropologin Sabine Strasser, dass „in selbstverständlicher Weise wichtige Zielsetzungen wie Menschenrechte, Gleichheit und Demokratie meist so an Minderheiten herangetragen werden, als hätten »wir« diese und »sie« nicht“¹⁰, zu Herzen nehmen sollen. Doch auch in Großbritannien verlief die öffentliche Diskussion um den Umgang mit Zwangsheiraten nicht frei von rassistischen Klischees und Generalisierungen. Daher war beispielsweise ein Argument gegen die Einführung eines strafrechtlichen Tatbestandes, der ausdrücklich Zwangsheiraten unter Strafe stellt, die mögliche Stigmatisierung von ethnischen Minderheiten, da sich auch dort die Diskussion

4 Vgl. <http://www.csu-toeing.de/KundgebungHerrmann.html> (30.12.2010).

5 Findikci, Veraltete Koran-Auslegung bremst die Integration, <http://www.welt.de/politik/deutschland/article5665837/Veraltete-Koran-Auslegung-bremst-die-Integration.html> (30.12.2010).

6 Standard vom 18.11.2010, <http://diestandard.at/1289608133038/Arrangierte-Ehen-Immer-mehr-registrierte-Faellen-von-Zwangsheirat> (30.12.2010).

7 Standard vom 25.11.2010, <http://diestandard.at/1289608760537/Frauenministerin-kuendigt-deutliches-Zeichen-gegen-Zwangsheirat-an> (30.12.2010).

8 Riaño/Dabinden, Zwangsheirat: Hintergründe, Massnahmen, lokale und transnationale Dynamiken, 2010, 11 f.

9 Ebenda.

10 Strasser, Ist der Multikulturalismus noch zu retten?, in *Holzleithner/Strasser*, 342 (347).

primär um Migrant_innen drehte.¹¹ Die britische Regierung bemühte sich jedoch immer wieder zu versichern, dass es nicht um die Verfestigung von negativen Stereotypen in Bezug auf die Rolle von Migrant_innen und dem Phänomen der Zwangsheirat gehe, sondern um den Schutz der betroffenen Personen. Dieser Ansicht schlossen sich auch einige NGOs wie die „Southall Black Sisters“¹² sowie die „Rights of Women“¹³ an, die so die Bedenken um die Stigmatisierung beiseite schoben.

In Österreich wurde Zwangsehe vor einigen Jahren zum Thema.¹⁴ Im Jahr 2005 gab das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen in Zusammenarbeit mit den Minister_innen für Äußeres, Inneres, Justiz, Bildung und Generationen die Broschüre „Maßnahmen gegen traditionsbedingte Gewalt gegen Frauen in Österreich“¹⁵ heraus. Der Inhalt ist schnell zusammengefasst: Zwangsheirat, Genitalverstümmelung und Ehrenmorde werden als traditionelle, kulturelle und rituelle Gewaltpraktiken dargestellt, die der „Kultur“ der Aufnahmegesellschaft Österreich entgegenstünden. Im Treffen der EU-Gleichstellungsminister_innen unter österreichischem Vorsitz im Januar 2006 in Brüssel wurde dann das „Network against Harmful Traditions – NAHT“ ins Leben gerufen. Seither herrscht ein öffentlich geführter Sensationsdiskurs vor. Dieser gewann im Lauf der Jahre in Österreich wie auch in Deutschland und der Schweiz zunehmend an Fahrt: Eine Untersuchung zeigte, dass zum Beispiel in der Schweiz die Berichterstattung ab 2005 stark zugenommen hat.¹⁶ Schlüsselworte sind hierbei „importierte Bräute“, „Ferienheirat“, „Scheinehen“ oder „Heirat als Eintrittsticket“.¹⁷ Eine konstruktive gesellschaftliche Debatte sieht anders aus, doch in Deutschland, Österreich und der Schweiz machen die Rechtspopulist_innen auf sich aufmerksam – und Zwangsheirat ist eines ihrer Lieblingsthemen. Das verwundert nicht, schließlich ermöglichen diese Themen, rassistische Ansichten in der Mitte der Gesellschaft zu verankern, indem progressive Themen wie der Kampf um Frauenrechte in kulturalisierender Form den einen zu- und anderen abgesprochen und so gesellschaftliche Probleme ethnisiert werden. Diejenigen, die sich nun im Namen der Frauenrechte gegen „den Islam“ stellen, sind diejenigen, die Frauenrechten bislang bestenfalls gleichgültig gegenüberstanden.

11 Forced marriage could be banned, BBC, 05.11.2005, abrufbar unter http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/4214308.stm (30.12.2010).

12 A Position Paper by Southall Black Sisters in Respect of the Proposal to Create a New Civil Law on Forced Marriage, S. 6, abrufbar unter <http://www.womensaid.org.uk/downloads/SBS%20position%20paper%20on%20forced%20marriage.doc> (30.12.2010).

13 Rights of Women Consultaion Response: Forced Marriage (Civil Protection) Bill“, S. 2, abrufbar unter http://www.rightsofwomen.org.uk/pdfs/consultation/forced_marriage2.pdf (30.12.2012).

14 Meier, Zwangsheirat – Rechtslage in der Schweiz, Rechtsvergleich mit Deutschland und Österreich, 2010, 273.

15 Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, Maßnahmen gegen traditionsbedingte Gewalt gegen Frauen in Österreich, www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=20856 (30.12.2010).

16 Cirigliano, Thematisierungsprozesse des Rechts und der Massenmedien am Beispiel der Massnahmen gegen Zwangsheiraten. Eine quantitative und qualitative rechtssoziologische Analyse, in: Hänni, Kühne (Hrsg), Brennpunkt Medienrecht. Das mediale Zeitalter als juristische Herausforderung, 2010, 265ff; vgl. auch Meier, S. 2 Fn 2.

17 Zitiert nach Riaño/Dabinden, Hintergründe, 12.

Diese Instrumentalisierungen ändern freilich rein gar nichts daran, dass jede geschlossene Zwangsheirat eine Zwangsheirat zu viel ist und jeder Zwang zur Heirat zu bekämpfen ist. Dies hat auch die deutsche Bundesregierung erkannt und einen „Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Zwangsheirat“¹⁸ auf den Weg gebracht. Dieser sieht dreierlei Instrumentarien vor, die Zwangssehen verhindern und Opfer schützen sollen: Die Einführung eines neuen Straftatbestandes, Änderungen im Familien- und auch im Aufenthaltsrecht.

2. Rechtslagen im Überblick

2.1. Rechtslage in Deutschland

Die Berichterstattung der Medien konzentrierte sich zumeist, wie auch in Österreich¹⁹, auf den strafrechtlichen Aspekt. Dabei ändert eine Änderung des materiellen Strafrechts bei näherer Betrachtung wenig, denn auch nach der Änderung des materiellen Rechts stellt sich für die Opfer nach wie vor die zentrale Frage, wie Außenstehende Zwangssehen erkennen, beweisen und verhindern können. Hinzu kommt, dass zwar ein neuer Straftatbestand der „Zwangsheirat“ als § 237 des Strafgesetzbuchs eingeführt werden soll – jedoch wird durch das 37. Strafänderungsgesetz²⁰ bereits seit 2005 nach § 240 Absatz 4 Nr. 1 2. Alternative StGB eine Person mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bestraft, wenn sie „eine andere Person zu einer sexuellen Handlung oder zur Eingehung der Ehe nötigt“.

Die neuen Änderungsvorschläge bedienen zwar den unsäglichen Zeitgeist, einem vernünftigen politischen Umgang mit sozialen Problemen dadurch auszuweichen, dass unter großem Tamtam am Strafgesetzbuch herumgebastelt wird. Plakativ einen neuen Straftatbestand einzufordern, zeugt bestenfalls von Aktionismus, realistischerweise indes von Hilflosigkeit. Familienministerin Kristina Köhler (CDU) hielt diesem Einwand entgegen, dass es „schon alleine ein Unterschied ist, ob die Tochter ihrem Vater sagen kann, ‚Zwangsheirat ist verboten und du machst dich strafbar‘, oder ob sie wie bisher auf eine ‚qualifizierte Nötigung‘ verweisen muss.“²¹ Tatsächlich gibt es auch durchaus Beispiele wie etwa die Einführung des § 238 StGB zum Schutz vor Stalking, die aus einer vergleichbaren Argumentation heraus meist zu Recht als Fortschritt angesehen werden. Anders als beim Stalking stand jedoch bei der Zwangsehe bereits zuvor explizit im Strafgesetzbuch, dass diese unter Strafe steht. Neu ist allein, dass dies in einer eigenen Norm geschieht. Realistisch betrachtet bleibt es dabei: Das ist nicht mehr als Symbolik.

18 Abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2010/0704-10.pdf> (30.12.2010).

19 Rössl, Zwangsverheiratung: Zur rechtlichen Matrix in Österreich, in *Holzleitner/Strasser*, 123 (128).

20 37. Strafänderungsgesetz (Deutschland) vom 11.02.2005 (BGBl. 2005 I 239).

21 Hamburger Abendblatt vom 28.10.2010, <http://www.abendblatt.de/politik/deutschland/article1677330/Gesetzentwurf-Muslime-fuehlen-sich-uebergangen.html> (30.12.2010).

Tatsächliche Auswirkungen dürften hingegen die Änderungen im deutschen Ausländerrecht haben. Hier sollen durch das Hintertürchen an diversen Stellen die Daumenschrauben für Personen mit unsicherem Aufenthaltsstatus angezogen werden, zum Beispiel durch eine nun zwingend vorgesehene Überprüfung der Teilnahme an sogenannten „Integrationskursen“ für die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis.²² Mit der Thematik „Zwangsehe“ und ihrer Verhinderung haben diese Vorschläge freilich rein gar nichts zu tun. Die Bundesregierung dürfte eher den Zeitpunkt für diese Verschärfungen als günstig angesehen haben, da mit der öffentlichen Fokussierung auf die Zwangsehenproblematik die Änderungen im Ausländerrecht kaum kritische Resonanz erhalten werden. Zumindest teilweise eine Verbesserung wären demgegenüber die geplanten aufenthaltsrechtlichen Änderungen, die auch tatsächlich Fälle der Zwangsehen betreffen. So soll in Deutschland aufhältigen Menschen, die im Ausland zwangsverheiratet wurden und dort verblieben, unter bestimmten Bedingungen ein zehnjähriges Rückkehrrecht nach Deutschland zugesprochen werden.²³ Bislang stand diesen Personen ohne deutsche Staatsbürgerschaft nur ein Rückkehrrecht innerhalb von fünf Jahren zu – wer sich also später aus der Zwangsehe löste, konnte grundsätzlich nicht nach Deutschland zurückkehren. Auch sollen Zwangsehen zivilrechtlich zukünftig innerhalb von drei statt wie bislang einem Jahr aufhebbar sein.²⁴ In Deutschland gilt also weiter wie auch in Österreich und der Schweiz²⁵ der Grundsatz, dass eine Zwangsehe prinzipiell wirksam und lediglich aufhebbar ist. Durch die geplante verlängerte Aufhebungsfrist soll den Opfern nun mehr Zeit eingeräumt werden einen Aufhebungsantrag zu stellen, da sich die „Betroffenen [...] oftmals in einer besonderen emotionalen Situation befinden und somit häufig erst nach längerem Zeitablauf in der Lage sein werden, eine Aufhebung der Ehe aktiv zu betreiben“²⁶. Faktisch würde sich hierdurch oft nur wenig an der Situation bessern, denn oft werden bereits die bestehenden Rechte aus anderen Erwägungen nicht in Anspruch genommen: Sobald eine Zwangsheirat annulliert wird, erlöschen regelmäßig Unterhaltsansprüche und einem selbstbestimmten Leben fehlt die finanzielle Basis – angesichts der vielfach vorherrschenden ökonomischen Nöte ein wesentlicher Aspekt, der Menschen effektiv davon abhalten wird, die Ehe aufheben zu lassen.

2.2. Rechtslage in Österreich

In Österreich gilt, vergleichbar mit der noch aktuellen Rechtslage²⁷ in Deutschland, seit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2006 die Ehenötigung explizit als schwere Nötigung

22 Diese Prüfungspflicht bzw. Prüfungsermächtigung soll in einem reformierten § 8 Abs.3 Aufenthaltsgesetz verankert werden.

23 Dies soll durch Einfügung eines neuen Absatz 2a in den § 37 Aufenthaltsgesetz erfolgen.

24 So jedenfalls der Entwurf zur Änderung des § 1317 Bürgerliches Gesetzbuch.

25 *Meier*, Rechtsvergleich, 65; *Riaño/Dahinden*, Hintergründe, 42 f.

26 Entwurf der deutschen Bundesregierung, S. 25f, abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwuerfe/zwangsheirat.pdf> (30.12.2010).

27 Zur Rechtslage bis Juni 2006 in Österreich s. *Beclin*, Strategien, in *Holzleithner/Strasser*, 144 (151).

(§ 106 Abs. 1 Z 3 des Österreichischen Strafgesetzbuches).²⁸ Im Jahr 2007 wurde dann eine erste Gesetzesinitiative eingereicht, die die Einführung eines Spezialtatbestandes der Zwangsheirat vorsah. Ein Jahr später wurde ein zweiter, auf dem ersten aufbauender, Gesetzesvorschlag initiiert, der noch weitere Änderungen im Strafrecht und im Ehegesetz vorsieht.²⁹ Bis jetzt haben diese Initiativen keinen Erfolg gehabt, die Gesetzesvorschläge wurden nicht verabschiedet.

Zivilrechtlich betrachtet ist, ähnlich wie nach aktueller deutscher Rechtslage, in Österreich eine Ehe, die unter Drohung eingegangen wurde, gemäß §§ 39,40 EheG aufhebbar.³⁰ Aufgrund der schwierigen Beweisproblematik sind Eheaufhebungen jedoch in Österreich in der Praxis sehr selten, so dass auch erzwungene Ehen offenbar überwiegend mit einer Scheidung beendet werden.³¹ In aufenthaltsrechtlicher Hinsicht ist der zum 01.01.2010 neugefasste § 27 NAG positiv zu bewerten, der wenigstens in manchen Konstellationen den Opfern einer (beendeten) Zwangsehe neuerdings ein eigenes Niederlassungsrecht³² einräumt.

3. Situation in anderen Ländern

Ein Blick auf andere Länder fördert kaum grundlegend andere Rechtsauffassungen zu Tage. Zumindest als Fall einer Nötigung lässt sich eine Zwangsverheiratung meist subsumieren und entsprechend bestrafen. Trotz des Fehlens eines eigenen Tatbestandes ist beispielsweise in Großbritannien eine Zwangsverheiratung dennoch strafbar, da sie als Freiheitsberaubung oder Erpressung gewertet werden kann bzw. mit Körperverletzungen einhergeht.³³ Gleichzeitig wurde aber auch erkannt, dass wenn es um den Schutz von Frauen und Mädchen geht, nicht immer das Strafrecht als „schärfstes Schwert des Staates“ die effektivste Methode ist. So wurde beispielsweise mit dem „Forced Marriage Act 2007“ die Zwangsheirat als Herausforderung an die Gesellschaft erkannt, jedoch nicht primär als strafrechtliches, sondern als familien- bzw. öffentlichrechtliches Problem. Durch das seit 2008 geltende Recht sollten insbesondere von Zwangsheirat bedrohte Frauen und Männer eine realistische Chance erhalten, sich an öffentliche Beratungsstellen zu wenden und gerichtliche Verfügungen zu ihrem Schutz erlangen zu können.³⁴ So sind der Erlass von „injunctions“, also gerichtliche Aufenthalts- oder Nä-

28 Strafrechtsänderungsgesetz (Österreich) vom 08.05.2006 (BGBl I Nr 56/2006).

29 Gesetzesinitiative vom 17.06.2008, 169/A-BR/2008.

30 Meier, Rechtsvergleich, 106; kritisch zu der Theorie der aufhebbaren, aber nicht ungültigen Ehe in Österreich s. Rössl, Matrix, in Holzleithner/Strasser, 123 (129).

31 Rössl, Zwangsverheiratungssituationen als Anknüpfungspunkt von institutionellem Handeln, in Holzleithner/Strasser, 165 (177).

32 Zu den vielschichtigen Einzelheiten s. Meier, Rechtsvergleich, 258 ff.

33 Phillips, Diskurse, in Holzleithner/Strasser, 182 (190).

34 House of Commons Library, „Forced Marriage (Civil Protection) Bill“, abrufbar unter www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2007/rp07-056.pdf (30.12.2010).

herungsverbote möglich, um ein weiteres Einwirken auf ein Opfer einer geplanten Zwangsehe zu unterbinden, was Expert_innen³⁵ durchaus als wirksames Mittel erachten. Des Weiteren stellt eine besondere „Forced Marriage Unit“³⁶ unter Aufsicht des Innen- sowie des Außenministeriums bereits seit 2005 eine breite Öffentlichkeit her und informiert über Schutzangebote und rechtliche Fragen. Entgegen anders lautender Gerüchte ist auch in der Türkei die Zwangsehe verboten³⁷, die Eheschließung setzt in der türkischen Republik den freien Willen von Braut und Bräutigam voraus.³⁸ Auch wenn dort kein eigener Straftatbestand besteht, so können durchaus Verurteilungen wegen „Gewalt“, „Drohung“ und „Vergewaltigung“ erfolgen.³⁹

Dieser zumindest der groben Zielrichtung nach auf juridischer Ebene vorhandene Konsens sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die gesellschaftlichen Konzeptionen von „Ehen“ und damit auch „Zwangsehen“ in verschiedenen Gesellschaften unterschiedlich sein können. Es ist sogar davon auszugehen, dass in einigen Ländern Zwangsheiraten oder arrangierte Ehen zu Teilen durchaus dem Gedanken der Fürsorge der Eltern für ihre Kinder bzw. Töchter folgen, da hierin die einzige Möglichkeit gesehen wird, der ungesicherten materiellen Versorgung des Kindes zu begegnen.⁴⁰ Man sollte sich also hüten, die beteiligten Personen pauschal zu dämonisieren – so monokausal, wie Zwangsverheiratungen oft dargestellt werden, sind sie einfach nicht.

Anzumerken ist dabei unbedingt, „dass auch in den westlichen Ländern Europas die Ehe für Frauen bis zum vorletzten Jahrhundert fast die einzige Form der Unterhaltssicherung darstellte“⁴¹. Diese historische Tatsache wird in Diskussionen immer wieder ignoriert oder verschwiegen, widerlegt sie doch die begehrte Trennungsschärfe zwischen „uns im Westen“ und „den anderen“.

4. Helfen – aber wie?

Insgesamt werden sich Zwangsehen durch Strafgesetze kaum verhindern lassen.⁴² Zumeist dürfte eine strafrechtliche Verfolgung an der Angst der Betroffenen und ihrer

35 So bspw. *Phillips*, Diskurse, in *Holzleithner/Strasser*, 182 (199).

36 Erklärung des britischen Außenministeriums „The Right to Choose: Multi-agency statutory guidance for dealing with forced marriage“, S. 4, abrufbar unter <http://www.fc.gov.uk/resources/en/pdf/3849543/forced-marriage-right-to-choose> (30.12.2010).

37 Amnesty International AI-Journal März 2005, „Im Namen der Familie: Zwangsheirat verstößt gegen die Menschenrechte“, abrufbar unter <http://www.amnesty.de/umleitung/2005/deu05/015?lang=de%2526mimetype%3Dtext/html> (30.12.2010); missverständlich daher zunächst *Strasser/Sungur/Tuncer*, Ehe und Ehre im Wandel: Arrangement und Zwang in der Türkei, in *Holzleithner/Strasser*, 202 (203).

38 *Kiliç* in *Süß/Ring*, Eherecht in Europa, 2006, S1289, Rn. 3; *Sütçü*, Falllagen, 275.

39 *Strasser/Sungur/Tuncer*, Ehe und Ehre, in *Holzleithner/Strasser*, 202 (211f); *Sütçü*, Falllagen, 279 f.

40 *Busch*, Eine Frage der Ehre, in *NJ Neue Justiz*, 2010, 18 (25); ähnlich auch *Aulakh*, Forced to wed: They think they're doing what's best for the child, in *The Star*, 14.11.2009, abrufbar unter <http://www.thestar.com/news/canada/article/725781> (30.12.2010).

41 *Mirbach*, Ergebnisse, 7.

42 So auch das Resümee von *Riaño/Dahinden*, Hintergründe, 151; *Meier*, Rechtsvergleich, 271.

mangelnden Anzeige- und Aussagebereitschaft scheitern. Kinder zeigen ihre Eltern nur in den seltensten Fällen an, weil dies nicht nur einen unwiderruflichen Bruch mit der Familie bedeuten kann, sondern auch, weil dann unter Umständen ein Teil der Familie das Land verlassen muss.⁴³ Dies hängt mit der Widerrufsmöglichkeit von Aufenthaltstiteln zusammen, die im Zuge der Aufdeckung einer Zwangsehe bestehen. Die Einführung von besonderen Zwangsehe-Tatbeständen in den Strafgesetzbüchern kann daher allenfalls untergeordneter Teil eines Maßnahmenbündels sein. Sinnvoll wäre eher die Förderung von praktischen Hilfsangeboten wie Frauenhäusern und Beratungsstellen für Betroffene, damit überhaupt eine reelle Chance besteht, dass zwangsverheiratete Menschen eine Alternative jenseits von Ehepartner_in und Familiendruck haben.⁴⁴ Auch ist zu bedenken, dass Zwangsverheiratung an soziale und ökonomische Ungleichstrukturen gekoppelt ist. Solange in dieser nationalstaatlich strukturierten Welt Migration einen sozialen Aufstieg bedeuten kann und europäische Abschottungspolitik weiterhin den Zugang für viele Menschen unmöglich macht, werden arrangierte und erzwungene Eheschließungen Handlungsstrategie sein und bleiben.⁴⁵

Erschwert wird der Diskurs über sinnvolle Mittel und Wege dadurch, dass die Thematik ein mehr als dankbares Einfallstor für rassistische Ressentiments ist. Wahrgenommen werden in der breiten Öffentlichkeit fast ausschließlich Fälle muslimischer Zwangsehen. Nicht muslimische Zwangsheiraten gilt es aber zu bekämpfen, sondern alle Zwangsheiraten, seien sie zwischen Muslim_innen, Christ_innen, Hindus oder sonst jemand.

Moritz Assall studiert Internationale Kriminologie in Hamburg.

Karl Marxen studiert Rechtswissenschaften in Hamburg.

43 *Riaño/Dabinden*, Hintergründe, 151.

44 So auch *Beclin*, Strategien, 162 f; *Bielefeldt*, Anmerkungen, 26.

45 *Riaño/Dabinden*, Hintergründe, 153.

Der EMRK-Beitritt der EU

Eine kritische Darstellung zum Spannungsfeld von effektivem Rechtsschutz und Rechtsautonomie der EU

Paul Gragl

1. Einleitung

Die bereits seit Jahrzehnten andauernde Debatte zum Beitritt der Europäischen Union (EU) zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) hat nun einen kritischen Punkt erreicht. Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und dem 14. Zusatzprotokoll zur EMRK wurde endlich eine rechtliche Basis für diesen Beitritt geschaffen, deren Mangel vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) in seinem Gutachten 2/94¹ noch als Hindernis für dieses Vorhaben beanstandet wurde. Die beiden Parteien – EU und Europarat – haben daher die Verhandlungen im Juli 2010 aufgenommen und hoffen auf einen raschen Abschluss des Beitrittsabkommens.²

Die Vision eines zukünftigen EMRK-Beitritts der Union wurde jedoch auch stets skeptisch betrachtet. So wurde von Kritikerinnen und Kritikern vor allem auf mögliche Beeinträchtigungen der Autonomie der EU-Rechtsordnung und eine potentielle Unterordnung des EuGH unter den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hingewiesen. Diesen Argumenten begegnete man, indem man in Art 6 Abs 2 EUV erklärte, dass der „Beitritt nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union [ändert].“ Ebenso soll Art 1 des Protokolls Nr 8 zu den Verträgen sichern, dass „die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts [im Rahmen des EMRK-Beitritts] erhalten bleiben.“ Trotz dieser Beteuerungen und rechtlichen Absicherungen in den Verträgen bleibt abzuwarten, ob der Beitritt zur EMRK in der Realität nicht doch erhebliche Auswirkungen auf die rechtliche Autonomie der Union und die bestehende Kompetenzverteilung zwischen EU und den Mitgliedstaaten nach sich ziehen wird. Dieser Beitrag wird daher im Folgenden zuerst kurz darstellen, was man eigentlich unter der Autonomie des EU-Rechts versteht. Danach wird anhand eines konkreten Beispiels – der Individualbeschwerde nach Art 34 EMRK – gezeigt werden, welche Schwierigkeiten sich nach dem Beitritt für dieses Autonomiekonzept ergeben können.

1 EuGH 28.3.1996, Gutachten 2/94, EMRK, Slg 1996, I-1763.

2 Vgl Europarat, Presseaussendung 545 (2010), 7.7.2010, und Rat der Europäischen Union, Beschluss des Rates zur Ermächtigung der Kommission zur Aushandlung der Übereinkunft über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), 8.6.2010, Dok 10817/10.

2. Die Autonomie der EU-Rechtsordnung – eine Begriffsbestimmung

Seit dem berühmten Urteil in der Rechtssache *Costa/ENEL*³ betrachtet der EuGH die supranationale Rechtsordnung der Union als autonom, insbesondere, um mittels dieses Konzepts den Vorrang des Unionsrechts gegenüber den Mitgliedstaaten zu begründen und zu sichern. In seinem Gutachten 1/91 zum EWR-Abkommen hat der EuGH schließlich das Autonomiekonzept im Hinblick auf das Völkerrecht mit dem Argument definiert, dass die Übertragung von Zuständigkeiten auf den geplanten EWR-Gerichtshof mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sei, weil sie geeignet ist, die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und die Autonomie des Rechtssystems der Gemeinschaft zu beeinträchtigen.⁴ Diese Auffassung hat der Gerichtshof auch gegenüber der Charta der Vereinten Nationen in seinem Kadi-Urteil bestätigt und zudem ausgeführt, dass es gem Art 19 EUV dem EuGH obliegt, die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und damit die Autonomie des Rechtssystems der Gemeinschaft gegenüber Beeinträchtigungen durch internationale Übereinkünfte zu wahren.⁵

Im Ergebnis bedeutet das, dass völkerrechtliche Übereinkünfte zwischen der Union und einer anderen internationalen Organisation die interne Kompetenzverteilung der Union keinesfalls ändern oder beeinflussen dürfen. Dasselbe Argument gilt natürlich auch für den EMRK-Beitritt der Union. Natürlich wird und muss der EGMR nach dem Beitritt seine Gerichtsbarkeit auch über EU-Organe ausüben, um Menschenrechtsverletzungen durch Unionsakte zu ahnden, vor allem, um eine gewisse Kohärenz des Menschenrechtsschutzes in Europa garantieren zu können. Aber die Integration der EU in das System der EMRK muss auch die Autonomie der Unionsrechtsordnung und den speziellen Status des EuGH darin berücksichtigen.⁶ Einige Rechtsexperten vertreten seit langem die Ansicht, dass der Beitritt in keinsten Weise das Autonomiekonzept der EU in Frage stelle, weil der EuGH auch danach seine exklusive Stellung als die höchste Rechtsprechungsinstanz innerhalb der EU behalten werde.⁷ Der EGMR wäre deshalb auch nicht als oberster Gerichtshof zu betrachten, sondern vielmehr als spezialisierter Gerichtshof, der eine externe Kontrollfunktion ausüben wird.⁸ Außerdem würde der EGMR ja nur jene EuGH-Urteile auf EMRK-Konformität überprüfen, die einen menschenrechtlichen Bezug aufweisen. Diese würden in der Realität wohl nur einen kleinen Prozentsatz ausmachen.⁹

3 EuGH 15.7.1964, Rs 6/64, *Costa/ENEL*, Slg 1964, 1141.

4 Vgl EuGH 14.12.1991, Gutachten 1/91, EWR I, Slg 1991, I-6097, Abs 36 f.

5 Vgl EuGH 2.9.2008, verb Rs C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi und Barakaat/Rat und Kommission*, Slg 2008, I-6351, Abs 282.

6 Vgl ausführlicher *Krüger*, Reflections Concerning Accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights, Penn State International Law Review 2002, 89 (95).

7 Vgl *Alber/Widmaier*, Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung, EuGRZ 2000, 497 (506ff); vgl ebenso *Krüger/Polakiewicz*, Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa, EuGRZ 2001, 92 (100ff).

8 Vgl Europäischer Konvent, Schlussbericht der Gruppe II über die Charta, CONV 354/02, 22.10.2002, 12.

9 Vgl *Alber/Widmaier*, EuGRZ 2000, 506.

Prima facie scheinen diese Argumente zu überzeugen. Man kann den EuGH sicherlich als quasi-innerstaatliches Gericht ansehen, das die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge sichert. Nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zählt zu diesem Rechtsbestand die Grundrechte-Charta und, nach einem zukünftigen Beitritt, auch die EMRK. In diesem Sinne ist der EuGH, wenn man es in analoger Weise so nennen will, nicht mehr oder weniger als ein innerstaatliches Höchst- oder Verfassungsgericht, das einen angemessenen Schutz der Grundrechte auf Grundlage der Charta und der EMRK zu gewährleisten hat.

Dennoch vernachlässigt dieser Standpunkt bequemerweise die Tatsache, dass die EU weder eine rein internationale Organisation noch ein Bundesstaat ist. Die Union ist unstrittig ein Gebilde „*sui generis*“,¹⁰ dessen Integration in die Schutzmechanismen des EMRK-Systems besondere Beachtung verdient. Die einzigartigen rechtlichen Charakteristika der EU, wie zB die spezielle Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten, die wiederum selbst Völkerrechtssubjekte und EMRK-Mitglieder sind, oder das besondere Rechtssystem in Form des Vorabentscheidungsverfahrens, dürfen im Zuge des Beitritts keinesfalls außer Acht gelassen werden.

3. Ausgangslage für Individualbeschwerden nach dem Beitritt: Die Suche nach dem richtigen Beklagten und die Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges

3.1. Das Rechtsproblem: Wer ist der richtige Beklagte?

Eines der Hauptargumente für den Beitritt ist, dass dieser Schritt den Individualrechtsschutz in Europa wesentlich verbessern würde. Nach geltender Rechtslage müssen jene Personen, die behaupten, in einem von der EMRK geschützten Rechte verletzt worden zu sein, gewisse Verfahren durchlaufen: Zuerst muss nach Art 35 EMRK der innerstaatliche Instanzenzug erschöpft werden, bevor die Beschwerdeführerin/der Beschwerdeführer einen Antrag beim EGMR stellen kann. Jedoch kann er oder sie diesen Antrag zurzeit nicht gegen die EU bzw. ihre Institutionen richten, sondern nur gegen einen Mitgliedstaat.¹¹ Bevor die EU der Konvention nicht beitrifft, hat der Straßburger Gerichtshof keine Zuständigkeit *ratione personae* über die Union. Deswegen musste der EGMR in früheren Fällen, in denen EU-Organe angeblich EMRK-Rechte verletzt haben, darauf zurückgreifen, nur die EMRK-Verpflichtungen des jeweiligen Mitgliedstaates zu prüfen. In seinem mittlerweile berühmt gewordenen *Bosphorus*-Urteil kam der EGMR zu dem Schluss, dass der unionale Grundrechtsschutz sowohl in materiell- als auch verfahrensrechtlicher Weise ein mit der Konvention vergleichbares Schutzniveau gewährleistet. Nach Auffassung des EGMR gilt daher die Vermutung, dass ein Staat seine Verpflichtun-

10 Vgl EuGH 5.2.1963, Rs 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg 1963, 1.

11 Vgl Europarat, Parlamentarische Versammlung, *The Accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Rights*, Doc 11533 (Committee on Legal Affairs and Human Rights, 18.3.2008, 14.

gen aus der EMRK nicht verletzt hat, wenn er bloß seinen Verpflichtungen nachgekommen ist, die sich aus dem EU-Recht ergeben.¹² Daraus folgt, dass alle Antragstellerinnen und Antragsteller nach dem derzeit herrschenden System zuerst aufwendige juristische Recherchen auf sich nehmen müssen, um herauszufinden, ob das Grundrechtsschutzsystem des Unionsrechts in ihrem konkreten Fall auch tatsächlich einen der EMRK vergleichbaren Schutz garantiert. Zudem ist es politisch besonders heikel, einen Staat einer Grundrechtsverletzung zu bezichtigen, die auf einen Rechtsakt der Union zurückgeht, während die EU selbst gar keine Parteistellung vor dem EGMR haben kann.¹³

Der EMRK-Beitritt der EU wird den Mangel der Zuständigkeit über die Union schließlich beheben. Danach können klagende Personen ihre Anträge auch direkt gegen die Union und ihre Organe erheben. Jedoch muss auch dann gewährleistet werden, dass diese Klagen gegen jene Entität erhoben werden, die für die vorgebrachten Verletzungen auch verantwortlich ist.¹⁴ Angesichts der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten wird es sich in bestimmten Fällen als mühsam herausstellen, den richtigen Antragsgegner zu identifizieren, vor allem, wenn EU-Recht den Mitgliedstaaten bei Umsetzung und Vollzug dieses Rechts ein Ermessen zugesteht (zB bei der Richtlinienumsetzung). In diesem Sinne legt Art 1 lit b des Protokolls Nr 8 zu den Verträgen fest, dass im Rahmen des Beitritts die besonderen Merkmale des Unionsrechts erhalten bleiben, insbesondere in Bezug auf „die nötigen Mechanismen, um sicherzustellen, dass [...] Individualbeschwerden den Mitgliedstaaten und/oder gegebenenfalls der Union ordnungsgemäß übermittelt werden.“

Diese Bestimmung enthält aber keine Definition, wie man die tatsächlich passivlegitimierte Partei identifizieren soll. Das Hauptproblem liegt darin, dass die antragstellende Person die zu klagende Partei benennen soll,¹⁵ aber für gewöhnlich keine juristische Ausbildung hat und bei EGMR-Verfahren keine Anwaltpflicht besteht.¹⁶ Folglich wird die betroffene Person in solchen Fällen nicht feststellen können, ob ein potentiell grundrechtswidriger Rechtsakt von der Union oder einem Mitgliedstaat erlassen wurde. Einigkeit besteht nur dahingehend, als es im Hinblick auf die Autonomie des EU-Rechts inakzeptabel wäre, die Benennung der beklagten Partei dem EGMR zu überlassen, weil dieser damit implizit über die interne Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten urteilen würde.¹⁷ Dieses Rechtsproblem führt zu folgenden Fragen: sollte in solchen Fällen nur der Mitgliedstaat der einzige Beklagte sein? Sollte nur die EU zur Verantwortung gezogen wer-

12 Vgl EGMR 30.6.2005, *Bosphorus v Ireland*, Appl No 45036/98, Abs 155.

13 Vgl *Tulkens*, Parlement Européen – Commission des affaires constitutionnelles, Audition: Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 18.3.2010, 2.

14 Vgl *Benoît-Rohmer*, Completing the Transformation: Values and Fundamental Rights in the Treaty of Lisbon, in *Benedek/Benoît-Rohmer/Karl/Nowak*, European Yearbook on Human Rights 2010 (2010) 49 (61).

15 Vgl Art 47 Abs 1 der EGMR-Verfahrensordnung.

16 Vgl *Peukert* in *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar³ (2009) Art 34 Rn 66.

17 Vgl *Jacqué*, L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, Note à l'attention de la Commission institutionnelle en vue de l'audition, 18.3.2010, 2.

den? Sollten beide Parteien gemeinsam Beklagte sein? Und wer soll letztendlich über diese Frage entscheiden, ohne die rechtliche Autonomie der EU zu beeinträchtigen?

3.2. Konsequenzen aus der Foto-Frost-Rechtsprechung für das Vorabentscheidungsverfahren

Bei der Suche nach Antworten auf diese Fragen muss man stets zwei Punkte mit bedenken: Einerseits sollte ein praktikabler Lösungsansatz stets die Situation und die Bedürfnisse der antragstellenden Person und damit natürlich einen effektiven Rechtsschutzmechanismus berücksichtigen, aber andererseits sollte dieser Weg auch gleichzeitig die Autonomie der Unionsrechtsordnung nicht gefährden.

Ein diesbezüglicher Vorschlag sieht vor, stets gegen jene Entität vorzugehen, die in einem konkreten Fall gehandelt hat: Wenn die EU einen Rechtsakt gesetzt hat, so muss die Klage direkt gegen die Union gerichtet werden. Wenn ein Mitgliedstaat gehandelt hat, auch nur durch Umsetzung oder Vollzug von Unionsrecht, dann muss die Klage gegen diesen Mitgliedstaat eingebracht werden.¹⁸ Die Vorteile dieses Lösungsansatzes liegen auf der Hand: Die antragstellende Person kann mühelos den richtigen Antragsgegner bestimmen. Außerdem können oder – wenn kein Rechtsmittel nach innerstaatlichem Recht mehr ergriffen werden kann – müssen mitgliedstaatliche Gerichte den EuGH um ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV ersuchen. Der EuGH hätte dann die Gelegenheit zu entscheiden, ob die vorgebrachte Grundrechtsverletzung aus einem Rechtsakt der Union resultiert oder nicht. Außerdem würde in diesem Fall die Rechtsautonomie der Union unangetastet bleiben, weil der EuGH selbst über einen konkreten Fall mit EU-Rechtsbezug entscheidet. In diesem Szenario würde der EGMR nicht in die Situation kommen, über die interne Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten zu urteilen und somit auch nicht die Rechtsautonomie der EU gefährden.

Trotz dieser augenscheinlichen Vorteile zieht auch dieses Lösungsmodell einige Probleme nach sich. In seinem *Foto-Frost*-Urteil hat der EuGH entschieden, dass innerstaatliche Gerichte, gegen deren Entscheidungen die Streitparteien ein Rechtsmittel einlegen können, die Gültigkeit eines Unionsrechtsaktes prüfen dürfen. Sollten sie die Gründe, die von den Parteien für die Ungültigkeit dieses Rechtsaktes vorgebracht werden, für nicht zutreffend halten, können sie diese mit der Feststellung zurückweisen, dass der Rechtsakt in vollem Umfang gültig ist. Innerstaatliche Gerichte sind aber nicht befugt, Unionsrechtsakte für ungültig zu erklären, gleichgültig, ob man gegen die Entscheidungen dieser Gerichte noch ein Rechtsmittel ergreifen kann oder nicht. Dieses Recht kommt nur dem EuGH zu.¹⁹ Mit anderen Worten hat der EuGH damit die innerstaatli-

18 Vgl. *Lock*, EU Accession to the ECHR: Implications for the Judicial Review in Strasbourg, *European Law Review* 2010, 777 (784).

19 Vgl. EuGH 22.10.1987, Rs 314/85, *Foto-Frost*, Slg 1987, 4199.

chen Gerichte dazu verpflichtet, stets ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten, wenn Zweifel im Bezug auf die Gültigkeit von Sekundärrecht besteht. Der EuGH hat aber in einem Reflexionsdokument zum EMRK-Beitritt betont, dass die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens in Fällen, in denen die Verletzung von Menschenrechten durch Unionsrechtsakte beklagt wird, nicht immer gewährleistet ist.²⁰ So könnte zB ein innerstaatliches Gericht einen gewissen Sekundärrechtsakt als gültig betrachten²¹ und ein Urteil fällen, ohne die Rechtsfragen dem EuGH vorzulegen.²² Auch dann ist es den Streitparteien nicht möglich, ein Vorabentscheidungsverfahren in Gang zu setzen, weil Individuen kein Recht haben, solch einen Antrag zu stellen. Sollte die klagende Person dann, nach der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges gemäß Art 35 EMRK, ihre Beschwerde direkt dem EGMR vorlegen, ohne dass der EuGH zuvor im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens Gelegenheit hatte, in einem konkreten Fall EU-Recht zu interpretieren und anzuwenden, so würde der EGMR wiederum implizit über EU-Recht urteilen und damit die rechtliche Autonomie der Union beeinträchtigen.

In einer Anhörung vor dem Europäischen Parlament wurde daher ein Mechanismus vorgeschlagen, der dieses Problem durch die Zwischenschaltung einer obligatorischen Anhörung des EuGH vor dem EGMR lösen sollte. Genauer gesagt würde, wenn der EGMR solch einen Fall mit potentiell EU-Rechtsbezug annimmt, dieser Mechanismus es der Europäischen Kommission ermöglichen, zuerst den EuGH anzurufen, damit dieser über die Vereinbarkeit des in Frage stehenden EU-Rechtsaktes mit den Grundrechten entscheiden kann. In der Zwischenzeit würde der EGMR sein Verfahren aussetzen, bis der EuGH entschieden hat.²³ Obwohl dieses System sicherlich sehr effektiv wäre, würde es unweigerlich zu unzumutbar langen Verfahren führen, insbesondere, wenn sowohl die Kommission als auch der EuGH vor einem EGMR-Verfahren entscheiden würden.

Eine andere Möglichkeit wurde in einem Bericht des Europäischen Parlaments präsentiert. Sie basiert auf Art 35 EMRK und schlägt vor, dass die antragstellende Person zuerst den innerstaatlichen Instanzenzug *und* den Weg zum EuGH in Form eines Vorabentscheidungsverfahrens erschöpft haben muss.²⁴ Die Nachteile dieses Lösungsmodelles

20 Vgl EuGH, Reflexionspapier des Gerichtshofs der Europäischen Union zu bestimmten Aspekten des Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 5.5.2010.

21 Vgl EuGH 6.10.1982, Rs 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, Slg 1982, 3415. Nach dieser Entscheidung ist nicht einmal ein letztinstanzliches innerstaatliches Gericht in allen Fällen zur Vorlage an den EuGH verpflichtet, so zB, wenn der EuGH eine gleichartige Frage bereits entschieden hat oder die korrekte Interpretation von Unionsrecht augenscheinlich ist.

22 Vgl Adjudicating Europe, Accession to ECHR, Article 267 TFEU and the Role of National Courts, <http://adjudicatingeurope.eu/?p=461> (28.2.2011).

23 Vgl *Timmermans*, L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention européenne des Droits de l'homme, Audition organisée par la Commission des affaires constitutionnelles, 18.3.2010.

24 Vgl European Parliament, Committee on Constitutional Affairs, Report on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Dok A7-0144/2010, 10.5.2010, Abs 10.

sind offensichtlich: Erstens würde auch hier die Dauer des Verfahrens unzumutbar lange ausfallen, und zweitens wäre es völlig unrealistisch, ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV als eine unabdingbare Voraussetzung oder gar als neues Zulässigkeitskriterium einzuführen, bevor man eine Individualbeschwerde beim EGMR einbringen kann.²⁵

4. Lösungsansätze für Individualbeschwerden:

Der „Europäische Verfahrensbeitrag“ in EGMR-Verfahren

Der letzte Lösungsversuch in diesem Beitrag vermeidet die oben ausgeführten Probleme, indem er einen gänzlich neuen Mechanismus ins Spiel bringt. Es handelt sich dabei um das vom *Steering Committee for Human Rights* vorgeschlagene²⁶ „co-respondent-Modell“, das man – zivilgerichtlich gesprochen – am ehesten mit einer streitgenössischen Nebenintervention vergleichen könnte. Solch ein Mechanismus würde es der Union erlauben, einem Verfahren gegen einen oder mehrere Mitgliedstaaten beizutreten. Ebenso würde dieser Mechanismus auch umgekehrt einem oder mehreren Mitgliedstaaten ermöglichen, einem Verfahren gegen die EU beizutreten. Obwohl bereits ein ähnliches System nach Art 36 EMRK in Form einer Beteiligung Dritter existiert, wäre das neue Modell vorteilhafter, weil Art 36 EMRK einer Partei zwar das Recht gibt, sich an einem Verfahren zu beteiligen, sie aber niemals dazu verpflichtet kann.

Die praktischen Vorzüge dieses neuen Modells werden vor allem in zwei Situationen sichtbar: Erstens, wenn die antragstellende Person eine Klage gegen die falsche Partei eingebracht hat (also zB gegen einen Mitgliedstaat statt gegen die Union), denn würde man einem der zuvor dargestellten Modelle folgen, würde die Beschwerde aufgrund fehlender Passivlegitimation abgewiesen werden; und zweitens, wenn eine antragstellende Person es unterlassen hat, eine Beschwerde gegen eine zweite passivlegitimierte Partei einzubringen (zB nur gegen einen Mitgliedstaat, aber nicht gegen die Union), denn in diesem Fall würde jene zweite Partei in den bisher vorgestellten Modellen einer Verurteilung entgehen.²⁷

Nach den Vorschlägen des *Steering Committee* könnte dieser Mechanismus zum Verfahrensbeitrag in Zukunft entweder vom EGMR, der ursprünglich beklagten Partei oder der dem Verfahren beitretenden Partei eingeleitet werden.

Eine *proprio motu*-Entscheidung des EGMR, also eine amtswegige Entscheidung aus eigenem Beweggrund zur Bestimmung und Benennung der beitretenden Partei, wäre aber

25 Vgl Adjudicating Europe, Accession to ECHR, Article 267 TFEU and the Role of National Courts, <http://adjudicatingeurope.eu/?p=461> (28.2.2011).

26 Vgl Report of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), Study of Technical and Legal Issues of a possible EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights, Dok. CDDH(2002)010 Addendum 2, 28.6.2002, Abs 48–49.

27 Vgl *Christoffersen*, Institutional aspects of the EU's accession to the ECHR, Hearing of the Constitutional Committee of the European Parliament, 18.3.2010.

höchst problematisch: Die mögliche Befugnis des EGMR, die Union zum Verfahrensbeiritt zu verpflichten, könnte als eine präjudizielle Behandlung von Rechtsfragen betrachtet werden, welche die Auslegung und Anwendung von Unionsrecht betreffen. Dies wäre im Hinblick auf die rechtliche Autonomie der EU natürlich nicht zu akzeptieren.²⁸

Eine zweite Option spräche dafür, es dem ursprünglich beklagten Mitgliedstaat zu erlauben, einen Verfahrensbeiritt der Union zu beantragen. Dies würde die Entscheidung dem Staat überlassen, der gegenüber der antragstellenden Person grundrechtswidrig gehandelt hat. Eine mögliche verfahrensmisbräuchliche Verwendung dieses Modells, zB wenn ein Mitgliedstaat die EU zum Verfahrensbeiritt auffordert, obwohl keinerlei Bezug zu EU-Recht besteht, würde erstens in einer Antragszurückweisung durch den EGMR resultieren und zweitens das Loyalitäts- und Kooperationsgebot nach Art 4 Abs 3 EUV verletzen.²⁹

Schließlich muss man sich auch die Frage stellen, ob die EU das Recht haben sollte, von sich aus dem Verfahren beizutreten. Diese Konstellation betrifft vor allem Fälle, in denen Nicht-EU-Bürgerinnen und -Bürger (zB Asylwerbende) eine Individualbeschwerde gegen EU-Recht einbringen. In diesen Fällen kann die EU nicht nach den Bestimmungen des Art 36 EMRK beitreten, weil die antragstellende Person ja keine EU-Bürgerin/kein EU-Bürger ist. Deshalb sollte es in diesem zukünftigen System möglich sein, dass sowohl die EU selbst dem Verfahren beitreten als auch vom ursprünglich beklagten Staat dazu verpflichtet werden kann.³⁰

Somit würde dieses Modell des „Europäischen Verfahrensbeitrittes“ den spezifischen Eigenschaften der EU als supranationale Organisation mit autonomer Rechtsordnung gebührend Rechnung tragen, wenn die Union neben ihren Mitgliedstaaten der EMRK beitrifft. Überdies wäre es auch besonders vorteilhaft für die antragstellenden Personen, weil diese dann keine komplizierten und langwierigen Verfahren durchlaufen oder sich mit der Identifizierung des richtigen Antragsgegners beschäftigen müssen.

Das *Steering Committee for Human Rights* des Europarates hat die Einführung eines solchen „Verfahrensbeitritts“ begrüßt, jedoch aufgrund der Komplexität dieses Themas noch keine konkreten Vorschläge zur Umsetzung dieses Modells ausgearbeitet und veröffentlicht.³¹ Die nächsten Monate werden zeigen, wie dieses Verfahren letztendlich ausgestaltet wird.

MMag. Paul Gragl ist Universitätsassistent am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz; paul.gragl@uni-graz.at

28 Vgl Report of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), Abs 59.

29 Vgl *Lock*, European Law Review 2010, 786.

30 Vgl *Lock*, European Law Review 2010, 787.

31 Vgl Report of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), 70th Meeting, 15-18 June 2010, Abs 35.

Zwischen Materialismus, Ressentiment und Heldentum¹

Genealogie des Rechts, Radikale Rechts- und Gesellschaftskritik und Huldigung der Stärke bei Nietzsche

Christopher Pollmann

Zugleich eine Besprechung von Jens PETERSEN, *Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit*, de Gruyter Recht: Berlin 2008, 253 Seiten, 48 €

Friedrich Nietzsche hat keine systematische Theorie des Rechts entwickelt. Doch das Fehlen eines kohärenten Gedankengebäudes kann als Offenheit auch eine Kraftquelle sein. Für Nietzsche selbst ist „der Wille zum System ein Mangel an [wissenschaftlicher] Rechtschaffenheit“, weil er auf dem „Grundvorurtheil [... beruht,] daß die Ordnung, Übersichtlichkeit, das Systematische dem wahren Sein der Dinge anhaften müsse, umgekehrt die Unordnung, das Chaotische, Unberechenbare nur in einer falschen oder unvollständig erkannten Welt zum Vorscheine komme“².

Gleichwohl, Nietzsches verstreute Äußerungen zum Recht sind zahlreich und zeugen von tiefeschürfender Einsicht, wie die hier zu besprechende Schrift dokumentiert. Ausführliche Zitate aus seinem umfangreichen Werk machen sie zur Fundgrube. Ihr Wert als Nachschlagewerk wird allerdings erheblich dadurch gemindert, dass sie keinen Sachindex enthält. Dafür ist das Inhaltsverzeichnis sehr ausführlich (mehr als 250 Überschriften auf 239 Seiten). Die enzyklopädische Anlage des Buches hat leider zur Folge, dass es sich weitgehend mit einer werkimmanenten Wiedergabe, Ordnung und Interpretation von Nietzsches rechtlichem Gedankengut begnügt. Es fehlen Überlegungen, welche Bedeutung ihm heute wohl zukommen könnte³ (dazu ansatzweise unten 3). Dieser Befund lässt sich verallgemeinern in der Feststellung der häufigen Nutzlosigkeit heutiger wissenschaftlicher Arbeit (1). Petersens Ideenarmut kontrastiert mit der dichten, oftmals provokativen Originalität bei Nietzsche. Ein ähnlicher Kontrast lässt

1 Schriften ohne Autorennamen stammen von *Nietzsche*, mit Buch- oder Kap-Nr in römischen, Abschnitts- oder Abs-Nr in arabischen Zahlen, zit nach Kritische Studienausgabe, hg von Colli & Montinari, 2. Aufl 1988 (KSA mit Bd-Nr u S-zahl). Die Internetseiten wurden aufgerufen am 29.3.2011.

2 Götzen-Dämmerung (GD), Sprüche Nr 26, KSA 6, 63, u Nachgelassene Fragmente (NF), 1885, Nr 40[9], KSA 11, 632.

3 So auch *Klenner*, Rezension von Petersens Buch, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) Nr 3/2009, 441–443.

sich in psychologischer Hinsicht beobachten: Während Nietzsches Rechtsdenken von psychologischer Einsicht und (Selbst)Erfahrung geprägt ist, scheinen diese Qualitäten bei Petersen zwar auf, werden aber weder erklärt noch weiterentwickelt und ggf kritisch gegen Nietzsche selbst gewendet (2).

1. Wozu Wissenschaft?

Mit vielen anderen zeitgenössischen Schriften von wissenschaftlichem Anspruch teilt Petersens Buch Gegenstand und Herangehensweise: Es geht um einen Gelehrten früherer Zeiten, dessen Werk Ausgangs- wie Endpunkt der Untersuchung ist. Wissenschaft reduziert sich hier auf die Zusammenfassung, Systematisierung und Auslegung bereits geschriebener Texte. Bestenfalls werden die dort geäußerten Gedanken vervollständigt und aktualisiert. Mehr oder weniger gelöst werden somit (Verständnis)Probleme der Vergangenheit.

Demgegenüber ließe sich die Erwartung aussprechen, Wissenschaft solle helfen, die Probleme der Gegenwart zu meistern. Damit ist selbstverständlich nicht gemeint, frühere Autoren und deren Arbeit zu ignorieren, was die heutige Problemlösungskapazität ja auch sabotieren würde. Der Bezug auf das bereits existierende Gedankengut ist sowohl notwendig als auch wissenschaftlicher Redlichkeit geschuldet. Doch der *Zweck* wissenschaftlicher Betätigung sollte nicht in der Wissenschaft selbst liegen. Eine solche Zirkularität mag in künstlerischer und ästhetischer Hinsicht – zB unter dem Programm *l'art pour l'art* – akzeptabel sein, auf wissenschaftlichem Gebiet begegnet sie mancherlei Bedenken.

Petersens Gegenwartsferne ist umso bedauerlicher, als Nietzsche selbst zu allerlei rechtlichen, gesellschaftlichen und politischen Fragen Ideen anbietet, die auch heute bei der Suche nach Antworten hilfreich sein könnten. Das gilt zunächst einmal für den Zusammenhang zwischen Psyche und Recht.

2. Die Psychologie der Gerechtigkeit

Während für Karl MARX das Produktionsverhältnis im Mittelpunkt der Untersuchung steht, ist es für Nietzsche das Machtverhältnis. Macht im weitesten Sinne aber ist die zentrale Kategorie – als Problem wie auch als Motor – sowohl des Rechts als auch des Seelenlebens. Petersen macht nun deutlich, dass Nietzsches Befassung mit Recht und Gerechtigkeit eine stark psychische Dimension hat. Doch unternimmt er nicht den Versuch, sein Denken und seine „psychologische Genialität“ (Georg SIMMEL) mit seinem Leben und insbesondere seiner Kindheit in Bezug zu setzen. Insbesondere bleibt Alice MILLERS hierfür grundlegende Studie⁴ unberücksichtigt (2.1). Des Weiteren werden

4 Miller, Das ungeliebte Leben und das Werk eines Lebensphilosophen (Friedrich Nietzsche), in: dies, Der gemiedene Schlüssel (1991) 9-78.

Nietzsches (rechts)psychologische Ideen zwar ausführlich zitiert, aber nicht angemessen als *psychologischer Materialismus* gewürdigt und fortgeführt (2.2).

2.1. Zur emotionalen Prägung Nietzsches

Die Entwicklung von Ideen und Theorien durch Individuen wird häufig so betrachtet, als ob sie mit deren Leben und ihren namentlich emotionalen Erfahrungen nichts zu tun habe. Dementsprechend hat Alice Millers Untersuchung, die sich genau diesem Zusammenhang bei Nietzsche widmet, in der Nietzsche-Forschung offenbar kaum Beachtung gefunden⁵, obwohl manche ihrer Erkenntnisse sich bereits bei Nietzsche selbst finden⁶. Zwar hebt Petersen „seine Gabe der psychologischen Beobachtung“ hervor, behauptet jedoch, er habe sie von den französischen Moralisten (ua LA ROCHEFOUCAULD und PAS-CAL) empfangen (S 35 f). Gegen diese im philosophischen Sinne idealistische Position ist zu vermuten, dass eine so stark mit dem eigenen Erleben verflochtene Tätigkeit nicht allein aus der Lektüre auch bedeutender Autoren erwachsen kann. Denn psychologisches Verständnis dürfte in erster Linie darin bestehen, Menschen als vielschichtiger und widersprüchlicher wahrzunehmen, als sie sich selbst geben. Diese Kompetenz kann menschlich zwar auch als Erwachsene/r mit viel Mühe aneignen. Doch die kindliche Erfahrung des Unterschieds zwischen Selbstdarstellung und Wesen von Menschen, zwischen Rede und Handlung insbesondere bei den Erziehenden hat wahrscheinlich einen viel nachhaltigeren Einfluss.

Nietzsches Kindheit ist nun gerade außerordentlich reich an Erlebnissen, in denen eine solche Widersprüchlichkeit offen zu Tage tritt. Einerseits pflegten die Eltern und Verwandten einen stark religiös geprägten Diskurs und predigten die traditionellen christlichen Werte und Tugenden wie Nächstenliebe, Mitleid und Selbstbeherrschung. Andererseits dokumentierten sowohl die väterlichen Zorn- und Gewaltausbrüche wie die Gefühlskälte und Gleichgültigkeit der gesamten weiblichen Verwandtschaft eine gegenteilige Praxis. Die körperliche und emotionale Erfahrung dieses Gegensatzes dürfte nicht nur Nietzsches Menschenkenntnis begründen, sondern auch sein „seismographisches – mitunter wohl auch übersteigertes – Gerechtigkeitsgefühl“. Petersen hingegen deutet dieses etwas tautologisch als Ausdruck „eines angeborenen Rechtsgefühls“⁷, während Nietzsche selbst letzteres als ein Ressentiment beschreibt und als erworben vorauszusetzen scheint⁸.

5 Ausnahmen zB Hödl, *Der letzte Jünger des Philosophen Dionysos* (2009) 42 ff; *Burger*, Sinn und Unsinn ‚tiefen-‘psychologischer Deutungen der Philosophie Nietzsches, *Psychologie heute* (PH), Okt 2000, 64–69.

6 ZB zur emotionalen Determinierung des Menschen s Menschliches, Allzumenschliches (MA), I 107, KSA 2, 103 f; zur kindheitlichen Entwicklung eines „Granit[s] von geistigem Fatum“, insbesondere im Verhältnis zur Mutter: *Jenseits von Gut und Böse* (JGB), VII 231, KSA 5, 170 u MA I 380, KSA 2, 265.

7 *Petersen*, 1 u 95. Vgl *Pollmann*, *L'intellect – source de connaissance ou d'ignorance de soi?*, Beitrag über Irvin D. Yalom, *Und Nietzsche weinte* (2008), www.webnietzsche.fr/roman.htm.

8 Vgl NF 1875, 9[1], Anhang, KSA 8, 176 u MA I 597, KSA 2, 341.

In seiner Einsamkeit konnte er sich seiner eigenen emotionalen Prägung nur ansatzweise bewusst werden.⁹ Immerhin lassen zahlreiche Stellen seines Werkes die kindliche Erfahrung der erzieherischen Doppelbödigkeit durchscheinen, so wenn er empfiehlt: „Misstraut allen Denen, die viel von ihrer Gerechtigkeit reden“¹⁰ und „misstraut Allen, in welchen der Trieb, zu strafen, mächtig ist!“¹¹, oder sich empört: „Sonderlich Die, welche sich ‚die Guten‘ heissen, fand ich als die giftigsten Fliegen: sie stechen in aller Unschuld, sie lügen in aller Unschuld; wie vermöchten sie, gegen mich – gerecht zu sein!“¹²

Von außen betrachtet und in Kenntnis seiner frühen Jahre erscheint „Nietzsches Werk [als] ein hoffnungsloser und doch bis zur Geistesauflösung nie aufgegebener Versuch [...], sich [mit Hilfe der Philosophie] vom Gefängnis seiner Kindheit, vom Haß auf die ihn erziehenden und quälenden Personen zu befreien.“¹³ Auch wenn dieser Zusammenhang zwischen Kindheit und Werk nur selten berücksichtigt wird, ist er bei vielen Nietzsche-ForscherInnen doch ähnlich spürbar wie im Werk des Philosophen selbst, so wenn dieser als „ein sensibles, verletzliches und verletztes Menschenkind“¹⁴ geschildert wird, das sich im Schreiben für das Gefühl des eigenen Leidens rächt.¹⁵ Oder wenn sich seine Tragik darin zeigt, „daß er mit den [intellektuellen] Mitteln, die seiner Befreiung aus diesem Gefängnis [der Einsamkeit] dienen sollten, sich nur immer fester in seine Bande verstrickte.“¹⁶ In der Tat, die eigene, unerkannte Not bringt ihn zur „Glorifizierung des Leidens“ und wandelt ihn „zum Philosophen des heroisch bejahten Schicksals. [...] Je emphatischer sich Nietzsche jedoch in den Heroismus hineinsteigert, desto größer wird seine Verachtung jedweder Schwäche.“¹⁷ So erklären sich vielleicht seine Verkennung der sogenannten Arbeiterfrage¹⁸, seine Ablehnung von Sozialismus¹⁹, sein Frauenhass²⁰ und mancher andere ‚reaktionäre‘ Gedanke.

2.2. Gerechtigkeit zwischen psychologischem Materialismus und mystischer Verklärung

Die psychische Möglichkeit von Gerechtigkeit stellt sich bei Nietzsche als zwiespältig dar. Er geht von der unüberwindlichen Selbstbezogenheit des Menschen aus, indem er

9 Vgl *Burger*, PH 10/2000, 64 ff; *Miller*, Nietzsche 23. Aber vgl JGB VII 231, KSA 5, 170.

10 Also sprach Zarathustra (Za), II, Von den Taranteln, KSA 4, 129.

11 Ebd.

12 Za III, Heimkehr, KSA 4, 234 (Hervorh gestr).

13 *Miller*, Nietzsche 30 f.

14 *Maurer*, Der andere Nietzsche. Gerechtigkeit kontra moralische Utopie, *Aletheia* Nr 5/1994, 9–20 (11).

15 Vgl *Zuckert*, Nature, History and the Self: Friedrich Nietzsche's *Untimely Considerations*, *NSt* 1976, 55–82 (62).

16 *Binder*, Nietzsches Staatsauffassung, *Logos* 1925, 269–296 (296).

17 *Burger*, PH 10/2000, 68; *Miller*, Nietzsche 23.

18 Vgl GD, Streifzüge 40, KSA 6, 142 f.

19 Vgl ausf NF 1877, 25[1], KSA 8, 481–483.

20 Vgl *Miller*, Nietzsche 41 f; *Burger*, PH 10/2000, 66.

sogenannte böse wie gute Handlungen und Motive als „aus den selben Wurzeln gewachsen“ darstellt: „Gute Handlungen sind sublimierte böse; böse Handlungen sind vergrößerte, verdummte gute. Das einzige Verlangen des Individuums nach Selbstgenuss [...] befriedigt sich unter allen Umständen, der Mensch mag handeln, wie er kann, das heisst wie er muss“.²¹ Zum Verständnis dieses *psychologischen Materialismus*, gekennzeichnet „durch den unbedingten Willen, sich Nichts vorzumachen und die Vernunft in der Realität zu sehn“²², ist nun der Hinweis entscheidend, dass Nietzsche seine Aussagen nicht als abwertend versteht, was ja auch bei der behaupteten Allgegenwart dieser selbstbezogenen Verhaltensgrundlage wenig Sinn machen würde. Aus der menschlichen Ichbezogenheit schließt er „die Ungerechtigkeit als unablösbar vom Leben, das Leben selbst als bedingt durch das Perspektivische und seine Ungerechtigkeit.“²³

Die daraus folgende Unmöglichkeit gerechten Messens und Urteilens durch den Einzelnen lässt Petersen arg flüchtig die Bedeutung von Verfahren hervorheben (S 222). Denn indem Verfahren *mehrere* Individuen in die Problemanalyse und Entscheidungsfindung einbeziehen, relativieren sie deren – subjektive und somit ungerechte – Perspektiven. Nietzsche selbst äußert sich dazu wohl nicht, erhöht hingegen die Komplexität des Problems mit der Klage: „Vielleicht wird aus alledem folgen, dass man gar nicht urtheilen sollte; wenn man aber nur leben könnte, ohne abzuschätzen, ohne Abneigung und Zuneigung zu haben! – denn alles Abgeneigtsein hängt mit einer Schätzung zusammen, ebenso alles Geneigtsein.“²⁴ Diese Erkenntnis der eigenen Widersprüchlichkeit „ist eine der grössten und unauflösbarsten Disharmonien des Daseins“ und bedeutet für den Menschen, dass er „sich an einer unmöglichen Tugend tragisch verzehrt“.²⁵

Diese praktisch und philosophisch unerträgliche Zwangslage scheint Nietzsche hin und wieder dazu zu verleiten, doch davon auszugehen, auch der Einzelne sei zur Gerechtigkeit in der Lage.²⁶ Diese Sicht gerät in manchen Textstücken zu einer nachgerade totalitären Verklärung des „in eine einsame Höhe“ hingestellten Gerechten „als das ehrwürdigste Exemplar der Gattung Mensch“²⁷.

Eingedenk Thomas MANNs berühmter Warnung, Nietzsche sei nicht unbedingt wörtlich zu nehmen, lassen sich die zuletzt genannten Passagen aber vielleicht auch als rhetorischen Kontrapunkt zur individuellen „Winkelperspektive“ deuten, die „aus dem Vorhandensein der Gegensätze [... den] Bogen mit der großen Spannung“²⁸ schlagen. Sie beschreiben Gerechtigkeit dann weder als Zustand noch als erreichbares Ziel, sondern als eine zwar an das Individuum gerichtete, aber gleichwohl amoralische Maxime. Die-

21 MA I 107, KSA 2, 104.

22 GD, Alten 2, KSA 6, 156.

23 MA I, Vorrede 6, ähnlich I 32, KSA 2, 20 u 51 f.

24 MA I 32, KSA 2, 52.

25 Ebd u Unzeitgemäße Betrachtungen (UB), II 6, KSA 1, 286.

26 Vgl zBNF 1880, 7[27], KSA 9, 323 sowie *Petersen*, 7. Kapitel mit zahlreichen Zitaten.

27 UB II 6 (mit weit ähnl Worten), KSA 1, 286.

28 NF 1887-88, 11[120], KSA 13, 57 sowie NF 1885, 35[18], KSA 11, 515.

sen programmatischen Horizont erfasst Petersen zutreffend mit dem Resümee, „[n]ur in der Rückbesinnung auf sich selbst [...] kann der Mensch die Dinge ansatzweise rein und ungetrübt erkennen und den Winkel, aus dem er sie erblickt, zumindest weiten“ (S 239). Vor diesem Hintergrund liegt Gerechtigkeit wohl jenseits des positiven Rechts, dessen Anspruchsgrundlagen die Individuen verlocken, sich in die Verteidigung der eigenen Positionen hineinzusteigern²⁹, denn „Niemand spricht leidenschaftlicher von seinem Rechte, als Der, welcher im Grunde seiner Seele einen Zweifel an seinem Rechte hat.“³⁰

Gerechtigkeit erweist sich letztlich als paradox. Sie muss sich nicht nur wehren gegen den „Anschein [...], als sei eine gerechte Handlung eine unegoistische“³¹. Sie steht auch vor dem Problem, dass der „Wille zur Gerechtigkeit [...] Wille zur Macht“ und keine *Gerechtigkeit* bedeutet³². Dementsprechend sind die „Guten und Gerechten“ für Nietzsche selbstgerecht, eitel, gefährlich und pharisäerhaft.³³ Ihm kommt es im Endeffekt darauf an, dass „der gewaltthätige Instinct schwächer“ wird: „Nicht durch Veränderung der Institutionen wird das Glück auf der Erde vermehrt, sondern dadurch, dass man das finstere, schwächliche, grüblerische, gallichte Temperament aussterben macht.“³⁴ In diesem Sinne ließe sich folgender – mit einer materialistischen Psychologie allerdings unvereinbare – Schluss aus Nietzsches Werk ziehen: „Gerechtigkeit ist die Fähigkeit zu einem Urteil, welches gegenüber sich selbst streng, dem anderen gegenüber aber milde gestimmt ist.“³⁵ Darin wird die Einschätzung deutlich, Nietzsche sei „der stärkste Selbstkritiker, den die menschliche Rasse [...] je hervorgebracht hat“³⁶.

3. Ausdifferenzierung von Nietzsches Rechtsdenken

Was nun sind Recht und Gerechtigkeit für Nietzsche über die „unmögliche Tugend“ hinaus? Drei Gedankenstränge lassen sich unterscheiden: Recht und Gerechtigkeit zunächst wertneutral als Machtbalance (3.1) und als Berechenbarkeit durch Gleichheit (3.2), *Gerechtigkeit* dann als radikale Kritik von Willensfreiheit, Richten und Strafen (3.3).

29 Vgl. Oberlin, Der Bürger als Paradox. Heinrich von Kleists *Michael Kohlhaas* aus der Sicht der Analytischen Psychologie, Kleist-Archiv Sembdner, Heilbronn, www.kleist.org.

30 MA I 483, KSA 2, 317.

31 MA I 92, KSA 2, 90.

32 NF 1885, 39[13], KSA 11, 624 (meine Hervorh).

33 Nachw bei Petersen 215 f.

34 MA I 452, KSA 2, 294 u NF 1877, 25[1], KSA 8, 481–483.

35 Wallat, Zum Begriff der Gerechtigkeit bei Friedrich Nietzsche (Rezension von Petersens Buch), www.rote-ruhr-uni.com/cms/IMG/pdf/Rez._Nietzsche.pdf.

36 Sangharakshita, Friedrich Nietzsche, le bouddhisme et l'homme supérieur, www.centrebouddhisteparis.org/Sangharakshita/Nietzsche/nietzsche.html (meine Übers).

3.1. Recht und Gerechtigkeit als Machtgleichgewicht

Die Grundlage jeden Rechts sieht Nietzsche ohne Werturteil in der Machtbalance³⁷: „Nur auf Das, was in unsrer Macht steht, können sich die Rechte Anderer beziehen; es wäre unvernünftig, wenn sie Etwas von uns wollten, das uns selber nicht gehört.“³⁸ Geburtsstunde von Recht ist damit „die Erkenntnis des Machtgleichgewichts verständiger Partner“.³⁹ Nietzsche ergänzt: „Verschieben sich die Machtverhältnisse wesentlich, so vergehen Rechte und es bilden sich neue [...] weshalb] die Macht- und Rechtsgrade [...] immer nur eine kurze Zeit im Gleichgewichte schweben werden, zumeist aber sinken oder steigen“.⁴⁰

Die Abschätzung des jeweiligen Machtgrades erfolgt subjektiv: „Das Recht geht ursprünglich so weit, als Einer dem Andern werthvoll [...], unbesiegbar und dergleichen *erscheint*.“⁴¹ *Subjektive Rechte* stellen sich mithin als jener Teil individueller Macht dar, den die Anderen nicht nur zugestehen, sondern aus eigenem Interesse erhalten wollen.⁴² Auf dieser Grundlage ist Gerechtigkeit das Sich-vertragen, sprich' der Vertrag zwischen Gleichmächtigen⁴³: Der Gerechte „muß zwei Gewalten oder mehrere im Kampfe fühlen und den Untergang keiner, ebenso wenig wie den Fortgang des Kampfes wünschen. So erfährt er in sich die Nöthigung zu einem Vertrag“.⁴⁴ Dieses „Princip des Gleichgewichts“⁴⁵ ist die „Voraussetzung aller Verträge, folglich allen Rechts“⁴⁶.

Im Recht geht es insbesondere um die Überwindung der negativen Affekte: „Historisch betrachtet, stellt das Recht [...] den Kampf gerade wider die reaktiven Gefühle [das „Ressentiment“] vor, [...] seitens aktiver [...] Mächte, welche ihre Stärke zum Theil dazu verwendeten, der Ausschweifung des reaktiven Pathos Halt und Maass zu gebieten und einen Vergleich zu erzwingen [...] in Bezug auf [...] ihnen] unterstehende Schwächere“⁴⁷ oder welche „Verzicht auf Vendetta geleistet und dem Recht über sich Gewalt eingeräumt“⁴⁸ haben.

Petersen gibt Nietzsches Überlegungen in allerlei Verästelungen mit vielen Zitaten wieder. Doch mehrere Fragen bleiben offen. Betrachtet Nietzsche hier tatsächlich, wie die obigen Aussprüche nahelegen, Recht und Gerechtigkeit als äquivalent? Wie ist diese

37 Vgl MA I 92 unter Bezug auf *Thukydides*, KSA 2, 89.

38 Morgenröthe (M), II 112, KSA 3, 100.

39 Gerhardt, Das „Princip des Gleichgewichts“. Zum Verhältnis von Recht und Macht bei Nietzsche, NSt 1983, 111–133 (115).

40 M II 112, KSA 3, 101.

41 MA I 93, KSA 2, 90 f (Hervorh teilw gestr).

42 Vgl M II 112, KSA 3, 100–102.

43 Vgl ebd u Zur Genealogie der Moral (GM), Vorrede 4 u II 8, KSA 5, 251 u 305 f.

44 NF 1880, 7[27], KSA 9, 323.

45 MA II, Der Wanderer und sein Schatten (WS) 22, KSA 2, 557.

46 GM, Vorrede 4, KSA 5, 251.

47 GM II 11, KSA 5, 311.

48 GM III 9, KSA 5, 358; vgl Brusotti, Die „Selbstverkleinerung des Menschen“ in der Moderne. Studie zu Nietzsches *Zur Genealogie der Moral*, NSt 1992, 81–136 (98–100).

machtgestützte Analyse mit der Vorstellung von Gerechtigkeit als jenseits des positiven Rechts liegende Tugend zu vereinbaren? Wo ist die Gerechtigkeit genau angesiedelt – in der öffentlichen Gewalt oder im gerechten Einzelnen, der „die eigenen reaktiven Gefühle aktiv beherrscht“⁴⁹? Wie können die Positionen der Armen, Schwachen, Ausgebeuteten, denen gleichfalls „noch Rechte, aber geringere“⁵⁰ zukommen, gestärkt werden und welche Rolle mag das Recht dabei spielen?

3.2. Recht als Berechenbarkeit und die Haltung zur Gleichheit

Den Prozess der Zivilisation formuliert Nietzsche als „Aufgabe, ein Thier heranzuzüchten, das versprechen darf, [... dh] den Menschen zuerst bis zu einem gewissen Grade [...] gleich unter Gleichen, regelmässig und folglich berechenbar zu machen“.⁵¹ Die Berechenbarkeit ergibt sich aus – naturwissenschaftlichen wie juristischen – Gesetzen und deren Begriffen und „liegt in der Wiederkehr identischer Fälle“.⁵²

Die Herstellung von Berechenbarkeit erfolgt somit ua im Recht⁵³ und insbesondere durch die Gleichheitsidee, deren Rolle darin besteht, Phänomene zu „subsumieren unter eine vorhandene Reihe“⁵⁴. Das ist die Grundlage für das og Gleichgewicht und die darin verankerte Gegenseitigkeit der Mächte.⁵⁵ Aber welche Art von Gleichheit meint Nietzsche? Mit der Definition von Gerechtigkeit als „Gleichheit der Rechte“⁵⁶ gibt er ihr einen formalen Gehalt. Doch scheint er im selben Textstück und in weiteren Schriften auch einen anderen, womöglich materiellen Gleichheitsbegriff zu vertreten, so wenn er Gerechtigkeit auch als „gleiche Macht“⁵⁷ versteht und erklärt, „der Wille zur Gleichheit ist der Wille zur Macht“⁵⁸. Diese Idee fortführend heißt es andernorts, zunächst analytisch, „die Ungleichheit der Rechte ist erst die Bedingung dafür, dass es überhaupt Rechte giebt.“ Ein paar Sätze weiter fügt er in normativem Sinne hinzu: „Das Unrecht liegt niemals in ungleichen Rechten, es liegt im Anspruch auf ‚gleiche‘ Rechte...“.⁵⁹ Damit stellt sich Nietzsche explizit gegen seine zuvor zitierte formale Definition von Gerechtigkeit.

49 Brusotti, ebd 100.

50 MA I 93, KSA 2, 91.

51 GM II 2, KSA 5, 293. Vgl Binder, Logos 1925, 281; Valadier, Nietzsche et la noblesse du droit, zum „Versprechen, Angelpunkt jeder menschlichen Beziehung, Herz jeden Rechtssystems“ (meine Übers), ARSP 2001, Beiheft Nr 77: *Nietzsche und das Recht*, hg von Seelmann, 31–38 (33).

52 NF 1888, 14[98], KSA 13, 276; vgl Henry Kerger, Verhältnis von normativer Regel und Handlungsrationaltät bei Nietzsche, ARSP, aaO 39–55 (41).

53 Vgl Antoine Jeammaud, La règle de droit comme modèle, Recueil Dalloz 1990, Chronique, 199–210.

54 NF 1885/86, 2[90], KSA 12, 106.

55 Vgl Gerhardt, NSt 1983, 115.

56 NF 1887, 10[82], KSA 12, 504.

57 Ebd.

58 NF 1885/86, 2[90], KSA 12, 106.

59 Der Antichrist 57, KSA 6, 244.

Diese widersprüchlichen Äußerungen könnten Anlass sein, die Ambivalenz des Gleichheitsbegriffs zu reflektieren⁶⁰, zumal Nietzsche mit seiner hier nur vage durchscheinenden Kritik bekanntlich nicht alleine steht⁶¹. Doch Petersen wischt das Problem mit einem Denkverbot fort, so, als ob er auch beim wissenschaftlichen Schreiben an das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot gebunden sei (S 205 f). Im Übrigen versteht Nietzsche Gerechtigkeit auch als Bemühen, „Jedem, sei es ein Belebtes oder Todtes, Wirkliches oder Gedachtes, das Seine [zu] geben“⁶². Dieses häufiger von Petersen zitierte, aber nicht weiterentwickelte Bestreben ließe sich auch im Sinne einer materiellen oder sozialen Gleichheit verstehen.

Ebenfalls in diese Richtung könnte die Forderung weisen, man „verhindere die mühe-lose, die plötzliche Bereicherung; man ziehe alle Zweige des Transports und Handels, welche der Anhäufung *grosser* Vermögen günstig sind, also namentlich den Geldhandel, aus den Händen der Privaten und Privatgesellschaften – und betrachte ebenso die Zuviel- wie die Nichts-Besitzer als gemeingefährliche Wesen.“⁶³ Sie klingt angesichts der gegenwärtigen Überproduktions- und Reichtumskrise erstaunlich aktuell. Doch für Petersen haftet ihr etwas „Unerfüllbar-Utopisches“ an (S 171 f), obwohl die Reichtumsverteilung bekanntlich von Region zu Region wie auch im Zeitablauf erheblich schwankt und somit politisch entschiedener Veränderung zugänglich ist.

3.3. Willensfreiheit als Illusion, Richten und Strafen als Rache

Nietzsches Kritik des Strafrechts beruht auf dem Nachweis, dass *Schuld* – etymologisch aus zivilrechtlichen *Schulden* hergeleitet⁶⁴ – eine psychologische Fiktion ist. Wenn es denn überhaupt eine Schuld etwa für einen Mord gäbe, so „in Erziehern, Eltern, Umgebungen, in uns, nicht im Mörder, – ich meine die veranlassenden Umstände.“⁶⁵ Diese Fiktion beruht auf der Lehre vom freien Willen des Individuums: „Die Menschen wurden ‚frei‘ gedacht, um gerichtet [...] – um schuldig werden zu können: folglich musste jede Handlung als gewollt, der Ursprung jeder Handlung im Bewusstsein liegend gedacht werden“.⁶⁶ Diese „Lehre [...] ist eine Erfindung herrschender Stände.“⁶⁷ Nietzsche weist ferner auf die vom Individuum nicht beeinflussbare eigene emotionale Prägung in der Vergangenheit hin, von der abhängt, „ob unsere Leidenschaften zur Glühhitze kommen und das ganze Leben lenken oder nicht. Keiner weiss, wozu ihn die Umstände,

60 Vgl ausf Pollmann, *Le principe d'égalité: tremplin ou impasse pour l'émancipation humaine?*, www.revue-aspects.info/IMG/pdf/Aspects_No3_a04.pdf.

61 ZB *Illich*, *Genus*. Zu einer historischen Kritik der Gleichheit (1983).

62 MA I 636, KSA 2, 361.

63 MA II, WS 285, KSA 2, 681.

64 Vgl GM II 4, KSA 5, 297 f.

65 MA I 70, KSA 2, 81.

66 GD, *Irrthümer* 7, KSA 6, 95.

67 MA II, WS 9, KSA 2, 545.

das Mitleid, die Entrüstung treiben können, er kennt den Grad seiner Erhitzbarkeit nicht.“⁶⁸ Die menschlichen Leidenschaften sind im Übrigen durch schädigende Handlungen anderer umso leichter erregbar, als letztere durch die Illusion vom freien Willen als gewollt und deshalb bösartig eingebildet werden.⁶⁹

Schließlich stellt Nietzsche fest, „dass gerade durch die Strafe die Entwicklung des Schuldgefühls am kräftigsten aufgehalten worden ist“⁷⁰, was neben anderen Faktoren die hohe Rückfallquote insbesondere bei ehemaligen Strafgefangenen erklären könnte. Seine Schlussfolgerungen sind radikal, aber folgerichtig: „Niemand ist für seine Thaten verantwortlich, Niemand für sein Wesen; richten ist soviel als ungerecht sein“⁷¹; „Strafe ist Rache“⁷² und womöglich Projektion gesellschaftlichen Schuldbewusstseins auf den Delinquenten, denn „in vielen Fällen wird man [...] die *Richter* irgendwie bei der Schuld [des Täters] beteiligt finden.“⁷³

Petersen zitiert diese Überlegungen Nietzsches zwar ausführlich, traut sich aber nicht zu einer ernsthaften Auseinandersetzung. Seine Behauptung ihrer „offenkundigen Praxisuntauglichkeit“ (S 140), weil aus ihnen „keine konkreten Folgerungen für die praktische Rechtsanwendung [...] gezogen werden“ könnten (S 133), wirkt vorschnell. Nietzsche deutet nämlich an, dass Strafrecht zur Verhinderung von Straftaten nicht geeignet ist, wohl aber dazu dient, im Interesse der „herrschenden Stände“ das gesellschaftliche Rachebedürfnis zu befriedigen und bestimmte Individuen durch ihre Einordnung als Kriminelle zum Sündenbock für gesellschaftliche Missstände zu machen. Damit nimmt er die inzwischen von der Kriminologie getroffene Unterscheidung zwischen den offiziellen, aber nicht erfüllbaren, und den untergründigen Funktionen des Strafrechts⁷⁴ vorweg. Nietzsches kritischer Blick könnte in der Aufhebung oder Einschränkung des Strafrechts und seiner Anwendung auch heute noch praktische Konsequenzen haben. Dass Kriminalität also keine unbeeinflussbare Größe ist und der gesellschaftliche Umgang mit ihr sehr verschiedenartig ausfallen kann, bezeugt die regional extrem unterschiedliche Strafintensität, die hinsichtlich der Gefängnisstrafe zwischen 59 (Japan), 85 (Deutschland), 103 (Österreich) und 743 (USA) Gefangenen pro 100.000 EinwohnerInnen variiert⁷⁵. Zugleich ist aber auch zu bedenken, dass die Abschaffung des Strafrechts das Rachebedürfnis noch nicht aus der Welt schaffen würde und so unzivilisiertere Formen seiner Erfüllung zurückbringen könnte.

68 MA I 72, KSA 2, 82.

69 Vgl MA I 99 u 102, KSA 2, 96 u 99, fortentw bei *Le Cour Grandmison*, Haine(s). Philosophie et politique, Presses univ. de France: Paris 2002, 103–124.

70 Ausf GM II 14, KSA 5, 318–320.

71 MA I 39, KSA 2, 64.

72 Ausf MA II, WS 33, KSA 2, 567.

73 MA II, WS 28, KSA 2, 561 f.

74 Vgl zB *Baratta*, Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts, FS A. Kaufmann (1993) 393–416.

75 Vgl *World Prison Brief* des „International Centre for Prison Studies“, King’s College London, www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/ (Zahlen 2009–2011).

Nietzsches Entkräftung der Willensfreiheit⁷⁶ unterminiert nicht nur das Strafrecht, sondern auch andere juristische Regelwerke wie insbesondere das Vertragsrecht, soweit sie auf der Idee des autonomen, selbstverantwortlichen Individuums beruhen. Doch er scheint sich insoweit nicht geäußert zu haben. Sonst hätte er womöglich feststellen müssen, dass die Erkenntnis der illusionären Grundlage des Vertragsrechts auch seine eigene Annahme von Recht als im Vertrag begründete Machtbalance ins Wackeln bringt.

Angesichts Nietzsches schonungsloser, teilweise auch kritischer Vorstellungen zum Recht ist kaum verwunderlich, dass die – überwiegend an der Legitimation von Recht arbeitende – Rechtsphilosophie und -wissenschaft ihn bislang weitgehend ignoriert haben. Petersens Buch schließt also eine Lücke, auch wenn es keine aktualisierende Bewertung anbietet und Nietzsches Radikalität nur wenig reflektiert⁷⁷.

Christopher Pollmann, *Professeur agrégé* für öffentliches Recht an der Université Paul Verlaine – Metz, ‚Émile-Noël-Fellow‘ an der Harvard Law School (2001–02), pollmann@univ-metz.fr.

⁷⁶ Vgl. neben den vorgenannten Stellen ausf. MA I 107, KSA 2, 103–106.

⁷⁷ So auch Wallat (Fn 34).

Die Strafbarkeit der Leugnung kommunistischer Verbrechen in (Ost-)Europa

Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrecht, Geschichte und nationaler Identität

Hannes Püschel

Im Dezember 2010 forderten, vorerst erfolglos, die Regierungen Bulgariens, Litauens, Lettlands, Rumäniens, Tschechiens und Ungarns die Europäische Kommission auf, Schritte zu unternehmen, um die Leugnung oder Verharmlosung kommunistischer¹ Verbrechen in der EU für strafbar zu erklären.²

In den boomenden *Memory Studies* wird viel geschrieben über die Unterschiede zwischen West- und Mitteleuropa (MOE) betreffend die Erinnerung an den 2. Weltkrieg und Holocaust und den Fakt, dass sich hier zwei historische Deutungen gegenüberstehen: die Erinnerungen an den Mai 1945 als Datum der Befreiung von der deutschen Besatzung bzw des Beginns oder der Wiederaufnahme sowjetischer Okkupation.³

Dass die geforderte strafrechtliche Gleichbehandlung der Leugnung des Holocausts und kommunistischer Verbrechen von der Europäischen Kommission zurückgewiesen wurde, scheint diese Teilung und die behauptete Subalternität osteuropäischer Geschichtsbilder zu bestätigen. Dabei wird übersehen, dass in den letzten Jahren viele Grundannahmen des Geschichtsbildes der MOE-Staaten von europäischen Institutionen übernommen wurden und diese ihre Geschichtserzählung auf EU-Ebene verankern konnten. Dieser Prozess soll im Folgenden kritisch nachvollzogen werden.

1. Die Strafbarkeit der Holocaustleugnung

Zentraler Referenzpunkt der Bemühungen, die Leugnung kommunistischer Verbrechen unter Strafe zu stellen, sind die Gesetze gegen die Leugnung des Holocausts.

1 Die Benennung staatssozialistischer Repression und Gewaltakte als „kommunistische“ lässt sich mit guten Gründen kritisieren, im folgenden soll dieser Terminus (aus Gründen der besseren Lesbarkeit ohne Anführungszeichen) benutzt werden, weil er der in den hier beschriebenen Diskursen benutzte ist. Gleiches gilt für den Begriff „Holocaust“, der im Bewusstsein um die Kritik an diesem Begriff hier deshalb durchgängig benutzt wird, weil er gerade im strafrechtlichen Diskurs unbestritten als Bezeichnung für den Prozess der Vernichtung der europäischen Juden benutzt wird.

2 Schwarz, Identität in der Wertegemeinschaft, Frankfurter Allgemeine Zeitung v 30.12.2010.

3 Vgl Radonic, Krieg um die Erinnerung – Kroatische Vergangenheitspolitik zwischen Revisionismus und europäischen Standards (2009) 70 ff.

In der BRD wurde die Holocaustleugnung lange Zeit nur als Beleidigung gemäß § 185 StGB angesehen. Eine Verfolgung setzte voraus, dass ein_e Betroffene_r, also ein_e Jüd_in, Anzeige erstattete. 1985 wurde das Antragerfordernis für die Beleidigungsdelikte in § 194 StGB so gefasst, dass eine Tat nach § 185 nicht des Antrags bedarf „...“, wenn der Verletzte als Angehöriger einer Gruppe unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verfolgt wurde, diese Gruppe Teil der Bevölkerung ist und die Beleidigung mit dieser Verfolgung zusammenhängt.“ Damit hatte sich die CSU durchgesetzt, die einer Änderung nur zuzustimmen bereit war, wenn dies sowohl Beleidigungen gegenüber Juden als auch gegenüber deutschen Vertriebenen betraf. Vor dem Hintergrund der Welle neonazistischer Gewalttaten nach der Wiedervereinigung aber auch dem sich durchsetzenden offenen Thematisieren der NS-Vergangenheit, wurde 1994 § 130 StGB „Volksverhetzung“ um Absatz 3 ergänzt, wonach nur wer „unter der Herrschaft des Nationalsozialismus“ begangene Völkerrechtsverbrechen biligt, leugnet oder verharmlost mit bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft wird.⁴

Die Verlagerung der Holocaustleugnung aus dem Bereich der Antragsdelikte, über ein Offizialdelikt in den Bereich des Staatsschutzrechtes macht die Wandlung des postnazistischen Deutschlands deutlich – von einem Staat, der seine Hand schützend über die NS-Mörder hielt, zu einem, in dem die abgeschlossene Aufarbeitung der Vergangenheit Staatsdoktrin ist.

Österreich fügte 1992 in das Verbotsgesetz von 1947 den § 3 h ein, der die Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung des NS-Völkermordes oder anderer NS-Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Strafe stellt.

Unter deutscher EU-Ratspräsidentschaft wurde seit 2007 daran gearbeitet, die Holocaustleugnung EU-weit zu illegalisieren, was schließlich mit dem *Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit*⁵ geschah. Damit wurde ein bedeutender Schritt in Richtung Vereinheitlichung der Rechtslage in Europa getan, handelte es sich nach dem EUV alter Fassung bei einem Rahmenbeschluss doch um die Parallele zur Europäischen Richtlinie auf dem Gebiet der *Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen*.⁶ Diese Entwicklung spiegelt wieder, dass die Bundesrepublik Deutschland heute in der Lage ist, international tonangebend mitzubestimmen wie der Umgang mit der Geschichte von Holocaust und Zweitem Weltkrieg auszusehen hat, aber auch, dass der Holocaust in den letzten 20 Jahren zum negativen Gründungsmythos des vereinten Europas wurde.⁷

4 Kalinowsky, Antisemitismus und Strafrecht, in *Forschungsinstitut der Friedrich-Ebert-Stiftung, Abt. Arbeits- und Sozialforschung* (Hrsg), Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit : Herausforderung für die Demokratie; eine Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung am 23. und 24. November 1994 in Berlin, 91 (105ff).

5 http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33178_de.htm (05.04.2011).

6 Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (3. Aufl. 2009) § 8 Rn 55.

7 Vgl Radonic, Krieg um die Erinnerung, 53ff.

2. Rot = Braun, die Karriere einer Gleichsetzung

Nach der Wende in Osteuropa erlebte die Totalitarismuskonzeption⁸ einen Aufschwung. Insbesondere von der Veröffentlichung des *Schwarzbuches des Kommunismus*⁹, das mit der einprägsamen Zahl von 100 Millionen Toten aufwartete, die der Kommunismus zu verantworten habe, gingen hierfür Impulse aus. In vielen MOE-Ländern, vor allem im Baltikum, wurde eine Geschichtsdeutung Staatsdoktrin, wonach diese Länder Opfer zweier Okkupationen waren, der deutschen und der sowjetischen, von denen letztere mindestens genauso schlimm, wenn nicht gar schlimmer gewesen sei. Dabei ist dieser Antikommunismus stark ethnifiziert und identifiziert den Kommunismus oft nur oder vorrangig als Form russischen Expansionismus' und Vormachtstrebens.¹⁰ Die betroffenen Länder und deren Mehrheitsnation werden dabei meist nur als passive Opfer angesehen. So erscheint die Geschichte der einheimischen kommunistischen Bewegungen/Parteien unter Außerachtlassen jeglicher sozialer Auseinandersetzung als unvermitteltes Auftreten verräterischer Marionetten einer fremden Macht. Dahingegen wird die Kollaboration mit den Nationalsozialisten und der eigene Beitrag zur Shoa als Tat weniger Irregeleiteter bzw als verständliche Reaktion auf die sowjetische/russische Aggression, die angeblich von den Jüd_innen unterstützt worden sei, dargestellt.¹¹

Diese Geschichtserzählung kollidiert konfliktvoll mit den Geschichtserinnerungen der jüdischen Minderheiten, die diese Gleichsetzung nicht akzeptieren können, weil sie den Antisemitismus der Mehrheitsbevölkerung ignoriert, deren Beteiligung am deutschen Ausrottungsprogramm und eigenständige Verfolgung und Ermordung von Jüd_innen und den Fakt, dass der sowjetische Sieg das Ende des Mordens bedeutete.¹² Auch die russischen Minderheiten, die den 8. Mai 1945 als Tag des Sieges über die deutschen Besatzer erinnern, können dieses Geschichtsbild nicht teilen. Es ist hier nicht möglich, eine Kritik der Totalitarismuskonzeption zu entwickeln, hierfür sei zum Einstieg auf den Sammelband *Roter Holocaust? – Kritik des Schwarzbuchs des Kommunismus*, 1998 herausgegeben von Jens Mecklenburg und Wolfgang Wippermann verwiesen. Festzuhalten bleibt, dass trotz aller Parallelen, die sich zwischen Drittem Reich und der UdSSR in ihrer stalinistischen Phase finden lassen, der Unterschied zwischen beiden Diktaturen ein fundamentaler ist: innerhalb der UdSSR gab es kein Programm einer ideologisch begründeten, systematischen Vernichtung ganzer sozialer Gruppen, in der stalinisti-

8 Der Begriff „Totalitarismus“ wurde von italienischen Liberalen in den 1920er Jahren in Auseinandersetzung mit dem italienischen Faschismus geprägt. Totalitarismustheorien versuchen im Vergleich faschistischer und sozialistischer Regime moderne diktatorische Herrschaftsformen des 20. Jahrhunderts zu erklären. Im Kalten Krieg entwickelte sich darauf aufbauend die Totalitarismuskonzeption, die die wesensmäßige Gleichheit des Realsozialismus mit dem 3. Reich postuliert.

9 *Courtois/Werth* (Hrsg), *Schwarzbuch des Kommunismus*, Frankreich 1997, dt 1998.

10 Vgl ua *Puisans* (Hrsg), *Unpunished Crimes – Latvia under three occupations*, Stockholm 2003, passim.

11 Beispielhaft dafür das Okkupationsmuseum in Riga, das Genozidmuseum in Vilnius und das Haus des Terrors in Budapest.

12 Vgl ua: *Chersonskij*, *History – Education or Modern Politics?*, Jerusalem of Lithuania April/Juni 2010, 2.

schen Politik lassen sich keine Anzeichen für die Existenz von Weltherrschaftsplänen, die den deutschen Ambitionen ähnlich gewesen wären, ausmachen.¹³

Stießen erste Versuche, die Totalitarismustheorie zur Grundlage europäischer Geschichtspolitik zu machen, noch auf Widerstand, hat sich dies seit dem EU-Beitritt der MOE-Staaten deutlich geändert. Im Juni 2008 fand in Prag, unterstützt von der tschechischen Regierung, die Konferenz *European Conscience and Communism* statt, auf der die gleichnamige Erklärung, kurz *Prague Declaration*, verabschiedet wurde.¹⁴ Diese fordert, die Gleichsetzung von Nationalsozialismus und Kommunismus zur Grundlage europäischer Geschichtspolitik zu machen, und legt einen detaillierten Maßnahmenkatalog dafür vor.

Ihre Inhalte wurden mit der *European Parliament Resolution of 2 April 2009 on European Conscience and Totalitarianism*¹⁵ und der Einführung des 23. Augusts als antitotalitären europäischen Gedenktag zur Basis europäischer Geschichtspolitik erklärt und haben seither Eingang in eine Vielzahl von EU-Programmen und Maßnahmen gefunden.

3. Nationale Strafgesetze gegen die Leugnung kommunistischer Verbrechen

Während auf EU-Ebene die Leugnung kommunistischer Verbrechen bisher nicht strafbar ist, sind in einigen ehemals sozialistischen Ländern in den letzten Jahren entsprechende Straftatbestände geschaffen worden. Diese sind Teil einer zweiten Welle juristischer Maßnahmen, die sich mit der staatssozialistischen Vergangenheit befassen. Nach der Gesetzgebungstätigkeit der 90er Jahre, die den Übergang zur Demokratie begleitete bzw absicherte, dienen die nunmehrigen Maßnahmen ausschließlich der ideologischen Auseinandersetzung um die Vergangenheit und sind wohl auch ein Symptom der Krise der Transformationsprozesse in diesen Ländern. Begleitet wird die Kriminalisierung der Leugnung kommunistischer Verbrechen von zwei anderen Maßnahmen, die die juristische Gleichbehandlung von Kommunismus und Nationalsozialismus bezwecken, dem Verbot kommunistischer und nationalsozialistischer Symbole und in Litauen und Lettland der strafrechtlichen Verfolgung von Partisan_innen, die gegen die deutschen Besatzer und deren einheimischen Kollaborateure kämpften.

Kriminologisch unterscheidet sich die Leugnung kommunistischer Verbrechen deutlich von der des Holocausts. Diese ist heute als globalisiertes Ideologem ein Kernbestandteil

13 Segert, Diktatur und Demokratie in Osteuropa im 20. Jahrhundert – Antrittsvorlesung 29. November 1993 Humboldt-Universität zu Berlin, <http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/segert-dieter/PDF/Segert.pdf> (05.04.2011).

14 <http://praguedeclaration.org>, zur Kritik der Prager Erklärung siehe u.a. Heni, The Prague Declaration, Holocaust Obfuscation and Antisemitism, <http://clemensheni.wordpress.com/2009/10/26/the-prague-declaration-holocaust-obfuscation-and-antisemitism/> (05.04.2011).

15 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-20090213&language=EN&ring=P6-RC-2009-0165> (05.04.2011).

des postnationalsozialistischen Antisemitismus. Es verfügt über entwickelte und ausdifferenzierte Argumentationsmuster, die in der Regel auf pseudonaturwissenschaftliche Beweisführungen aufbauen. Mit der iranischen Staatsführung existiert ein Regime, das dieser Behauptung staatliche Unterstützung verschafft. Bezüglich kommunistischer Verbrechen existieren derart ausformulierte und tradierte Strategien der Leugnung nur bezüglich des Mordes an den polnischen Offizieren in *Katyn*.¹⁶ Seitdem auch die russische Regierung unter *Medwedjew/Putin* in dieser Frage klar Stellung bezogen hat, ist diese Form der Leugnung nur noch in russischen nationalistischen Kreisen und den versprengten Resten der orthodox-kommunistischen Parteien anzutreffen. Die Paragraphen gegen die Leugnung kommunistischer Verbrechen werden also vorrangig in den Tatbestandsalternativen des Billigens und Verharmlosens Anwendung finden.

In diesem Zusammenhang ist ferner festzustellen, dass die Illegalisierung der Holocaustleugnung in allen Ländern Europas (auch) dem Schutz einer Minderheit dient, während die Gesetze gegen die Leugnung kommunistischer Verbrechen in den MOE-Ländern das jeweilige nationale Geschichtsbild, zT explizit gegen die Erinnerung jener ethnischen (va Jüd_innen und Russ_innen) oder politischen (der in Tradition der sozialistischen Staatsparteien stehenden Linken) Minderheiten, für die der 8. Mai 1945 (auch) ein Datum der Befreiung ist, verteidigen.

Das tschechische StGB bestimmte seit 2000 in § 261 a, im neuen StGB seit 2010 in § 405: "Whoever publicly denies, disputes, endorses or tries to justify Nazi, Communist or other genocides or other Nazi or Communist crimes against humanity will be punished by imprisonment from six months to three years."¹⁷

In Lettland gilt seit Mai 2009 Sektion 74¹ StGB, die gar nicht mehr von kommunistischen oder nationalsozialistischen Verbrechen spricht, sondern nur noch Völkerrechtsverbrechen, egal von wem begangen, aufzählt „For a person who commits public glorification of genocide, crime against humanity, crime against peace or war crime or public denial or acquittal of implemented genocide, crime against humanity, crime against peace or war crime – the applicable sentence is deprivation of liberty for a term of not less than five years or community work.“¹⁸

Besonders signifikant sind die Entwicklungen in Ungarn und Litauen. In Ungarn findet auf diesem Feld der Gesetzgebung ein Teil der Auseinandersetzung zwischen Sozialde-

16 Der Name Katyn steht für die Ermordung von mehr als 20.000 polnischen Offizieren und anderen Angehörigen der bürgerlichen Elite, die nach dem sowjetischen Einmarsch in Polen gefangen genommen worden waren, durch den NKWD. Die Massengräber im Wald von Katyn wurden 1943 von den Deutschen entdeckt und propagandistisch ausgeschlachtet, Offizieller Standpunkt der UdSSR und mit ihr verbündeter Staaten und Parteien war, dass dieses Verbrechen von den Deutschen begangen wurde. U.a. aufgrund dieser Leugnung wurde Katyn zum traumatischen Synonym für die stalinistische Repression gegen Polen.

17 *Montero*, Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europa is dealt with in the Member States, 55.

18 The Criminal Law (Übersetzung: Valsts Valodas Centrs (Staatliches Sprachzentrum) www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/.../The_Criminal_Law.doc (28.04.2011).

mokraten und Konservativen um politische Legitimation und Deutungshoheit über die Geschichte statt. Nachdem im Februar 2010 die sozialdemokratisch-liberale Parlamentsmehrheit gegen den Widerstand der konservativen FIDESZ das Leugnen des Holocausts kriminalisierte, wurde nach deren Wahlsieg im Sommer 2010 Art 269/B StGB neu formuliert, so dass er nun lautet: “The person, who before great publicity denies, doubts or presents as negligible the fact of the genocide and other crimes against humanity committed by national socialist and communist systems, commits misdemeanour and shall be punishable with imprisonment of up to three years.”¹⁹ In Ungarn wird eine derartige Vorschrift – soweit ersichtlich – auch erstmalig angewandt: Dabei wird gegen den von 1957 bis 1961 amtierenden Innenminister der Kadar-Regierung *Béla Biszku* ermittelt, der in einem Fernsehinterview die Niederschlagung des Aufstandes von 1956 und die anschließend verhängten Todesurteile verteidigte. In diesem Zusammenhang fehlt es nicht an Hinweisen darauf, dass die Sozialdemokraten aus der Ungarischen Sozialistischen Arbeiterpartei hervorgegangen sind, *Biszku* also einer ihrer Ahnen ist.²⁰ Ebenfalls im Sommer 2010 wurde Art 170² in das litauische StGB eingefügt „1. Whosoever approves genocide or other crimes against humanity as defined by legal acts of the Republic of Lithuania or the European Union or by accepted decisions of the courts of the Republic of Lithuania or international courts, whosoever denies or grossly underestimates, if this is done in a threatening, hostile or insulting manner or if it causes disturbance to the public order, as well as anyone who publicly approves of aggression carried out by the USSR or Nazi Germany against the Republic of Lithuania, the crime of genocide or other crimes against humanity or war crimes committed by the USSR or Nazi Germany against Lithuanian residents or on Lithuanian territory, or very grave or grave crimes of aggression committed or abetted by people against the Republic of Lithuania in 1990–1991 or crimes committed against residents of the Republic of Lithuania, or denies or grossly underestimates these crimes, if done in a threatening, hostile or insulting manner or if this disturbs the public order; is punishable by limitation of freedom, arrest or loss of freedom for up to two years. 2. Legal entities are also liable for acts described in this article.“²¹

Dies geschah vor dem Hintergrund einer heftigen Debatte um das Verhältnis zwischen Holocaust und stalinistischen Repressionen in Litauen. Sowohl staatliche Institutionen, als auch politische Organisationen und Medien versuchen, die litauische Beteiligung am Holocaust abzuleugnen bzw als verständliche Reaktion auf eine angebliche jüdische

19 Engl Übersetzung zit n: The position of the Hungarian Communist Workers' Party on the amendment of the Section 269/C of the Criminal Code, <http://www.munkaspart.hu/english/249.html> (28.04.2011).

20 *Olt*, Budapester Bumerang - Vor den Kommunalwahlen Erinnerungen an Ungarns böse Zeiten, Frankfurter Allgemeine Zeitung v 01.10.2010.

21 http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=375951, engl Übers <http://www.holocaustinthebaltics.com/2010June29Red-BrownLawPassedBy%20Seimas.pdf> (28.04.2011).

Beteiligung an der sowjetischen Unterdrückung des litauischen Volkes während der ersten sowjetischen Besetzung von 1939 bis 1941 zurückzuführen.²²

Rechtsdogmatisch ist an diesen Vorschriften problematisch, dass sie hinsichtlich der historischen Ereignisse, deren Leugnung strafbar ist, ein hohes Maß an Unbestimmtheit aufweisen. Angesichts der Tatsache, dass oft die gesamte Politik der sozialistischen Regime als verbrecherisch angesehen wird, eröffnet dies die Möglichkeit, jede positive oder auch nur differenzierte Sichtweise auf die staatssozialistische Vergangenheit zu kriminalisieren. Desweiteren legen sie fest, dass es kommunistische Genozide gegeben habe, eine Behauptung, die in der Geschichtswissenschaft hoch umstritten ist²³, womit die Grenzen der wissenschaftlichen Auseinandersetzung strafrechtlich determiniert werden.

Nicht dieser Welle von Erinnerungsgesetzen zuzuordnen ist wohl die polnische Vorschrift in Art 55 des *Gesetzes über das Institut der Nationalen Erinnerung*: "Anyone who publicly and contrary to the facts denies crimes referred to in art. 1, point 1 shall be subject to a fine or the penalty of imprisonment of up to 3 years. The sentence shall be made public."

Die genannten Verbrechen in Art.1.1. sind "a) crimes perpetrated against persons of Polish nationality and Polish citizens of other ethnicity, nationalities in the period between 1 September 1939 and 31 December 1989: Nazi crimes, Communist crimes, other crimes constituting crimes against peace, crimes against humanity or war crimes."²⁴

Zum einen ist diese Vorschrift älter als die oben genannten, sie beschränkt sich im Gegensatz zu ihnen auf das Leugnen und sie weist im Vergleich mit den anderen Regelungen ein etwas höheres Maß an Bestimmtheit auf. Auch angesichts des Komplexes der „Katyn-Leugnung“ nimmt diese Vorschrift eine Sonderstellung ein. Interessant ist die Bestimmung, wonach die Verurteilung öffentlich gemacht werden soll. Hier erweist sich besonders der politisch-propagandistische Charakter dieser Regelung.

4. Europäisches Strafrecht und die Leugnung kommunistischer Verbrechen

Während der Diskussion um die Verabschiedung des *Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit* wurde gefordert, darin auch die Leugnung kommunistischer Verbrechen zu kriminalisieren. Zwar konnte sich diese Forderung nicht durchsetzen, der Europäische Rat forderte jedoch die Kommission auf, binnen zwei Jahren nach Inkrafttreten des Rahmenbeschlusses die

22 *Chersonskij*, History – Education or Modern Politics?, Jerusalem of Lithuania April/Juni 2010, 2.

23 *Margolina*, Kann Stalin auch als Völkermörder bezeichnet werden?, Die Welt v 01.02.2011.

24 http://www.ipn.gov.pl/portall/en/31/327/The_Act_on_the_Institute_of_National_Remembrance.html (28.04.2011).

Notwendigkeit ergänzender Maßnahmen zu prüfen betreffend “publicly condoning, denying or grossly trivialising crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes directed against a group of persons defined by other criteria than race, colour, religion, descent or national or ethnic origin such as social status or political convictions.”²⁵

Im Januar 2010 wurde diese Studie unter dem Titel *Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europa is dealt with in the Member States*, benannt nach ihrem Verfasser, dem spanischen Professor *Carlos Closa Montero*, als *Montero-Report*²⁶ vorgelegt.

Schon mit der Verwendung des Terminus *totalitäre* Regime im Titel wird die Grundannahme einer gleichsetzenden Geschichtsbetrachtung akzeptiert. Doch auch der *Montero-Report* vermag nicht das Grundproblem des Antitotalitarismus zu lösen, dass sich die Herrschaftspraxis in den als totalitär angesehenen Regimes zu sehr unterscheidet, um auf einer konsistenten theoretischen Grundlage deren qualitative Gleichheit zu postulieren.

Und so wird schon im ersten Satz der dem *Montero-Report* vorangestellten Zusammenfassung (S 8) stillschweigend der Gegenstand der Betrachtung geändert, indem nämlich festgestellt wird, dass diese Studie einen Überblick über den Umgang mit von *repressiven* Regimen begangenen Verbrechen in den Mitgliedsstaaten der EU darstellen soll. Der Begriff *repressive Regime* im Sinne der Studie wird definiert als alle Formen nicht-demokratischer Regime, die Menschenrechtsverletzungen begangen haben.

Während allerdings der Umgang mit den Diktaturen in Portugal, Spanien und Griechenland beleuchtet wird, werden die autoritären und diktatorischen Regime der Zwischenkriegszeit in Ostmitteleuropa vollständig ignoriert und die dortigen Kollaborationsbewegungen nur sehr oberflächlich behandelt.

Dass, abgesehen von der Tschecho-Slowakischen Republik kein einziger mittelosteuropäischer Staat der Zwischenkriegszeit als Demokratie bezeichnet werden kann, dass sich in Ländern wie zB Polen (das Sanacja-Regime unter Pilsudski), Litauen (die Diktatur Smetonas von 1926–40) und Ungarn (das Horthy-Regime) schon in den 20er Jahren – und keineswegs unter dem Einfluss fremder Besatzung – autoritäre und diktatorische Regime entwickelten²⁷, dass in all diesen Regimen Oppositionelle (zum Teil brutal) verfolgt und Minderheiten diskriminiert wurden, fällt so unter den Tisch. Damit wird ein Geschichtsbild bestätigt, das diktatorische Entwicklungen in Mitteleuropa nur als Resultat fremder, vor allem sowjetischer, dh russischer Intervention sieht.

Der Report stellt aber auch fest, dass die Leugnung kommunistischer Verbrechen bisher nur in den östlichen Mitgliedsstaaten strafbar ist. Gestützt auf diese Feststellung ant-

25 Framework decision on Racism and Xenophobia, <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/7391> (28.04.2011).

26 http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/rights/studies/docs/memory_of_crimes_en.pdf (05.04.2011).

27 *Segert*, Diktatur und Demokratie in Osteuropa, passim.

wortete die Europäische Kommission am 22.12.2010 auf das Ansinnen, die Leugnung kommunistische Verbrechen unter Strafe zu stellen.²⁸ In der Antwort listet sie auf, welche Maßnahmen die EU bisher unternommen hat, um ein antitotalitäres Erinnern zu unterstützen, kommt aber hinsichtlich der geforderten Pönalisierung aufgrund der Unterschiede in der nationalen Gesetzgebung zu dem Schluss: "The Commission considers therefore that at this stage the conditions to use this possibility have not been met but it will keep the matter under review."

Zurückgewiesen wird nur die Notwendigkeit der Strafgesetzgebung auf europäischer Ebene, die Legitimität derartiger Vorschriften auf nationaler Ebene wird keinesfalls bestritten und das dahinterstehende Geschichtsbild sogar bestätigt.

5. Transitional Justice?

Die beschriebenen Maßnahmen werden in der Regel und auch vom *Montero-Report* der *Transitional Justice* zugerechnet. Der im Angesicht der Demokratisierungsprozesse in Lateinamerika, Südafrika und Osteuropa geprägte Terminus beschreibt juristische und nichtjuristische Maßnahmen von Gesellschaften in Reaktion auf zurückliegende schwere Menschenrechtsverletzungen und gesellschaftliche Konflikte mit dem Ziel eine demokratische, rechtsstaatliche und friedliche Zukunft zu ermöglichen.²⁹

Dieser Zielvorgabe widerspricht jedoch Ratio und Telos der hier kritisierten Gesetze. Die Trias aus Kriminalisierung der Leugnung kommunistischer Verbrechen, Verbot kommunistischer Symbolik und Verfolgung antifaschistischer Partisan_innen dient der Gleichsetzung von Holocaust und sowjetischer Repressionen und Kriegsverbrechen. Diese Gleichsetzung, die sich in der Rede von den *zwei Okkupationen* niederschlägt, geht einher mit der Externalisierung und Ethnifizierung der sowjetischen Repressionsgeschichte. Dadurch werden die Widersprüche in den betroffenen Gesellschaften und der aktive Anteil ihrer Angehörigen an der sowjetischen/realsozialistischen Geschichte negiert und diese als homogene nationale Opferkollektive dem als ebenso homogen vorgestellten russischen Täterkollektiv gegenübergestellt.

Die strafrechtliche Durchsetzung des antitotalitären Geschichtsbildes verhindert eine wissenschaftliche und politische Diskussion um die Spezifik des exterminatorischen Antisemitismus in der Kollaboration mit den Deutschen und eine radikale Kritik an der Kollaboration, denn diese könnte evt die kommunistische Repression gegen die nationalistischen Bewegungen rechtfertigen oder verharmlosen. Da die politischen Organisationen der Kollaboration ihren ideologischen Hintergrund im Nationalismus der Zwi-

28 Report from the Commission to the European Parliament and to the Council – The memory of the crimes committed by totalitarian regimes in Europe, [http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/redding/pdf/com\(2010\)_873_1_en_act_part1_v61.pdf](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/redding/pdf/com(2010)_873_1_en_act_part1_v61.pdf) (05.04.2011).

29 *Montero*, Study 13.

schenkriegszeit haben, wird so die Rückbesinnung auf die nationalistischen, autoritären, antisemitischen etc Bewegungen und Regierungen der Zwischenkriegszeit abgesichert und ein bewusster und reflektierter Bruch mit diesen verhindert. Angesichts dessen, dass diese die Multiethnizität der MOE-Staaten meist als Problem ansahen, stellt dies ein Hindernis für eine demokratische und friedliche Entwicklung dieser Länder dar, was sich in Ländern, deren Staatsdoktrin besonders stark auf diese Staatsgründungszeit Bezug nimmt zeigt, zB am quasi-staatsoffiziellen Antisemitismus in Litauen, der Diskriminierung der russischstämmigen Bevölkerung in Lettland oder dem Antiziganismus in Ungarn.

6. Fazit

Die in den letzten Jahren erlassenen *Memory Laws* in den MOE-Staaten sind Bestandteil einer autoritär-nationalistischen Politik, die die Formierung nationaler Kollektive repressiv absichern soll. Die Verankerung der Totalitarismuskonzeption als Grundlage europäischer Geschichtspolitik droht dabei, diese Form des politischen Strafrechts zu legitimieren.

Eine nicht nur oberflächliche Kritik an dieser Entwicklung ist jedoch ohne eine kritische Auseinandersetzung mit dem Institut der Erinnerungsgesetze nicht zu haben. Denn die Pönalisierung der Leugnung historischer Massenmorde dient in der Regel vorrangig nicht deren Überlebenden oder den Angehörigen der Opfer, sondern politischen und ideologischen Zielsetzungen des erlassenden Gesetzgebers. Solange zum Zwecke nationaler Identitätsbildung die Regulierung von Geschichtsbildern qua Strafrecht für legitim erachtet wird, ist eine umfassende Kritik an dieser Entwicklung nicht möglich.

Bemühungen, eine Gleichsetzung des Schicksals der europäischen Juden mit den in Folge der deutschen Niederlage umgesiedelten und vertriebenen Deutschen im Strafrecht zu verankern, gab es auch in der Geschichte der BRD. Das deutsche Beispiel zeigt, dass die Überwindung einer derartigen Politik eine kritische Befassung mit der eigenen Tätergeschichte voraussetzt. Etwas, was die hier genannten Gesetze gerade zu verhindern suchen.

Thema: Queering Family Law

Vorwort

Marion Guerrero/Ilse Koza/Brian-Christopher Schmidt

Es gibt Sachen, die sind einfach so, seufzt der Volksmund gerührt über einem Viertel Rot. Dass die Welt ohne die Liebe halt nur halb so schön wär' (vorausgesetzt, es liebt sich richtig, also zu zweit und am besten verschiedengeschlechtlich). Oder die besondere Bindung zwischen Mutter und Kind, populärwissenschaftlich übersetzt als Mutterinstinkt. Väter sollen, aufgrund der Abwesenheit desselben, die schlechteren Eltern sein (vor allem, wenn sie in Form eines schwulen Pärchens auftreten); aber zwei Mütter auf einmal, das geht trotzdem nicht. Schwule und lesbische Zweierbeziehungen werden mittlerweile zwar toleriert: der Gang zum Standesamt sowie die Adoption sind ihnen (zumindest in Österreich) aber weiterhin untersagt. Gerne beklagt wird auch die mangelnde Ausdauer heirats(un)williger Spätzwanziger und Fröhldreißiger, die schon beim ersten Streit das partnerschaftliche Nest verlassen. Doch zu viel Commitment ist auch verdächtig. Polyamory-Verbindungen, in denen drei oder mehr Personen loyale Partnerschaften aufbauen, werden eher schief angeschaut, falls sie überhaupt ernst genommen werden.

Diese Einstellungen scheinen das Recht und dessen Institutionen immer noch weitgehend zu prägen, etwa wenn höchstrichterliche Rechtsprechung in Österreich mit „natürlichen“ Vorstellungen von der richtigen Form der Familie argumentiert.¹ Die Realität allerdings kümmert sich wenig darum, was das Recht als „natürlich“ vorschreibt. Die Kernfamilie, die in Folge der industriellen Revolution Verbreitung gefunden hat und später als bürgerliche Vorstellung von Natur propagiert wurde, stellt längst nicht mehr die Hauptform des Zusammenlebens dar.² Die immer offener gelebte Vielfalt von sexu-

1 OGH 27.9.2006, 9Ob 62/06t.

2 Untersuchungen der Statistik Austria bestätigen diesen demographischen Wandel. So ging etwa der Anteil der Personen, die als Ehemänner bzw. Ehefrauen mit Kindern im Haushalt leben stark zurück. (1971: Männer 30,4%; Frauen 27,3%. 2010: Männer 24,1%; Frauen 23,0%). Siehe näher www.statistik.at; Ähnliche Ergebnisse finden sich etwa in den USA: Weniger als eine von vier Familien entsprach im Jahr 2003 noch dem traditionellen Bild der Kernfamilie. *Bureau of the Census, U.S. Dept. Of Commerce, Current Population Reports, Family and Living Arrangements: 2003 (2004), 2.*

eller Identität, Partner- und Elternschaft beweist, dass die Annahme der Natürlichkeit der Kernfamilie fehlläuft. Wie gehen gesetzgebende und rechtsprechende Institutionen mit der neuen Herausforderung um, die von den zahlreichen unterschiedlichen Lebensentwürfen an sie gestellt wird?

Diese Frage trifft den Kern des vorliegenden Schwerpunkts „Queering Family Law“. Mit *queer* sind hier von der Norm (im engeren Sinne: von der heteronormativen Norm) abweichende Phänomene und Konzepte gemeint.³ In Anlehnung daran versuchen wir einen Einblick in das Potpourri der Möglichkeiten des rechtlichen Umgangs mit zwischenmenschlichen Beziehungen zu geben.

Traditionelle Vorstellungen von „Familie“ scheinen zu bröckeln: Jüngere familienrechtliche Reformen im nationalen, europäischen und internationalen Raum zeigen, dass sich ein rechtlicher Paradigmenwechsel hin zu einer extensiveren Definition von Beziehung, Familie und Gender-Identität abzeichnet, der sich bemüht, der sozialen Realität Rechnung zu tragen. Es stellt sich sogar die Frage, ob gewisse Bereiche der rechtlichen Regulierung nicht ganz entzogen werden sollten.

Die ausgewählten Beiträge von Autor_innen aus dem In- und Ausland beleuchten das Umdenken rechtlicher Kategorien und die Reorganisation des Rechts im Bereich Familienrecht. *Elisabeth Holzleithner* führt mit Ihrem Beitrag zur Debatte um die rechtliche Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Beziehungen ins Thema ein. Nach einer kritischen Hinterfragung des Begriffs „queer“ wird der Kampf für gleichberechtigte lesbiSchwule Partnerschaften in Österreich theoretisch eingeordnet. Schließlich behandelt die Autorin die wichtigsten Kritikpunkte von queerer Seite bezüglich der Öffnung der Ehe für Lesben und Schwule.

Der Beitrag von *Lisa Morawek* wirft in der Folge die Frage auf, ob mit dem am 1.1.2010 in Kraft getretenen Gesetz über die Eingetragene Partnerschaft (EPG), das gleichgeschlechtlichen Paaren die Legalisierung ihrer Beziehung ermöglicht, ein Aufbrechen der traditionellen Rollenbilder in Österreich gelingt. Sie beleuchtet die schwierige Entstehung des Gesetzes, erste Erfahrungen mit der praktischen Umsetzung, sowie die anhaltende Ungleichbehandlung gegenüber der „richtigen“ Ehe.

Wie aus Partner_innen Eheschließende werden, zeigt *Ilse Koza* am Beispiel Lateinamerikas. Sie gibt einen chronologischen Überblick der rechtsemanzipatorischen Entwicklungen in Mexiko und Argentinien hinsichtlich der Öffnung des Eheinstituts für gleichgeschlechtliche Partnerschaften. Auch ihr Beitrag untersucht, inwiefern der Spagat zwischen sozialer Realität und rechtlicher Regulierung gelingt. So standen beide lateinamerikanischen Staaten vor der Herausforderung, das gesellschaftspolitische Spannungsfeld zwischen Kirche auf der einen und liberalen Kräften auf der anderen Seite zu überwinden.

3 Für eine kritische Beleuchtung des Begriffs „queer“, siehe unter anderem Elisabeth Holzleithners Artikel „Zwischen Subversion und Normalisierung. Zur Debatte um die rechtliche Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Beziehungen“ in diesem Heft.

Einen weiteren Blick über den nationalen Tellerrand eröffnet der Beitrag von *Anne Louw*. Sie präsentiert die jüngste familienrechtliche Gesetzgebung in Südafrika, die seit einem Erlass der Verfassung 1996 eine weitreichende rechtliche Anerkennung verschiedenster Formen des Zusammenlebens (polygame Beziehungen, Ehen für gleich- und verschiedengeschlechtliche Paare) erreicht hat. Eine profunde und kritische Analyse des rechtlichen Rahmens wirft aber auch ein kritisches Licht auf diese Entwicklungen. Denn der intendierte „legal pluralism“ hat de facto eine rechtliche Vereinheitlichung, eine „domestication“ der diversen Partnerschaften, zu Folge.

Nach welchen Kriterien soll also entschieden werden, welche Beziehungsart eine privilegierte Behandlung verdient und welche nicht?

Caroline Voithofer und *Magdalena Thöni* setzen sich in ihrem Artikel mit der österreichischen Rechtslage bezüglich des Zugangs zu Samenspenden zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung auseinander. Die Autorinnen zeigen auf, dass dem FMedG bestimmte konservative biopolitische Grundannahmen zugrunde liegen und erläutern die entsprechenden Auswirkungen für nicht-heterosexuelle Paare. Sie stellen abschließend die Frage, inwieweit der Staat mit seinen (überwiegend unzeitgemäßen) gesellschaftspolitischen Vorstellungen die Verteilung von Samenspenden regulieren können soll.

Wie (zwischen)menschliches Verlangen das strikte Ordnungsdenken eines autoritären Regimes nachhaltig herausfordern kann, zeigt zum Abschluss der Beitrag von *Donna Azoulay*. Sie legt dar, welchen Traditionen das streng binäre Geschlechterbild des modernen Iran entspringt, und wie (insbesondere männlichen) Homosexuellen mit Repression begegnet wird, weil sie in den Gender-Klischees keinen Platz haben.

Die ausgewählten Beiträge verdeutlichen die Vielfalt an Formen familialen Wandels und zeigen die zahlreichen dabei zu bedenkenden Faktoren auf. Die dem Familienrecht zu Grunde liegenden Rahmenbedingungen sind keine unveränderbaren Topoi, sondern dynamischer Natur und je nach vorherrschenden gesellschaftlichen und politischen Strukturen wandelbar. Die in diesem Heft zu Wort kommenden Autor_innen beschreiben, wie Gesetzgeber_innen dieser Herausforderung in unterschiedlichem Ausmaß gerecht werden. Dieser Schwerpunkt soll daher keine abschließenden Antworten geben, sondern vielmehr neue Fragen aufwerfen und zum Nachdenken anregen, um vermeintlich versteinerte, natürliche Vorstellungen, die dem Recht immanent sind, zu überdenken.

Eine spannende und hoffentlich bereichernde Lektüre wünschen

Marion Guerrero, Ilse Koza und Brian-Christopher Schmidt

Mag.^a Marion Guerrero, LL.M. ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsvergleichung der Universität Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; marion.guerrero@univie.ac.at

Mag.^a Ilse Koza ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsvergleichung der Universität Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; ilse.koza@univie.ac.at

Mag. Brian-Christopher Schmidt ist parlamentarischer Mitarbeiter und Redaktionsmitglied des *juridikum*; brian.schmidt@univie.ac.at

Zwischen Subversion und Normalisierung

Zur Debatte um die rechtliche Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Beziehungen

Elisabeth Holzleithner¹

Die Forderung nach Öffnung der Ehe oder zumindest nach rechtlicher Institutionalisierung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften ist der klassische Fall eines Wunsches nach Inklusion. Sie wird seit den 1980er Jahren erhoben, eine Zeit, in der sich die Homosexuellenbewegung als sexuelle *Minderheit* formierte.² Das Label der Minderheit hat den Vorteil, ethisch neutral zu sein und sich von abwertenden Kategorisierungen von Lesben und Schwulen als krank, pervers oder moralisch verwerflich zu distanzieren. Mit der Definition als Minderheit wollte man, analog zu einer ethnischen oder religiösen Gruppe, in das *Civil Rights Framework* aufgenommen werden. Urvashi Vaid bringt die Stoßrichtung auf den Punkt: „[C]ivil rights are principally mechanisms to gain access, not means to implement fundamental social change.“³ Eine Transformation der Gesellschaft war nur insofern intendiert, als Homosexuelle in die vorhandenen Strukturen integriert werden und damit die Strukturen inklusiver machen wollten: „We’re *not* fighting to eradicate Family; we’re fighting for the right to *be* Family.“⁴

Angesichts eines solchen gesellschaftspolitischen Konservativismus erstaunt es nicht, dass die Strategien im Rahmen des *Civil Rights Framework* zunehmend ins Kreuzfeuer der Kritik gerieten. Sie wurde ganz besonders im Namen der „minorities within“ geübt, jener, die sich am Rande des lesbischen und schwulen Mainstreams befinden: „[F]or those on the queer margin, like effeminate gay men or butch lesbians, sexual heretics, and gender rebels, the new center still offered an uncomfortable and unsafe refuge.“⁵ Für diese mehrfachen Außenseiter_innen besteht die Gefahr, dass sie so angesehen wer-

1 Dieser Text ist eine stark gekürzte und adaptierte Fassung von Holzleithner, Multikulturalismus queer gelesen. Sexuelle Autonomie, kulturelle Diversität und gleichgeschlechtliche Ehe, in: *Strasser/Holzleithner* (Hg) 2010. Multikulturalismus queer gelesen. Zwangsheirat und gleichgeschlechtliche Ehe in pluralen Gesellschaften. Ich danke Marion Guerrero für ihre Unterstützung und wichtige Hinweise.

2 Vaid, *Virtual Equality. The Mainstreaming of Gay & Lesbian Liberation* (1995) 51–54.

3 Vaid 1995, 180.

4 *Kirk/Madsen, After the Ball. How America will Conquer its Fear and Hatred of Gays in the 90s* (1989), zitiert nach *Cohen, Straight Gay Politics: The Limits of an Ethnic Model of Inclusion*, in *Shapiro/Kymlicka* (Hg), *Ethnicity and Group Rights* (NOMOS XXXIX) (1997) 572–616.

5 Vaid 1995, 182.

den, als würden sie die Marginalisierung verdienen, die sie sowohl innerhalb wie auch außerhalb der LGBT-*community* erleben.⁶

Queer Revolte in Praxis und Theorie

So überrascht es nicht, dass gerade die marginalisierten „Anderen“ der Homosexuellenbewegungen und ihre Anliegen mit im Zentrum der queer Revolte standen, die Anfang der 1990er Jahre unter dem Schlachtruf „We’re here, we’re queer, get used to it“ auszog, um dem Establishment sowohl des Mainstreams, als auch der innerhalb der Homosexuellenbewegung das Fürchten zu lehren. Lisa Duggan spricht für diese Zeit von einer militanten, multikulturellen queer-Politik in wütender Opposition zu „business as usual, talking not about domestic partnership and family diversity, but about Asian fags, Chicana butches, butt-fucking, dental dams and bashing back.“⁷ Dieser rebellische Geist durchzieht auch die Queer Theorie. Sie richtet sich gegen die Anforderung der Anpassung, artikuliert Widerstand gegen herrschende heteronormative Verhältnisse und sieht die *Civil Rights Strategie* mit ausgesprochener Skepsis, weil durch sie automatisch Ausschlüsse produziert werden.⁸ Deren Vertreter seien vorwiegend weiße, männliche Angehörige der Mittelschicht, deren Assimilationsaufwand sich entsprechend gering darstelle und sei insofern ein Abbild jener Normalisierungszwänge, im Zuge derer die Konstruktion von Geschlechtern und Sexualitäten auch von rassistischen, nationalistischen und anderen Machtachsen durchzogen ist.

Zur selben Zeit, wie sich die Lesbian and Gay Studies unter dem Begriff der Queer Studies neu formierten, bildete sich aber auch schon ein Widerstand von Seiten derjenigen, die den Begriff queer für sich als Außenseiterbegriff in Anspruch genommen hatten und die sich von der aufkeimenden Queer Bewegung und Theorie vereinnahmt fühlten. Ein frühes Beispiel einer solchen Kritik findet sich in einem 1991 publizierten Text von Gloria Anzaldúa. Für sie war die Verwendung des Begriffs queer eine Möglichkeit, anderen Begriffen zu entkommen, die für sie untrennbar mit Konnotationen von Weißsein und Mittelklassezugehörigkeit verbunden waren: „White middle-class lesbians and gays are certainly not speaking for me.“⁹ Sie kritisiert, der Begriff queer sei von „white middle-class lesbian theorists in the academy“ arrogant worden und diene als „a false unifying umbrella which all ‚queers‘ of all races, ethnicities and classes are shoved under. At times we need this umbrella to solidify our ranks against outsiders. But even when we

6 Cohen, Straight Gay Politics: The Limits of an Ethnic Model of Inclusion, in *Shapiro/Kymlicka* (Hg), *Ethnicity and Group Rights* (NOMOS XXXIX) (1997) 572–616, 591.

7 Duggan, Scholars and Sense (1992), in *Duggan/Hunter*, *Sex Wars: Sexual Dissent and Political Culture* (1995) 173–178, 174.

8 Cohen 1997, 603.

9 Anzaldúa, To(o) Queer the Writer – Loca, escritora y chicana, in *Warland* (Hg), *Inversions. Writings by Dykes, Queers & Lesbians* (1991) 249–263, 252.

seek shelter under it we must not forget that it homogenizes, erases our differences.“¹⁰ *Queer* selbst ist demnach ein Begriff, anlässlich dessen Identitäten verhandelt und politisiert werden können und müssen, ein „Ort kollektiver Auseinandersetzung“¹¹, der es notwendig macht, sich über Identitätsgrenzen hinweg auf den Versuch kollektiven politischen Handelns einzulassen, und der nicht auf einer vorgegebenen Einheit oder Harmonie basieren kann.¹²

Gleichgeschlechtliche Ehe: Gleichheit ohne Freiheit?

Eine solche Einheit gibt es schon gar nicht mit Blick auf die Forderung nach der Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Paarbeziehungen. Es könne nicht darum gehen, so heißt es, innerhalb des existierenden rechtlich-politischen Rahmens mehr Raum für Schwule und Lesben zu schaffen, sodass sie in ihren Beziehungen an denselben Privilegien partizipieren können wie heterosexuelle Paare. Judith Butler befürchtet in ihrer unnachahmlichen Sprache, dass „die Vervielfachung der Subjektpositionen auf einer pluralistischen Achse die Vervielfachung ausschließender und erniedrigender Schritte zur Folge hätte, und diese würden lediglich noch größere Fraktionierung herstellen, eine verstärkte Zunahme von Differenzen ohne irgendeine Möglichkeit, zwischen ihnen zu vermitteln.“¹³ Die herrschende Struktur müsse aufgebrochen werden. Das soll die Ausgrenzung jener beenden, die mit ihren Lebensweisen quer zu den hegemonial-heteronormativen Anforderungen liegen, die etwa polyamourös leben wollen oder im Bereich der Sexarbeit tätig sind. Die Anzahl der „kulturell intelligiblen“ Subjekte, also jener, die kulturell zählen, soll vergrößert werden.

Was wird aus queerer Perspektive an der Ehe beanstandet? Im Folgenden sollen einige in der aktuellen Literatur genannte Punkte angeführt, aber auch kritisch hinterfragt werden. Autor_innen wie Alex Sharpe kritisieren, dass die Ehe oder die Eingetragene Partnerschaft eine wechselseitige Verantwortlichkeit für das jeweilige Wohlergehen erzeugt, die ansonsten von der Gesellschaft wahrgenommen werden müsste.¹⁴ Hierin sehen Kritiker_innen wie Heike Raab den „neoliberalen Kern“ der Institutionalisierungsforderung: „Ehe wie Homo-Ehe stehen in der Tradition des Staates, mittels eherechtlicher Bestimmungen das Verhältnis privat/öffentlich zu regulieren. Von daher kann die Homo-Ehe-Forderung auch als eine Form gouvernementaler Selbsttechnologien ausgelegt werden, die die Formbestimmtheit von privat/öffentlich reartikuliert und dabei potentiell politische, soziale und kulturelle Belange der heteronormativen Ord-

10 *Anzaldúa* 1991, 250.

11 *Butler*, Körper von Gewicht (1995), 301.

12 *Phelan*, Introduction, in *Dies* (Hg), *Playing with fire. queer politics, queer theories* (1997) 1–8, 2.

13 *Butler* 1995, 164.

14 *Sharpe*, Gleichheit und Differenz. Ehe und Zivile Partnerschaft in Großbritannien, in *Strasser/Holzleithner* (2010) 261–275.

nung entthematisiert, da diese Belange als privater Lebensstil, das heißt als Frage des Heiratens artikuliert werden, während Fragen nach solidarischen Lebensformen und solidarischen Formen sozialer Absicherung ausgeklammert werden.¹⁵

Kritisch betrachtet wird auch die Vorgabe, dass die Ehe nur zwischen *zwei* Personen geschlossen werden kann – aus Sicht queerer Kritiker_innen stellt sich dies als „Zwangsmonogamie“ dar,¹⁶ ein Begriff, den Elizabeth Emens in Anlehnung an Adrienne Rich’s Begriff der „Zwangsheterosexualität“¹⁷ geprägt hat. Allerdings enthalten viele der Gesetze zur Eingetragenen Partner_innenschaft (so auch das britische und das österreichische) im Unterschied zu denen zur Ehe kein Treuegebot und kennen auch keine dem Ehebruch analoge Bestimmung.¹⁸ (Dies wird im Übrigen zu Recht als weitere abwertende Diskriminierung von Eingetragenen Partner_innen kritisiert.) Insoweit lässt sich auch der Vorwurf der Zwangsmonogamie für Eingetragene Partnerschaften – nicht aber für die Ehe – zumindest vom Buchstaben des Gesetzes her relativieren. Dass ein unerwünschtes „Fremdgehen“ als Auflösungsgrund einer Eingetragenen Partnerschaft anzusehen ist, wird freilich auch nicht bestritten.

Ebenfalls in Anlehnung an Rich’s Begriff spricht Ruthann Robson nun von „Zwangsmatrimonialität“, also vom Zwang, verheiratet zu sein. Robson nennt anhand vieler Beispiele zahlreiche hauptsächlich ökonomische Argumente dafür, warum Menschen durch die rechtlichen Vorgaben, unter anderem hinsichtlich der Berechtigung zum Bezug von Sozialleistungen, regelrecht in die Ehe hineingezwungen werden. Eine Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare würde diese in dieselbe Zwangsstruktur einordnen, wie sie jetzt bereits für heterosexuelle Paare existiert: „Accepting marriage and asking that we be included may bring a crabbed form of equality, but it will not bring freedom.“¹⁹

Diese Formulierung von Robson ist bemerkenswert: Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare wird unter Fokussierung auf strukturelle, ökonomische und symbolische Zwänge als bloßer Gleichheitsgewinn ohne Freiheitswert gedeutet, obwohl doch für gleichgeschlechtliche Paare der Bereich von Lebensmöglichkeiten um eine Option erweitert würde. Aus der Perspektive von Robson und anderen, die ähnlich argumentieren, zählt demnach nicht der gleichheitsadäquate Zuwachs von Lebensmöglichkeiten und damit die Erweiterung von Autonomie, sondern der diesfalls sich aktualisierende Zwang, die Option dann auch zu ergreifen, weil man ökonomische Vorteile lukrieren

15 Raab, Sexuelle Politiken. Die Diskurse zum Lebenspartnerschaftsgesetz (2011), 282.

16 Emens, Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence, in: *Fineman/Jackson/Pomero* (Hg), *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations* (2009) 259–285, 259.

17 Rich, Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence, *Signs: Journal of Women in Culture and Society* (1980) 631–660.

18 § 8 Abs 2 EPG spricht bloß von der wechselseitigen Verpflichtung einer „Vertrauensbeziehung“; demgegenüber normiert § 90 Abs 1 ABGB die eheliche Treuepflicht.

19 Robson, Compulsory Matrimony, in: *Fineman/Jackson/Pomero* (Hg), *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations* (2009) 313–328, 328.

und respektabel leben will. Dazu käme als weitere Konsequenz, dass die Paare, die sich *gegen* eine Ehe (oder Eingetragene Partnerschaft) entscheiden, dann als noch weniger respektabel gelten. Durch die Hyperrespektabilität, die durch die Ehe oder Eingetragene Partnerschaft eingeräumt werde, sinke die Respektabilität derer, die sich nicht darauf einlassen wollen. Das erzeuge den Zwang, sich darauf einzulassen, wenn man nicht auf diese Form der Respektabilität verzichten möchte.

Aber kann man das einfach so behaupten? Die Botschaft einer Öffnung der Ehe oder einer Einrichtung von Eingetragenen Lebenspartnerschaften ist doch nicht zuletzt, dass Lesben und Schwule als Personen angesehen werden, die ein Recht darauf haben, ihre Beziehungen staatlich anerkennen zu lassen, und derart wechselseitig Rechte und Pflichten zu begründen. Ihre Beziehungen und damit sie selbst werden so anerkannt. Allein dadurch steigt das Ansehen von Lesben und Schwulen. Ich würde demnach behaupten wollen, dass auch und gerade nicht verheiratete oder nicht eingetragene gleichgeschlechtliche Paare schon deshalb einen Respektabilitätsgewinn haben, weil es eben die *Option* der Ehe oder Eintragung gibt, für die sie sich entscheiden könnten – unabhängig davon, ob sie sich dafür entscheiden oder nicht. Freilich ist damit nicht das queere Anliegen aufgegriffen, diese Art der Respektabilität an sich zu verwerfen, weil jene, die mit ihren sexuellen Identitäten oder Praktiken daraus ausscheren, von diesem Sinnangebot gar nichts haben.

Angesichts der These von der Zwangsmatrimonialität: Wie groß ist der Druck, sich zu verheiraten oder sich zu verpartnern? In der diesbezüglich liberaler gewordenen Mainstreamgesellschaft ist die Ehe im Wesentlichen zu einer Option geworden, für die man sich aus verschiedenen Gründen entscheiden kann – oder auch nicht. Die Antwort auf die Frage, ob man überhaupt heiratet und wen man heiratet, bleibt im Wesentlichen der einzelnen Person überlassen. Selbstverständlich existieren Anreize zur Verheiratung auch in der liberaler gewordenen Mainstreamgesellschaft. Als gesellschaftliches Sinnangebot hat die Ehe viel an Strahlkraft verloren, wenn auch Studien zeigen, dass das dauerhafte Zusammenleben mit *einer* anderen Person, verbunden gegebenenfalls mit einer Familiengründung, nach wie vor für viele ein Lebensziel darstellt, im gleichzeitigen Wissen darüber, dass die Haltbarkeit von Beziehungen wahrscheinlich ein Ablaufdatum hat. Für die Respektabilität kann eine Verheichelung heute aber kaum mehr als Bedingung angesehen werden. Dass Eltern, Geschwister, Verwandte oder Bekannte gleichgeschlechtliche Paare aus Angst vor gesellschaftlicher Missbilligung in eine eingetragene Partnerschaft zwingen, ist jedenfalls eine wenig naheliegend Vorstellung. (Freilich hat der österreichische Gesetzgeber diese dräuende Gefahr gesehen und mit der Einführung der Eingetragenen Partnerschaft auch den Zwang zur Eingetragenen Partnerschaft als schwere Nötigung kriminalisiert.²⁰) Von Seiten der Eltern mag angesichts anhaltender

20 § 106 Abs 1 Z 3 öStGB idF BGBl I Nr 135/2009.

gesellschaftlicher Vorbehalte eher das Gegenteil zu erwarten sein: Die Bitte oder jedenfalls die Hoffnung, man möge ihnen die Peinlichkeit einer Verpartnerung ersparen.

Was die Frage der ökonomischen Anreize anbelangt, so ist anzumerken, dass durch die Institutionalisierung einer Beziehung nicht nur Vorteile, sondern auch Pflichten und Verantwortlichkeiten verteilt werden. Genau aus diesem Grund unterwerfen viele die Frage einer Eheschließung einem rationalen Kalkül, indem sie nachrechnen, welche Vor- und Nachteile eine Eheschließung in ihrer konkreten Situation bringt. Es ist reichlich einseitig zu behaupten, eine Eheschließung würde vorwiegend Vorteile bringen und hätte keinen Preis. Dieser kann, zumal im Fall des nicht ungewöhnlichen und heute auch kaum mehr skandalösen Ereignisses einer Scheidung, finanziell einigermaßen hoch sein, etwa wenn während der Ehe lediglich ein_e Partner_in ein Einkommen hatte und nach der Scheidung Unterhalt zahlen muss.

Widmen wir uns einem letzten queeren Argument gegen ein politisches Engagement für die Institutionalisierung von gleichgeschlechtlichen Partner_innenschaften, sei es durch Öffnung der Ehe oder durch ein eigenes Institut. Vielfach wird bemängelt, dass es dadurch nicht zu einer Subversion, sondern vielmehr zu einer Stärkung von Heteronormativität kommt. Bis zu einem gewissen Grad ist das richtig. Allerdings wird *Heteronormativität* gleichzeitig unterwandert, wenn die Exklusivität der Heteroehe aufgebrochen wird. Wie verstörend und subversiv das Ansinnen immer noch ist, kann daran ermesselt werden, wie heftig es bekämpft wird.²¹ So sollte etwa in Österreich, um nur ein Beispiel zu nennen, die Ehe nicht nur nicht geöffnet werden, der Gesetzgeber wollte auch jeden Anschein vermeiden, eine Eingetragene Partnerschaft sei einer Ehe *ähnlich*. Aus diesem Grund entschied sich der österreichische Gesetzgeber etwa dafür, eintragungswillige gleichgeschlechtliche Paare vom Standesamt fernzuhalten. Vizekanzler und Außenminister Michael Spindelegger erklärt diese Entscheidung gegen eine standesamtliche Verpartnerung folgendermaßen: „Weil am Standesamt der Eindruck erweckt wird, es sei eine Ehe. Es ist aber keine Ehe. Und es ist ja so, dass am Standesamt zur schönen Jahreszeit besonders gerne geheiratet wird – das führt automatisch zum Kontakt zwischen heterosexuellen und homosexuellen Paaren. Ob das so gut ist, sei dahingestellt.“²² Ob das ein gutes Argument ist? Was könnte bei einem derartigen automatischen Kontakt denn passieren? Ich überlasse das der Phantasie der Leser_innen.

Gegen die allzu vereinfachende Kritik an der Normalisierung durch Stärkung der Heteronormativität möchte ich abschließend eine Verkomplizierung einbringen, die Alison Bechdel in ihrem Heiratsantrag einer Queer Theorie-Professorin so brilliant auf den Punkt gebracht hat:

21 Siehe dazu ausführlich *Benke*, „Ich glaube nicht, dass es sinnvoll ist, dass wir unsere ganze Wertebasis in Frage stellen.“ Zu den Fragmenten einer österreichischen Debatte über die Ehe für Homosexuelle, in *Strasser/Holzleithner* (2010) 223-260.

22 Michael Spindelegger, Österreichische Volkspartei, in einem Interview in der Tageszeitung *Die Presse*, 29.04.2008, http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/380504/Spindelegger_Josef-Proell-ist-eine-geniale-Figur (10.04.2011).



Abb 1:
Take Me To The
Clark On Time

Copyright © Alison
Bechdel 2004. Mit
freundlicher Genehmi-
gung der Künstlerin

Ich verstehe dies als Aufforderung, die Spannung auszuhalten, die dadurch entsteht, dass eine Forderung unmöglich entweder einfach progressiv oder einfach konservativ sein kann. Jede politische Praxis, die auf Transformation der herrschenden Ordnung ausgerichtet ist und *Neues* hervorbringen will, trägt gleichzeitig die Spuren des *Alten*. Geändert wird die Welt meist Schritt für Schritt, und wenn man glaubt, sie auf den Kopf gestellt zu haben, ist vieles häufig gar nicht so anders als zuvor. Das musste auch Buffy the Vampire Slayer einsehen: “The trouble with changing the world is ... you don’t. Not all at once. You just inch it forward, a bit at a time, and watch it slip back, like the Greek guy with the rock. And you hope that when you’re done, you’ve moved it up a little, changed it just enough. You hope. Let’s go to work.”²³

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Elisabeth Holzleithner ist am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien tätig.

23 Buffy the Vampire Slayer, Season 8, Last Gleaming Part 5, Issue 40 (2011).

Das österreichische EPG – Ein Kompromiss oder ein Schritt in Richtung Gleichberechtigung?

Der Versuch einer kritischen Analyse

Lisa Morawek

In itself, homosexuality is as limiting as heterosexuality: the ideal should be to be capable of loving a woman or a man; either, a human being, without feeling fear, restraint, or obligation.

Simone de Beauvoir

1. Einleitung

Der nachstehende Text hat es sich zum Ziel gesetzt, das Rechtsinstitut der eingetragenen Partnerschaft in Österreich näher zu beleuchten. Dazu möchte der vorliegende Beitrag einen kurzen, aber umfassenden rechtlichen Überblick über die Entstehung und die Probleme, die das EPG mit sich bringt, darstellen.

Der Beitrag versucht die Bestimmungen des EPG anhand einer Gegenüberstellung zum EheG dem Leser/der Leserin näher darzustellen und dies zugleich kritisch zu hinterfragen. Ausgangspunkt der Überlegungen zu diesem Artikel waren das erst kürzlich vom EGMR entschiedene Urteil in der Rechtssache *Schalk und Kopf gg Österreich*¹ sowie das zurzeit anhängige Verfahren *X und andere gg Österreich*, in welchen versucht wird, die Adoption auch für gleichgeschlechtliche Paare zu ermöglichen.²

2. Die Rechtslage in Österreich

2.1. Vorgeschichte und EPG in Zahlen

Bereits ein Jahr nach Inkrafttreten des EPG haben sich 705 Paare „getraut“ und sich verpartnert. Davon allein 349 Paare in Wien.³ Am ehest möglichen Termin zur Trauung

1 *Benke*, Keine Ehe, aber ein Stück Familie, iFamZ 2010, 244. Das Paar Horst Michael Schalk und Johann Franz Kopf brachten beim EGMR die Beschwerden ein, dass die Republik Österreich ihnen die Möglichkeit einer Heirat verwehre. Der EGMR wies die Beschwerde jedoch ab. Der Grundtenor der Entscheidung lautet, dass die Vertragsparteien, also die einzelnen Staaten, nicht verpflichtet sind die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen, noch sind sie verpflichtet eine der Ehe ähnliche Institution zu öffnen.

2 *Gröger/Haller*, Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG, 2010, 39. Siehe auch dazu *Guerrero*, Gleichgeschlechtliche Familien. Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext, juridikum 4/2011

3 www.partnerschaftsgesetz.at/news/2011/03/04/2010-705-paare-haben-sich-getraut/ Davon haben 450 Männerpaare und 255 Frauenpaare im ersten Jahr des Gesetzes die eingetragene Partnerschaft geschlossen. Interessant ist

am 4.1.2010 fanden sogar gleich vier Verpartnerungen⁴ (zwei schwule Pärchen) in Wien statt.⁵ Durch das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG) konnte nun homosexuellen Paaren eine Rechtsform des Zusammenlebens eingeräumt werden, die sich zum Einen stark an dem Institut der Ehe anlehnt, aber zum Anderen in vielen Bereichen von ihr abweicht.

Wie die jüngere Vergangenheit gezeigt hat, haben die meisten Länder der EU bereits Rechtsinstitute geschaffen, die eine Ehe oder Verpartnerung von homosexuellen Frauen und Männern ermöglicht.⁶ So haben etwa Belgien, Schweden oder Spanien die Einführung einer Zivilehe für gleichgeschlechtliche Paare durchgesetzt und Deutschland, Dänemark, Finnland, Slowenien oder Ungarn ein der Eingetragenen Partnerschaft vergleichbares Rechtsinstitut für sich entdeckt.⁷

Weltweit ist die Rechtslage dagegen sehr unterschiedlich. In einigen Staaten außerhalb Europas gibt es für homosexuelle Paare die Möglichkeit eine Ehe einzugehen, wie zB in Kanada oder Südafrika, in anderen Staaten sind sie hingegen immer noch strafrechtlichen Sanktionen ausgesetzt.⁸

Nun war es auch für Österreich an der Zeit dem Fortschritt zu folgen und sich dem Zugzwang der anderen europäischen Länder zu beugen.⁹

Die Entstehung des EPG war alles andere als einfach und nahm mehrere Legislaturperioden in Anspruch. Die AbgNR Dr Josef Cap, Dr Johannes Jarolim, Gabriele Heinisch-Hosek, Mag^a Gisela Wurm und eine Reihe weiterer AbgNR brachten einen Initiativantrag ein, der für homosexuelle Paare das Rechtsinstitut einer „Eingetragenen Partnerschaft“ einführen sollte. Auch die AbgNR der Grünen brachten einen Initiativantrag ein, welcher sich aber auf die Lebensgemeinschaft allgemein stützte und homosexuelle wie heterosexuelle Paare gleichermaßen betraf.

Vorreiter des EPG war der Entwurf eines „Lebenspartnerschaftsgesetzes – LPG“ durch die vormalige Justizministerin, Drⁱⁿ Maria Berger. Durch dieses Gesetz sollte gleichgeschlechtlichen Paaren das Institut der „Lebenspartnerschaft“ zur Verfügung gestellt werden. Dieses orientierte sich stark am EheG, auch was die Ausgestaltung der Rechte und Pflichten betraf. Die Begründung der Partnerschaft sollte beim Standesamt vorgenommen werden und es bestand die Möglichkeit einen gemeinsamen Familiennamen zu bestimmen.¹⁰ Dieser Entwurf ging zwar im Frühjahr 2008 in Begutachtung, wurde aber nicht Gesetz.

weilers, dass ca 60% der homosexuellen Paare dabei zwischen 30 und 50 Jahren waren, bei den Männern waren weiters 27% 50 Jahre und älter und 13,9% jünger als 30 Jahre. Bei den Frauen wiederum waren 23,5% unter 30 Jahren und 15,9% über 50 Jahre alt. Die männlichen eingetragenen Partner waren zu 87,2%, die weiblichen eingetragenen Partnerinnen zu 80,2% bisher ledig.

4 Gröger/Haller, 2010, 3.

5 www.partnerschaftsgesetz.at/news/2011/01/05/wien-365-paare-im-ersten-jahr/

6 Benke, Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, EF-Z 2010, 19.

7 www.rklambda.at/Rechtsvergleich/index.htm

8 Gröger/Haller, 2010, 10.

9 Benke, EF-Z 2010, 19.

10 Gröger/Haller, 2010, 1–3.

Erst BMJ Mag^a Claudia Bandion-Ortner und ihr Entwurf fanden beim NR Anklang. Sie präsentierte diesen, im Gegensatz zum „Entwurf-Berger“ in einer geänderten Fassung und unter dem Namen „Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG“. Dieser wurde am 10.12.2009 beschlossen¹¹, im BGBl I 2009/135 am 30.12.2009 veröffentlicht und trat am 1.1.2010 in Kraft.¹²

2.2. Stärken und Schwächen des EPG

Ist eine Verpartnerung nach dem EPG nun eine Überlegung wert oder bietet es hinsichtlich der Reichweite der rechtlichen Folgen nicht genügend Anreiz? Eine profunde Analyse konfrontiert die kritische Juristin/den kritischen Juristen mit einer Reihe von Problematiken. En gros zeigt sich die Intention des Gesetzgebers, das EPG zwar in Anlehnung an das EheG zu konzipieren, aber zugleich frappierende Unterschiede in Gesetzeslettern zu meieln.

Die Anlehnung an das EheG zeigt sich vor allem darin, dass es sich grundsätzlich an den im EheG normierten Rechten und Pflichten orientiert. Die dadurch bewirkte Gleichstellung bringt Anpassungen in davon betroffenen Rechtsbereichen, etwa im Zivil- und Zivilverfahrensrecht sowie im Sozialversicherungs- und Steuerrecht mit sich. Insgesamt wurden im Rahmen der Umsetzung des EPG 77 Gesetze novelliert.¹³

Die § 1 und § 2 EPG sind schnell erklärt. Das EPG legt in diesen beiden §§ den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich fest.¹⁴ Eine EP wird als eine auf Dauer angelegte Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts mit gegenseitigen Rechten und Pflichten definiert. Das EPG richtet sich demnach ex lege ausschließlich an gleichgeschlechtliche Paare (§ 2 EPG).

Der § 4 EPG regelt die Bestimmungen über die Volljährigkeit und Geschäftsfähigkeit der Partner_innen. Die im Eherecht normierte Möglichkeit einer Ehemündigerklärung entfällt.¹⁵

Die ersten veritablen Unterschiede zum EheG liegen im Bereich der Zuständigkeit über die Vollziehung der eingetragenen Partnerschaft. Zuständig für die Vollziehung ist nicht wie bei der Vollziehung der Ehe das Standesamt, sondern ganz allgemein die Bezirksver-

11 Benke, EF-Z 2010, 19.

12 Gröger/Haller, 2010, 3.

13 Deixler-Hübner, Das neue EPG – gesetzlicher Meilenstein oder kleinster gemeinsamer Nenner?, iFamZ 2010, 93. Das Prozedere gestaltet sich so, dass die einzelnen Gesetze nicht mehr geändert werden, sondern durch Generalverweise (§ 43 EPG) gekennzeichnet sind. Ausgenommen von solchen Generalverweisen sind das ABGB, das EheG, das FMedG, das IPRG, die JN, das StGB und die StPO. Diese Gesetze enthalten nämlich die Aufnahme des Lebenspartners in den Kreis der Angehörigen, oder nehmen explizit Stellung zur eingetragenen Partnerschaft.

14 Gröger/Haller, 2010 25.

15 Rosenmayr, Die Eingetragene Partnerschaft, Zak 2010/135, 83. Eine solche Ehemündigerklärung, also die Erklärung des Gerichts, eine Person ab 16 Jahren, welche eine Ehe mit einer volljährigen Person eingehen möchte, für ehemündig zu erklären, spielt hier keine Rolle, da von dieser nur dann Gebrauch gemacht wird, wenn eine Ehe geschlossen werden soll, bevor ein gemeinsames Kind zur Welt kommt.

waltungsbehörde. Die Begründung der Verpartnerung erfolgt – wenig feierlich – durch eine Unterschrift auf einer Urkunde.¹⁶ Eine Reihe von Bezirksverwaltungsbehörden im Großraum Wien haben darüber hinausgehende Möglichkeiten offeriert, die einen der standesamtlichen Eheschließung ähnlich festlichen Charakter aufweisen.¹⁷ Diese Möglichkeiten fanden auch entsprechenden Anklang. So hatten von den ca 730 Personen, die sich verpartnert haben, 80 Personen keinen Wohnsitz in Wien.¹⁸

Ein weiterer Unterschied zur Ehe findet sich in den namensrechtlichen Bestimmungen, die in § 7 EPG geregelt sind. Dieser postuliert, dass die eingetragenen Partner_innen grundsätzlich ihren bisherigen Namen behalten.¹⁹ Das Führen eines gemeinsamen Familiennamens ist nicht vorgesehen. Dazu gibt es in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage wenig Erklärung, warum den eingetragenen Partner_innen das Führen eines gemeinsamen Familiennamens verwehrt wird. Einzig wird erwähnt, dass die Begründung der eingetragenen Partnerschaft keine namensrechtlichen Wirkungen entfalten soll.²⁰ Es ist aber im Wege des Namensänderungsgesetzes möglich, einen gemeinsamen Namen festzulegen.²¹ Der entsprechende Antrag ist gleichzeitig mit der Begründung der eingetragenen Partnerschaft zu stellen. Ab Eintragung gilt dieser Name als Nachname und nicht als Familienname, selbst wenn beide Partner_innen ihren ursprünglichen Namen behalten.²² Dazu gibt der Gesetzgeber in den Erläuterungen zwei Anreize: Möglich ist die Angleichung an den Nachnamen des/der jeweils anderen Partners/Partnerin oder das Voran- bzw Nachstellen des Nachnamen des jeweils anderen.²³

Hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Partner_innen, welche in § 8 EPG aufgezählt sind, fällt auf, dass auf die Treuepflicht des § 90 ABGB verzichtet wurde. § 8 Abs 2 regelt die Rechte und Pflichten der Partner_innen zueinander. Diese sind zu einer umfassenden partnerschaftlichen Lebensgemeinschaft und Vertrauensbeziehung, zum gemein-

16 *Deixler-Hübner*, 94. Die Eingetragene Partnerschaft wird unter gleichzeitiger und persönlicher Anwesenheit beider Partner_innen begründet. An der Bezirksverwaltungsbehörde wird eine Niederschrift über die Begründung der EP aufgenommen, und Anschließend erfolgt ein Eintrag in das hierfür geschaffene Partnerschaftsbuch. Danach wird den Partner_innen als Nachweis eine Partnerschaftsurkunde ausgehändigt.

17 www.wien.gv.at/verwaltung/personenwesen/partnerschaft/ Es gibt für Wien mehrere Möglichkeiten: 1) die Begründung der eingetragenen Partnerschaft bei der Bezirksverwaltungsbehörde mit sofortiger Übergabe der Dokumente, 2) die Begründung der eingetragenen Partnerschaft in einem festlichen Saal eines Amtshauses oder der MA 35 nach Terminvereinbarung und anschließender Übergabe der Dokumente, 3) die Begründung der eingetragenen Partnerschaft bei der Bezirksverwaltungsbehörde und feierliche Übergabe der Dokumente an einem externen, feierlichen Ort in Wien nach Terminvereinbarung oder 5) man lässt die Dokumentenübergabefeiер auch an einem anderen gewünschten Ort durchführen.

18 www.partnerschaftsgesetz.at, Von den heiratswilligen Paaren in Wien, begründeten 270 Paare ihre Partnerschaft in den Amtsräumen der zentralen Servicestelle, 77 Paare entschieden sich für eine feierliche Verpartnerung in den Trauungssälen der Standesämter oder in den Festsälen der Amtshäuser und 18 Paaren wurden ihre Urkunden an einem der 40 zu Verfügung stehenden externen Orten überreicht.

19 § 7 EPG

20 ErlRV, 4.

21 *Benke*, EF-Z 2010, 21.

22 *Beclin*, Das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz im Lichte des Ehrechts, EF-Z 2010, 54.

23 *Deixler-Hübner*, 94.

samen Wohnen, zur anständigen Begegnung und zum Beistand verpflichtet.²⁴ Anders als im EheG wird daher für die Partner_innen keine Treuepflicht, sondern eine Vertrauensbeziehung vorausgesetzt. Von einer näheren Definition derselbigen wird in den Materialien jedoch abgesehen.²⁵ Die Treuepflicht kann aber aus der Pflicht der Partner_innen abgeleitet werden, alles Zumutbare zu unterlassen, was diese Vertrauensbeziehung gefährdet.²⁶ Teile der Literatur erkennen in der Verpflichtung zur Vertrauensbeziehung (§ 8 Abs 2 EPG) gar ein der Treue des § 90 ABGB inhaltsgleiches Postulat.²⁷

Als größtes Manko der EP gilt aber der Ausschluss eingetragener Partner_innen vom Recht zu adoptieren.

Historisch gesehen ist die Fortpflanzung und das gemeinsame Aufziehen der Kinder eines der Wesenselemente einer Ehe. § 44 ABGB, – welcher den Begriff der Ehe näher erläutert – spricht in Satz 2 explizit von der Fortpflanzung („Kinder zu zeugen“).²⁸ Was also bei heterosexuellen Paaren quasi schon Voraussetzung ist, wird in § 8 Abs 4 EPG für homosexuelle Paare ausdrücklich verboten.²⁹ Genauer betrachtet, bedeutet das, dass § 8 Abs 4 EPG expressis verbis das Verbot gleichgeschlechtlicher Paare Kinder zu adoptieren normiert. Auch die Stiefkindadoption, dh die Adoption des leiblichen Kindes der Partnerin/des Partners ist untersagt. Den Partner_innen verbleibt nur die Möglichkeit der Einzeladoption.³⁰

Zur jüngsten Rechtsprechung des EGMR in dieser Sache hat das Juridikum bereits in Heft 4/2010 ausführlich berichtet.³¹

Die Inanspruchnahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung wird auf Ehepaare und verschiedengeschlechtliche Lebensgefährten beschränkt (§ 2 Abs 1 FMedG).³²

Ich möchte hier noch kurz auf die aktuellste Entwicklung aufmerksam machen betreffend medizinisch unterstützte Fortpflanzung und gleichgeschlechtliche Paare. Zurzeit ist ein Verfahren eines lesbischen Paares vor dem OGH anhängig, welche eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung unter Verwendung des Samens eines Dritten durchführen lassen möchte. Das Erstgericht wie auch das Rekursgericht wiesen das Begehren der Antragsteller ab. Der OGH stellte danach gem Art 89 Abs 2 B-VG einen Antrag an den

24 § 8 EPG.

25 *Deixler-Hübner*, 94.

26 *Beclin*, 53.

27 *Haunschmidt*, Gelockerte Treuepflicht bei der eingetragenen Partnerschaft? Was bedeutet der Begriff „Vertrauensbeziehung“?, *iFamZ*, 2010, 98. Der Autor untersucht anhand des Rechtsinstruments der Interpretation die Wortbedeutung und die Absicht des Gesetzgebers und kommt anschließend zu dieser Conclusio.

28 *Schwimmann*, Praxiskommentar zum ABGB, 131.

29 § 44 ABGB: „Die Familien-Verhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrag erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechts gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitig Beistand zu leisten“ und § 8 Abs 4 EPG: „Die eingetragenen Partner dürfen nicht gemeinsam ein Kind an Kindesstatt oder die Kinder des jeweils anderen an Kindesstatt annehmen“.

30 *Gröger/Haller*, 2010, 5.

31 *Guerrero*, Gleichgeschlechtliche Familien. Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext, *juridikum* 4/2010.

32 *Benke*, EF-Z 2010, 22

Verfassungsgerichtshof, die Wortfolge „von Personen verschiedenen Geschlechts“ des § 2 Abs 1 FmedG als verfassungswidrig aufzuheben, da nach Ansicht des OGH der Erstantragstellerin die Möglichkeit genommen wird Kinder zu bekommen – und das nur aufgrund ihrer sexuellen Orientierung. Zur Untermauerung seiner Argumente bedient sich der OGH mehrerer Entscheidungen des EGMR wie zB die bereits am Anfang des Artikels erwähnte Entscheidung *Schalk und Kopf gegen Österreich* oder *E.B. gegen Frankreich* (EGMR vom 22. Jänner 2008, 43546/02).³³ Eine Entscheidung in dieser Sache ist daher mit Spannung zu erwarten.

In Anbetracht der hohen Scheidungsrate bei heterosexuellen Paaren sei noch auf die Regelung der Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft hingewiesen, die sich in weiten Teilen an den diesbezüglichen Bestimmungen des Eherechts orientiert.³⁴

Prinzipiell erfolgt die Beendigung einer EP ex lege durch Tod oder Todeserklärung einer Partnerin/eines Partners sowie durch gerichtliche Auflösung.³⁵ Im Unterschied zum Eherecht wurden die Begriffe „Scheidung“ und „Aufhebung“ für das EPG unter der Titulierung „Auflösung“ zusammen gefasst.³⁶ Warum der Gesetzgeber dies so entschieden hat, lässt sich nicht wirklich nachvollziehen. Aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage lässt sich dennoch herauslesen, dass ausgehend von den Regelungen über die Nichtigerklärung, die Aufhebung und die Scheidung (und deren rechtlichen Folgen) diese deshalb zusammengefasst wurden, weil die einzelnen Rechtsinstitute zum Unterschied zur Nichtigerklärung die Wirkung der Auflösung ex nunc haben.³⁷ Die §§ 13 ff EPG normieren die Auflösungsstatbestände, wobei zwischen Auflösung wegen Willensmängeln und Auflösung wegen Verschuldens oder wegen Zerrüttung differenziert wird.³⁸ Ein weiterer Unterschied zum EheG besteht darin, dass auf den Auflösungsgrund des „ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens“ verzichtet wurde.³⁹ Der Gesetzgeber hat zudem, im Unterschied zu heterosexuellen Paaren, sexuelle Kontakte außerhalb der eingetragenen Partnerschaft nicht explizit als schwere Verfehlung titulierte, ein Umstand der auf das Fehlen einer Treuepflicht zurückzuführen ist. Dementsprechend gelten außereheliche sexuelle Kontakte nur als schwere Verfehlung, wenn dadurch das Vertrauen des Partners/der Partnerin schwer verletzt wird.⁴⁰

Die Folgen der Auflösung – Unterhalt, sowie die Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse – entsprechen jenen der im EheG normierten Regelungen.⁴¹

33 OGH 3 Ob 147/10d vom 22. März 2011

34 *Beclin*, 55.

35 § 13 EPG.

36 *Gröger/Haller*, 2010, 7.

37 ErlRV, 4.

38 §§ 13, 14 und 15 EPG.

39 *Benke*, EF-Z 2010, 22.

40 www.partnerschaftsgesetz.at/rechtliches/scheidung/verschulden/

41 *Rosenmayr*, 85.

3. Conclusio

Das EPG versteht sich, laut den Erläuterungen zur Regierungsvorlage, nicht als „Ehe light“ oder gar als „Schmalpurehe“. Vielmehr wird der eingetragenen Partnerschaft Vollwertigkeit zugesprochen.⁴²

Aus den bisherigen Ausführungen lässt sich aber schlussfolgern, dass der Gesetzgeber alles daran gesetzt hat, die EP weder als Ehe noch als Familie zu gestalten.⁴³

Das EPG mag vielleicht mehr Vorteile bieten, um bloß als Kompromiss charakterisiert zu werden, jedoch überwiegen bei genauerer Betrachtung die negativen Seiten des Gesetzes.

Die Differenzierung zum EheG erfolgt bereits beim Eingehen einer eingetragenen Partnerschaft, da diese ja vor einer BH und nicht dem Standesamt vollzogen wird. Genau so unerklärlich ist auch die explizite Untersagung des Führens eines gemeinsamen Familiennamens. Das Festlegen einer „bloßen“ Vertrauensbeziehung und keiner Treueverpflichtung, sowie das umstrittene Verbot Kinder zu adoptieren (seien es fremde Kinder oder die des Partners/der Partnerin) zeigt deutlich, wie hier offensichtlich unterschiedliche Regeln angewendet oder besser konzipiert wurden.

Diese durch das Gesetz gebilligte Differenzierung zwischen homosexuellen und heterosexuellen Lebensformen stellt mE eine Ungleichbehandlung gegenüber homosexuellen Paaren dar und stellt das Rechtsinstitut der EP dadurch auf eine untergeordnete Stufe. So ist die EP zwar ein frommer Wunsch und auch bemüht, jedoch noch sehr weit von einer vollkommenen Gleichstellung entfernt.

Lisa Morawek studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien; lisa_morawek@hotmail.com.

42 ErlRV, 3.

43 Benke, EF-Z 2010, 20.

Etappensieg für gleichgeschlechtliche Paare in Lateinamerika – wie aus Partner_innen Eheschließende werden

Ilse Koza

Einleitung

„[M]arriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another [...]“ lautet die einfache aber wirkungsvolle Feststellung des EGMR in seiner rezenten Entscheidung über die Beschwerde von Horst Michael Schalk und Johann Franz Kopf gegen die Republik Österreich, keine Zivilehe abschließen zu können. Die Beschwerde wurde unter anderem unter Berufung auf das zitierte Pauschalurteil abgewiesen.¹

Ausgehend von ebendieser Überlegung, dass die sozialen und kulturellen Bedingungen in den verschiedenen Gesellschaften unterschiedliche legislative Ergebnisse hervorbringen können, scheint es angebracht, einen Blick über den Tellerrand der nationalen Rechtsentwicklungen zu werfen. Dem Leser_der Leserin soll damit Einblick in die differenten Ausprägungen hinsichtlich der Rechte (und Pflichten) gleichgeschlechtlicher Paare gegeben werden und er_sie soll im Idealfall angeregt werden, über die kulturellen und ideologischen Eigenheiten der eigenen (Rechts)wissenschaft nachzudenken.²

In einem ersten Schritt soll ein konziser und chronologischer Überblick über die relevanten Rechtsgrundlagen in den beiden lateinamerikanischen Staaten im vorliegenden Kontext gegeben werden. Schließlich soll in einem zweiten Schritt eine Zusammenfassung der gesellschaftspolitischen Spannungsfelder in Argentinien und Mexiko das veritable Ausmaß des Paradigmenwechsels skizzieren.

1 Zu dieser Entscheidung siehe ua iFamZ 2010/169, 260; *Benke*, Keine Ehe, aber ein Stück Familie, iFamZ 2010, 244.

2 In Anlehnung an Günter Frankenberg, der als Ziel des rechtsvergleichenden Arbeitens den Erwerb einer so genannten „Learning Experience“ definiert, im Sinne eines dialogisch-reflexiven Arbeitens. Vgl. *Frankenberg*, Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 1985, 413.

1. Chronologie eines Paradigmenwechsels

1.1. Argentinien: Gleichstellung in Etappen

Buenos Aires, 13.12.2002. Die verschiedenen Gruppierungen der LSBT (Lesbisch-Schwule-Bisexuelle-Trans-)Bewegung haben allen Grund zur Freude.³ Buenos Aires verabschiedet ein Gesetz, das gleichgeschlechtlichen Paaren die Möglichkeit eröffnet, ihre Partnerschaft behördlich zu registrieren und damit verbunden eheähnliche Rechte zu erwerben und nimmt damit innerhalb Lateinamerikas eine Vorreiterrolle ein. Das Gesetz über die „zivile Lebensgemeinschaft“ (Ley de Unión Civil⁴) wird am 12.12.2002 verabschiedet und tritt am 18.7.2003 in Kraft. Die zivile Lebensgemeinschaft wird als willentlicher Zusammenschluss zweier Personen unabhängig ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Orientierung⁵ definiert (Art 1 lit a) und richtet sich demnach an homo- und heterosexuelle Paare gleichermaßen. Der Verabschiedung vorangegangen war eine hitzige gesellschaftliche und parlamentarische Debatte um die Reichweite und Auswirkung des Gesetzes, dessen Erstfassung auf einem Entwurf des Verbands „Comunidad Homosexual Argentina“ (CHA) basierte.⁶

Voraussetzungen für die Eintragung in das „Öffentliche Register für zivile Lebensgemeinschaften“ einer gleichgeschlechtlichen Beziehung sind das Bestehen einer Beziehung für die Dauer von mindestens zwei Jahren sowie eine Wohnsitzvoraussetzung für Buenos Aires (2 Jahre vor Antragstellung) für wenigstens eine der antragstellenden Parteien.⁷ Erstere Voraussetzung ist in Verbindung mit Art 3 des Gesetzes zu lesen, der für das Bestehen der Beziehung den Zeugenbeweis von mindestens zwei Personen vorsieht.⁸ Die Zivilpartner_innen (integrantes de la Unión Civil) sind hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten Ehepaaren gleichgestellt (Art 4). In dieser auf den ersten Blick überaus umfassend erscheinenden Bestimmung liegt bei näherem Hinsehen mehr Symbolwirkung als veritable Gleichstellung. Da es sich um einen Akt der regionalen Gesetzgebung handelt, bezieht sich die rechtliche Gleichbehandlung nämlich nur auf den Normapparat des Teilstaats Buenos Aires (arg Art 4 „... derechos, obligaciones y beneficios *que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad ...*“⁹). Darüber hinausgehende

3 Reconocen derechos civiles a las parejas homo-sexuales, Clarin, 14.12.2002; Aprobaron la ley de unión civil, La Nación 13.12.2002.

4 Ley de Unión Civil N° 1.004, Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires Nr. 1617 vom 27.1.2003. Eine deutsche Übersetzung des Gesetzes ist in StaZ 2004, 53 abgedruckt.

5 Originalwortlaut der Gesetzesbestimmung: Art 1. *A los efectos de esta ley se entiende por Unión Civil a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual.*

6 Scherpe/Hömborg, Erste gesetzliche Regelungen zu Lebensgemeinschaften in Argentinien, StaZ 2004, 38.

7 Nach dem Gesetzeswortlaut 1.004 richtet sich die Wohnsitzvoraussetzung grundsätzlich an beide Partner_innen. Die Einschränkung auf mindestens eine der Parteien ergibt sich aus der Ausführungsverordnung (Dekret Nr 556 vom 13.5.2003, veröffentlicht im Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires vom 15.5.2003).

8 Die Zeugen können damit neben ihrer primären legalen Nachweisfunktion wohl auch als Art Trauzeugen wahrgenommen werden. So auch Scherpe/Hömborg, Erste gesetzliche Regelungen zu Lebensgemeinschaften in Argentinien, StaZ 2004, 39.

9 Hervorhebung durch die Autorin.

Rechte und Ansprüche, die der nationalen Gesetzgebung unterliegen – wie etwa erbrechtliche Ansprüche oder das Recht, Kinder zu adoptieren – sind vom sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Im Wesentlichen beschränkt sich der rechtliche Mehrwert einer zivilen Lebensgemeinschaft daher auf regionale Sozial- und Steueransprüche, Besuchs- und Auskunftsansprüche in Krankenhaus und Gefängnis, Recht auf Bestattung des Lebenspartners, Anspruch auf Pflegeurlaub etc.

Das Ausmaß der tatsächlichen rechtlichen Emanzipation für gleichgeschlechtliche Paare bleibt daher zunächst weit hinter der Symbolwirkung zurück. ¡La lucha sigue! (Der Kampf geht weiter!)

Ushuaia, Tierra del Fuego, 28.12.2009. An diesem Tag geben sich Alex Freyre und José Maria di Bello in der Provinz Tierra del Fuego, in der Stadt Ushuaia, das Ja-Wort. Alex und José engagieren sich seit Jahren für die Rechte der Lesbisch-Schwulen-Bisexuellen-Transsexuellen-Bewegung. Nach jahrelangen öffentlichen Kampagnen gelingt dem Paar im Dezember 2009 der Durchbruch der rechtlichen Entdiskriminierung. Sie legen eine *acción de amparo* (etwa Beschwerde) gegen den abgewiesenen Bescheid einer Zivilehe ein und bekommen Recht. Die Richterin Gabriela Seijas des Verwaltungsgerichts Buenos Aires erklärt jene Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs, die gleichgeschlechtlichen Paaren die Zivilehe verwehren,¹⁰ für verfassungswidrig. Sie ebnet damit den Weg für die erste Homoehel Argentiniens. In ihrer 16-seitigen Entscheidung¹¹ stellt Seijas insbesondere einen Widerspruch mit jenen Verfassungsbestimmungen fest, die jede Form der Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Orientierung verbieten (Art 16 und 19 Constitución Nacional) und nimmt auf im Verfassungsrang stehende Völkerrechtsabkommen Bezug.¹² Das Paar wird im südlichsten Bundesstaat Argentiniens von niemand Geringerem als der Gouverneurin Fabiana Rios getraut.¹³

Die medienwirksame Trauung löst eine angeheizte Debatte zwischen den liberalen und konservativen Kräften innerhalb der Gesellschaft und auf politischer Ebene aus (siehe dazu unten). Bis April 2010 tun es vier weitere Paare Alex und José gleich.¹⁴ Da die Entscheidungen nur jeweils inter partes wirken, ist es nun an der Legislative, klare Verhältnisse zu schaffen. Die Reaktionen auf die erste gleichgeschlechtliche Ehe Lateinamerikas sind gespalten. Die amtierende Präsidentin Cristina Kirchner des peronistischen

10 In concreto handelt es sich um die Art 172 und 188 aF, die sich expressis verbis an verschiedengeschlechtliche Paare richten.

11 Freyre Alejandro contra GCBA [Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires] sobre amparo (ART. 14 CCABA)”, EXPTE: EXP 34292/0, 10.11.2009.

12 Von einer profunden juristischen Analyse des Urteils wird aus Platzgründen an dieser Stelle abgesehen. Ein interessantes Detail soll aber im Rahmen der Ausrichtung der Zeitschrift nicht unerwähnt bleiben: Zur Stützung ihrer Argumentation zieht die Richterin Seijas die Überlegungen von Kritiker_innen wie Theodor Adorno und Judith Butler heran.

13 Juristisches Nachspiel der Ehe: Noch am Tag der Trauung legt der Katholische Anwaltsverband Berufung gegen die Entscheidung ein, die Erfolg hat. Die Ehe wird für nichtig erklärt. Die Anwältin der Parteien legt ihrerseits ein Rechtsmittel ein und erwägt den Fall vor den Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte zu bringen.

14 La Nación, 16.4.2010, 14.

Parteilügels Frente para la Victoria bezieht Stellung und gibt damit die Parteilinie vor. Sie erklärt öffentlich die anhaltende Diskriminierung homosexueller Paare mit einer zivilisierten Gesellschaft für unvereinbar: „*No puede persistir un minuto más en una sociedad que se llama civilizada*“.¹⁵ Sie liegt damit ganz auf der Linie der progressiven und liberalen Kräfte des Landes, unter anderem institutionalisiert in den verschiedenen Organisationen der LSBT-Bewegung. Gleichzeitig finden zahlreiche Proteste der konservativen Stimmen des Landes statt, mobilisiert von verschiedenen der Kirche nahestehenden Gruppierungen.¹⁶

April bis Juni 2010, Buenos Aires. Auf Initiative der LSBT Gruppierungen und einer Reihe progressiver Abgeordneter, darunter Vilma Ibarra¹⁷, landet noch im selben Monat der vierten Trauung (April 2010) ein Gesetzesvorschlag zur Änderung des Zivilrechtskodex (Ley de matrimonio igualitario, Gesetz über die gleichgeschlechtliche Ehe) in den zuständigen Ausschüssen der Abgeordnetenversammlung. Der genannte Entwurf sieht eine Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Paare auf gesamtstaatlicher Ebene in allen Rechtsbereichen vor, darunter erbrechtliche Ansprüche sowie das Recht, Kinder zu adoptieren. Dementsprechend umstritten ist er auch. „*La sociedad en general digeriría con más facilidad el plato de entrada y más tarde el plato fuerte*“¹⁸ (die Gesellschaft verträgt im Allgemeinen zunächst leichter die Vorspeise als gleich den Hauptgang), lautet der (geschmacklos) peptische Vergleich eines Soziologen hinsichtlich der umfassenden Gleichstellung des Entwurfs. Die Entgegnungen der Präsidentin Kirchner („*No caben medias tintas*“; „*todo o nada*“) nach dem Motto „ganz oder gar nicht“, „keine halben Sachen“ manifestieren sich schließlich im Ausgang der Abstimmung. Die Abgeordnetenversammlung stimmt dem Entwurf im Mai mit der erforderlichen Mehrheit zu.¹⁹ Für die definitive Anerkennung bleibt die Entscheidung des Senats als zweiter Kammer des Kongresses (gem Art 44 Constitución Nacional) abzuwarten. Kundgebungen auf der Plaza de los dos Congresos in Buenos Aires, Protestmärsche und ein medialer Schlagabtausch zwischen Befürworter_innen und Gegner_innen der Reform begleiten die 15-stündige Debatte im Senat am 15.7.2010, die schließlich zu Gunsten der Gesetzesänderung ausgeht.

Das Gesetz²⁰ betrifft im Besonderen die Änderungen jener Bestimmungen des Código Civil (CC), die eine heterosexuelle Ehe antizipieren. So wird der Wortlaut von „Ehemann und Ehefrau“ durch „Eheschließende“ (contrayentes, wörtlich Vertragsschließende) ersetzt. Darüber hinaus wird im Abschnitt über die Voraussetzungen und Wir-

15 Zit in Ramy Wurgaft, El Senado argentino vota si legaliza las bodas gays, El Mundo Madrid Edition, 15.7.2010, 26.

16 El Mundo Madrid Edition, 15.7.2010, 26; Clarin, 15.7.2010, 34 f.

17 Vilma Ibarra, Una discusión sobre la igualdad, Debate, 24.4.2010, 22.

18 Ramy Wurgaft, El Senado argentino vota si legaliza las bodas gays, El Mundo Madrid Edition, 15.7.2010, 26.

19 Das Gesetz wird von der Abgeordnetenversammlung am 4.5.2010 approbiert und an den Senat weitergeleitet.

20 Ley 26.618, Ley de Matrimonio Igualitario. Erlassen am 21.7.2010.

kungen der Ehe klargestellt, dass „die Ehe die gleichen [...] Wirkungen entfalte, unabhängig davon, ob die Eheschließenden verschiedenen oder gleichen Geschlechts sind“²¹ (Art 172 2.Satz CC). Die Eheschließenden können jeweils den Nachnamen des anderen unter Voranstellung der Präposition *de* (von) führen (Art 8, Ley 28.248), womit ein Abgehen von der Regel des Vorrangs des männlichen Nachnamens verbunden ist.²² Die einschlägigen adoptionsrechtlichen Bestimmungen, die von der Gesetzesänderung betroffen sind, ermöglichen die gemeinsame Adoption eines verheirateten gleichgeschlechtlichen Paares und garantieren damit das Entstehen familienrechtlicher Ansprüche gegenüber beiden Annehmenden (Art 324 CC). Hinsichtlich der namensrechtlichen Bestimmungen²³ für das Kind – dessen Name sich jeweils aus dem ersten Vaternamen und dem ersten Mutternamen zusammensetzt – steht es den gleichgeschlechtlichen Annehmenden frei, den ersten Nachnamen eines der beiden Annehmenden oder den zusammengesetzten Nachnamen beider Annehmenden zu wählen (Art 4, Ley 18.248). Milguel Angel Calefato und José Luis Navarro sind das erste Paar, das sich nach der neuen Rechtslage traut. Der argentinische Paradigmenwechsel findet auch in den restlichen lateinamerikanischen Staaten rege Medienresonanz. Mexiko Stadt etwa, wo sich die liberalen Kräfte bereits um ähnliche legislative Vorstöße bemühen, hat dem ersten Paar bezahlte Flitterwochen versprochen; ein Präsent, das Miguel und José dankend ablehnen.²⁴ Neben remunerativer Unterstützung in Form von medienwirksamen Urlaubsversprechen nimmt Mexiko auch inhaltlich Anteil an den rechtsemanzipatorischen Entwicklungen Argentiniens:

1.2. Mexiko Stadt als gesellschaftspolitischer Liberalisierungsmotor

Anders als im südlichsten lateinamerikanischen Land, in dem familienrechtliche Materien, darunter das Ehe- und Kindschaftsrecht, in den nationalen Kompetenzbereich fallen, sind diese Rechtsbereiche in den einzelnen mexikanischen Bundesstaaten jeweils in einem eigenen Zivilgesetzbuch geregelt. Die einzelnen Bundesstaaten unterscheiden sich sowohl hinsichtlich ihrer ethnischen Zusammensetzung und damit verbunden hinsichtlich ihres kulturellen Hintergrunds, als auch bezüglich ihrer politischen Ausrichtung²⁵ – ein Umstand, der sich in den verschiedenen Zivilgesetzbüchern widerspiegelt. Dies gilt umso mehr für eine von sozialen und kulturellen Einflüssen geprägte Materie wie das Familienrecht. Das Juridikum hat bereits in Heft 3/2010 auf den familienpolitischen

21 Art 172: *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.*

22 Gem Art 8, Satz 1, Ley 18.248 besteht nur für die Ehefrau die Möglichkeit den Namen des Ehemannes unter Voranstellung der Präposition *de* anzufügen.

23 Dieses Spezifikum gilt für alle lateinamerikanischen Staaten und findet sich im unionsrechtlichen Raum etwa in Spanien.

24 *Panetta*, Se realiza la primera boda gay en Argentina, *El Diario*, 31.7.2010, 11.

25 *Margadant*, *Introducción derecho mexicano* (2007), 262.

Vorstoß des Distrito Federal aufmerksam gemacht.²⁶ Angesichts der Aktualität des Themas scheint eine kurze Zusammenfassung der rechtlichen Chronologie für Mexiko an dieser Stelle nochmals angebracht.

16.11.2006, *México Distrito Federal* (Mexiko Stadt, in Folge kurz DF). Wie im lateinamerikanischen Schwesternland Argentinien nimmt der Kampf um Gleichstellung seinen Ausgang in der Hauptstadt. Das Stadtparlament des DF (Asamblea Legislativa Distrito Federal), dominiert von der linken PRD (Partido de la Revolución Democrática) erlässt am 16.11.2006 ein Gesetz zur Eintragung homo- und heterosexueller Partnerschaften (Ley de Sociedades de Convivencia). Dieses Gesetz soll de iure ein Mindestmaß an rechtlicher Absicherung für jene Partnerschaften garantieren, die de facto bereits bestehen. Die Reform wird von Seiten verschiedenster Organisationen der Zivilgesellschaft (Frauenbewegung, Menschenrechtsbewegung), Intellektuellen, Künstler_innen und Abgeordneten, allen voran Enoé Uranga (PRD) unterstützt und befürwortet.

Was die Reichweite des Gesetzes betrifft, geht die Sociedad de Convivencia (kurz SdC) insofern über die Wirkungen der argentinischen Unión Civil hinaus, als auch gegenseitige Unterhalts- und Erbensprüche mit der mexikanischen SdC verbunden sind.²⁷ Bestimmte, vom Gesetz determinierte Wirkungen sind dispositivrechtlich normiert, so etwa die güterrechtliche Regelung, und die Parteien können diesbezüglich eine abweichende Regelung treffen.²⁸ Trotz der legislativen Verbesserung, die das Gesetz für homosexuelle Paare mit sich bringt, kann von einer Gleichstellung mit dem Institut der Ehe nicht die Rede sein. So bleibt gleichgeschlechtlichen Paaren etwa die gemeinsame Adoption weiterhin verwehrt. Wie in Argentinien setzen die LSBT-Bewegungen ihre Bemühungen daher fort.

November, Dezember 2009, DF. Drei Jahre nach Erlass der eheähnlichen Partnerschaft, bringt der Abgeordnete David Razú²⁹ in der ALDF auf Initiative der „Vereinigung zum Recht für gleichgeschlechtliche Ehen“ am 23.11.2009 einen Gesetzesentwurf zur Legalisierung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ein. Der Vorschlag wird unter vehementen Protesten der konservativen Parteien mit einer linken Mehrheit angenommen.³⁰

In concreto ist mit der Reform eine Novellierung des Art 146 ZGB DF verbunden, der die Legaldefinition der Ehe nun geschlechtsneutral formuliert: als eine zwischen zwei Personen eingegangene Verbindung zum Zweck der Lebensgemeinschaft und der gegenseitigen Unterstützung.³¹ Mit der am 12.12.2009 angenommenen Reform ist der ent-

26 *Bautista Gómez*, Ein familienpolitischer Vorstoß von links: Zur aktuellen Debatte über die gleichgeschlechtlichen Ehen und Adoption in Mexiko, *juridikum* 2010, 250 f.

27 Art 13, Art 14.

28 Art 7.

29 Zum damaligen Zeitpunkt Abgeordneter der Partido Socialdemocrática, heute Abgeordneter der PRD.

30 Die Reform wurde am 29.12.2009 in der Gaceta Oficial del Distrito Federal kundgemacht.

31 Originalwortlaut Art 146: *Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. [...]*

scheidende Schritt zur Gleichstellung in allen Rechtsbereichen für gleichgeschlechtliche Ehepaare verbunden.

Jänner 2010, DF. Der progressive Vorstoß bleibt nicht ohne juristisches Nachspiel. Die ultrakonservativen Parteien PAN (Partido Acción Nacional), PRI (Partido Revolucionario Institucional) sowie die Kirche sprechen sich gegen die Reform aus. Die Procuraduría General de la República (Bundesstaatsanwaltschaft) legt am 28.1.2010 eine Verfassungsklage³² unter Verweis auf das Grundrecht zum Schutz der Familie ein und argumentiert, dass die Rechte homosexueller Paare bereits mit dem Gesetz über die SdC ausreichend befriedigt sind. Das Gesetz tritt mit 4.3.2010, noch vor der Urteilsverkündung des Höchstgerichts (SCJN, Suprema Corte de Justicia Nacional) in Kraft. Der Filmregisseur Felipe Nájera und der Theaterproduzent Jaime Morales sind das erste von 320 Paaren, das sich nach Inkrafttreten der Reform das Ja-Wort gibt.³³

August 2010, DF. Der 5.8.2010 steht schließlich ganz im Zeichen der Freude über die Entscheidung des SCJN, nachdem dieses mit 8:2 Stimmen die Reform für verfassungskonform befindet sowie mit 9:2 Stimmen die Zulässigkeit der Adoptionen durch homosexuelle Paare erklärt. Mit der Verfügung, dass die im DF abgeschlossenen Ehen und Adoptionen in allen Teilstaaten gültig sind, hat der oberste Gerichtshof darüber hinaus die Rolle der Hauptstadt als gesellschaftspolitischer Liberalisierungsmotor des Landes gestärkt. Den anderen mexikanischen Teilstaaten ist es daher verwehrt, bzgl der Anerkennung auf ihre legislative Autonomie zu verweisen.

2. Kulturkampf um das Recht auf Gleichheit

Die Spannungsfelder im Kampf um die gesellschaftspolitische Liberalisierung sind in den beiden lateinamerikanischen Staaten vergleichbar. Sowohl in Argentinien als auch in Mexiko war die politische und gesellschaftliche Debatte geprägt von einer Polarisierung zwischen liberalen und progressiven Kräften – institutionalisiert durch Vereinigungen der LSBT Bewegung – auf der einen Seite, sowie konservativen und traditionellen Stimmen, vertreten durch die jeweiligen konservativen Parteien und die Kirche oder dieser nahe stehende Verbände, auf der anderen Seite.

2.1. LSBT vs. Kirche

Zu bedenken ist, und das gilt wohl für Österreich wie Lateinamerika gleichermaßen, dass die LSBT Bewegung selbst keine homogene Gruppe darstellt, sondern verschie-

32 Zu den stenografischen Protokollen des Suprema Corte de Justicia Nacional siehe <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/2010/ago3.pdf> (Stand 5.4.2011).

33 *Gabriela Romero y Angel Bolaños*, Es un avance histórico el fallo sobre matrimonios gay: Ebrard, La Jornada, 7.8.2010, 33.

denste Interessen zu vereinbaren sucht. Der gemeinsame Kern besteht wohl in der Abweichung vom traditionellen Paradigma eines heterosexuellen Paares und der Definition von Familie und Sex primär in Verbindung mit Fortpflanzung – Gesellschaftsbilder, die im Zuge der sexuellen Revolution des 20. Jahrhunderts in Frage gestellt werden.

Was die politische Zuordnung der LSBT-Bewegung betrifft, so lässt sich konstatieren, dass sich diese historisch tendenziell mit der Linken identifiziert hat.³⁴ Unter Berücksichtigung dieser ideologischen Approximation ist es daher kein Zufall, dass die legislativen Vorstöße in Mexiko und Argentinien jeweils von der Linken ausgingen. Der Zusammenhang tritt noch deutlicher hervor, wenn man bedenkt, dass sich jene mexikanischen Teilstaaten, die von einer konservativen Mehrheit regiert werden, immer noch erfolgreich gegen entsprechende Entwicklungen sträuben.³⁵

Eine weitere Akteurin, die den politischen und gesellschaftlichen Diskurs bestimmt, ist insbesondere die Kirche, die ein traditionelles Sexualitäts- und Familienbild propagiert. Liberale Gruppierungen sind zudem mit dem historisch gewachsenen Diskurs, in dem eine bestimmte patriarchal geprägte Männerrolle dominiert (so genannter „Machismo“³⁶), als auch mit unterschiedlich ausgeprägten Formen der Homophobie³⁷ konfrontiert. Trotz deklariertes Laizität der beiden Staaten übt die Kirche starken Einfluss auf weite Teile der Bevölkerung aus. Die diskriminierenden Bemerkungen des mexikanischen Kardinals Juan Sandoval Íñiguez der Erzdiözese Guadalajara in Reaktion auf den Gesetzesvorstoß des DF, der sich insbesondere über die Möglichkeit der Adoption echaufferte,³⁸ sind ein Beispiel für das Selbstverständnis der Kirche als moralischer Indikator nach traditionellen Maßstäben. In Argentinien ging die Debatte soweit, dass sich ein Teil der Richterschaft öffentlich dagegen aussprach, Adoptionsanträge homosexueller Paare zu judizieren, da dies einen Widerspruch mit ihren religiösen Glaubensvorstellungen bedeuten würde.³⁹

34 Hinzuzufügen ist, dass die Integrierung in den unterschiedlichen Momenten der Geschichte unterschiedlich stark ausgeprägt war. So interpretierte die von den sowjetisch-stalinistischen Idealen geprägte Linke der 70er und 80er Jahre Homosexualität als ein Produkt der bourgeoisen Gesellschaft und ein Ergebnis faschistischer Perversion. *Mogrovejo Norma*, Movimiento Lésbico en América Latina y sus demandas, en Lebon Natalie y Maier Elizabeth (coordinadoras). De lo privado a lo público. 30 año de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina. Siglo XXI, México (2006), online abrufbar http://www.glefas.org/glefas/files/biblio/movimiento_lesbico_mexicano_y_sus_demandas_%20norma_mogrovejo.pdf (Stand 5.4.2011).

35 Siehe auch *Bautista Gómez*, Ein familienpolitischer Vorstoß von links: Zur aktuellen Debatte über die gleichgeschlechtlichen Ehen und Adoption in Mexiko, *juridikum* 2010, 251.

36 *Ríos Ruiz*, ¡Homosexualidad! La Nueva Perspectiva de la Familia y la Adopción, *Amicus Curiae* 2010, 5.

37 Im den Jahren zwischen 1995 und 2003 kam es laut Schätzungen der *Comisión Ciudadana contra Crímenes de Odio por Homofobia* zu 464 Morden von Personen aus Gründen ihrer sexuellen Orientierung. *Liliana Alcántara*, *Prevén ola homofóbica*, *Vanguardia*, 23.12.2009, 4.

38 *La Jornada*, 25.9.2010, 34.

39 *La Tercera*, 17.10.2010, 18.

2.2. Gleichheitsargument vs Natürlichkeitsparadigma

In beiden Ländern bildet das im Verfassungsrang stehende Recht auf Gleichheit die Grundlage der Argumentation pro Einführung des Instituts der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Befürworter_innen verweisen auf verfassungsrechtliche Bestimmungen, die die freie Wahl der sexuellen Orientierung postulieren und argumentieren, dass eine Diskriminierung oder Ungleichbehandlung eine entsprechende sachliche Rechtfertigung erfordert.⁴⁰ Demgegenüber pochen die Kontrahenten – wie übrigens auch in Österreich – auf das Natürlichkeitsparadigma in Form von der Normalität der heterosexuellen Fortpflanzung und der Hetero-Familie als Kern der Gesellschaft.⁴¹ So wirft die mexikanische Erzdiözese dem Höchstgericht etwa vor, die naturgegebenen Gesetze zu missachten.⁴² In Argentinien echauffiert sich ein Abgeordneter über die gleichgeschlechtliche Ehe als ebenso unnatürlich wie die Ehe zwischen drei Personen oder einem Menschen und einem Hund: *„Por qué no permitir la unión entre tres personas y, si yo tengo una relación con un perro y el perro está de acuerdo, por qué no?[...]“*.⁴³ Die Berufung auf ein von der Natur vorgegebenes Familienbild und damit verbunden insbesondere das westlich geprägte Familienideal ist innerhalb Lateinamerikas ein Produkt der Kolonisierung, der damit verbundenen Mestizierung der Bevölkerung sowie der daraus resultierenden Interdependenzen in ökonomischer, politischer und kultureller Hinsicht. Das Streben nach einem Nationalstaat im postrevolutionären Lateinamerika, das mit der Kodifikationsbewegung einher ging, hat das Festhalten an diesem traditionellen Familienkonzept begünstigt.⁴⁴ Mit der Säkularisierung der beiden Staaten und der sozialen Revolution⁴⁵ haben sich die traditionellen Rollenbilder verändert und die Heterogenität der Gesellschaft forciert. Sowohl die Gerichte als auch die Legislative zeigen sich in Argentinien und Mexiko hellhörig für diese Entwicklungen und haben den Kulturkampf in ihrer Rolle als Emanzipationsmotoren zu Gunsten der liberalen Kräfte entschieden und damit einen Paradigmenwechsel eingeleitet.

Ausblick

Die rechtsemanzipatorischen und progressiven Entwicklungen in Mexiko und Argentinien können als Beispiel gesehen werden, dass sich diese Staaten innerhalb Lateinamerikas bemühen eine Vorreiterrolle einzunehmen, indem sie Phänomenen, die realiter seit geraumer Zeit bestehen, Rechtswirksamkeit und Rechtsschutz verleihen.

40 *Vilma Ibarra*, Una discusión sobre la igualdad, *Debate*, 24.4.2010, 22.

41 *Benke*, Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, *EF-Z* 2010, 7.

42 *Norandi*, Constitucionales, las bodas gay en el Distrito Federal, *La Jornada*, 6.8.2010, 2.

43 *Serra*, Avanza el matrimonio gay en Diputados, *La Nación*, 16.4.2010, 14.

44 *Maria de Jesús González Pérez*, La Representación social de las Familias Diversas: Ley de Sociedades de Convivencia, *El Cotidiano* 2007/146, 23.

45 *Elsa Guevara Ruiseñor*, Cuando el amor se instala en la modernidad. Intimidación, masculinidad y jóvenes en México (2010), 255 ff.

Die veritable Hetzkampagne der Kirche in Argentinien und Mexiko gegen die Reformen und die Versuche der konservativen Parteien, die Reform zu kippen, heben die Bedeutung des gelungenen Etappensiegs hervor. Es handelt sich um einen legislativen Etappensieg *desde abajo hacia arriba* (von unten nach oben), der durch eine Verzahnung von Akteuren der Zivilgesellschaft sowie institutionalisierten Akteuren der Politik bestritten wurde.

Die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen in voller Bandbreite setzt zudem ein starkes Signal zum Abbau von Diskriminierung, um historisch gewachsenen Phänomenen wie dem Machismo und der Homophobie den Boden zu entziehen. In beiden Ländern ging die rechtlich Entdiskriminierung schrittweise vonstatten: von der Anerkennung homo- oder heterosexueller de facto Partnerschaften hin zu einer Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Es bleibt daher mit Spannung zu erwarten, ob sich diese Entwicklung in weiteren lateinamerikanischen Staaten fortsetzt.

Mag.^a Ilse Koza ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsvergleichung der Universität Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; ilse.koza@univie.ac.at

Domesticating life partnerships in South Africa

Anne Louw

1. Introduction

The Constitution of the Republic of South Africa, 1996¹ (hereinafter simply the Constitution) has fundamentally transformed the legal landscape of life partnerships² in South Africa. Not only does the law currently give formal recognition to conventional monogamous civil marriages,³ but since 2006, also recognises civil unions between people of the same-sex.⁴ Customary marriages allowing for polygynous unions between indigenous African people were the first to benefit from the constitutional era, receiving full legal recognition in 2000 when the Recognition of Customary Marriages Act⁵ became operational. Although the official application of matrimonial pluralism⁶ would seem to answer to the constitutional imperatives of equality⁷ and non-discrimination on grounds of culture and sexual orientation,⁸ its application in the South African context, specifically after the enactment of the Recognition of Customary Marriages Act,⁹ has elicited vociferous and widespread criticism¹⁰ and has become an increasing cause for concern.¹¹ Some authors go so far as to claim that the development of the law in this regard shows more signs of unification than pluralism.¹² These claims would argue that the

1 Which came into operation on 4 February 1997. The final constitution was preceded by an *interim* Constitution, Act 200 of 1993, which came into operation on 27 April 1994.

2 According to *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs* 2000 2 SA 1 (CC) at [36] marriage is but one form of life partnership.

3 Concluded in terms of the formalities prescribed by the Marriage Act 25 of 1961.

4 The Civil Union Act 17 of 2006 has been in operation since 30 November 2006.

5 120 of 1998.

6 In this context meaning the formal recognition of different matrimonial systems within the same jurisdiction.

7 S 9 of the Constitution.

8 South Africa became the first country in the world expressly to recognise in its Constitution sexual orientation as a prohibited ground of discrimination: See P de Vos 'The "inevitability" of same-sex marriage in South Africa's post-apartheid state 2007 (23) *South African Journal on Human Rights (SAJHR)* 432 at 435-443.

9 120 of 1998.

10 The gist of the criticism is the deepening divide evolving between the unwritten, living customary law and the official customary law entrenched in legislation and judicial decisions that has largely been ignored by the community to which it applies: J Bekker & G Van Niekerk 'Gumede v President of the Republic of South Africa: Harmonisation, or the creation of new marriages laws in South Africa?' 2009 (24(1)) *SA Public Law* 206 at 207.

11 See eg J Sloth-Nielsen & B van Heerden 'The constitutional family: Developments in South African Family law jurisprudence under the 1996 Constitution' 2003 (17) *International Journal of Law, Policy and the Family (IJLPF)* 121 at 140 who refer to the '... potentially dangerous proliferation of legally recognized family forms'.

12 MW Prinsloo 'Pluralism or unification in family law in South Africa' 1990 (23) *CILSA* 324; E Knoetze 'End of the road for the customary Law of Succession' 2004 (67) *THRHR* 515 at 524; P Bakker 'Die weg vorentoe: Unifikasie of pluralisme van die Suid-Afrikaanse huweliksreg?' 2004 (67) *THRHR* 626.

recognition of diversity is more apparent than real if regard is had to the fact that not only customary marriages, but civil unions as well, were reconceived in the ‘valorised’¹³ mould of civil marriages prior to being accorded the same status.¹⁴ What has emerged, therefore, is a matrimonial system where similar life partnerships are regulated by more than one Act, creating a hierarchy of life partnerships that was never intended.¹⁵ While streamlining the system in one way or another may become necessary over time, the proliferation of legislation regulating the different forms of life partnerships seems, in the meantime, set to continue unabated – after almost eight years since being mooted, the legislative process aimed at the recognition of Muslim marriages has finally regained some momentum with the publication of a (second) draft Muslim Marriages Bill in January 2011.¹⁶ Except for religious marriages, the only other life partnerships not yet formally recognised by statute are cohabitation unions or domestic partnerships, as they are called in South Africa. In this regard as well, draft legislation was proposed by the South African Law Reform Commission (SALRC) as far back as 2006,¹⁷ though it has yet to be enacted.

The first part of the article will explain the hierarchy of life partnerships found in South Africa while the remainder of the article will be devoted, firstly, to the current ambiguity in the treatment of domestic partners, secondly, give a brief overview of the legislation that has been proposed to ‘domesticate’ such partnerships in South Africa and finally, outline some of the solutions tendered to streamline the system in the long term.

2. Hierarchy of life partnerships

Until the adoption of the Constitution as the supreme law of South Africa in 1994, family law in this country was structured around a two-tier hierarchy of monogamous intimate partnerships – married and unmarried.¹⁸ ‘Marriage’ at that stage had only one meaning and was defined in terms of the common law as ‘... the legally recognised voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others while it

13 E Bonthuys ‘Race and gender in the Civil Union Act’ 2007 (23) *SAJHR* 526 at 531.

14 See Bonthuys 2007 (23) *SAJHR* 526 at 541-542; J Bekker & G Van Niekerk ‘*Gumede v President of the Republic of South Africa*: Harmonisation, or the creation of new marriages laws in South Africa?’ 2009 (24(1)) *SA Public Law* 206.

15 L Schäfer ‘Marriage and marriage-like relationships: Constructing a new hierarchy of life partnerships’ 2006 (123) *South African Law Journal (SALJ)* 626; De Vos & Barnard 2007 (124) *SALJ* 795 at 821-822; Bonthuys 2007 (23) *SAJHR* 526 at 527; P Bakker ‘Die Civil Union Act, Draft Domestic Partnership Bill en moontlike deregulerende van die huwelik’ 2009 (34(1)) *Journal for Juridical Science* 1 at 15-18.

16 *Government Gazette* 33946 dated 21 January 2011. The South African Law Reform Commission (SALRC) completed its investigation into the recognition of Muslim marriages as far back as July 2003 but further progress was hampered by internal differences in the Muslim community itself.

17 A ‘Recommended Domestic Partnerships Act’ was published as Annexure E to the final report of the SALRC *Report on Domestic Partnerships* Project 118, Pretoria in March 2006. A follow up draft Domestic Partnerships Bill [B – 2008] was published in *Government Gazette* No 30663 dated 14 January 2008.

18 Schäfer 2006 (123) *SALJ* 626.

lasts'.¹⁹ Such a marriage implied a marriage solemnised by a competent marriage officer using the marriage formula as prescribed by the Marriage Act.²⁰ A civil marriage necessarily creates a *consortium omnis vitae* which includes a reciprocal duty of support between husband and wife. The patrimonial consequences of the marriage are regulated mainly by the Matrimonial Property Act.²¹ If the marriage is dissolved by death, the surviving spouse can inherit intestate in terms of the Intestate Succession Act²² and/or claim maintenance in terms of the Maintenance of Surviving Spouses' Act.²³ The only other way to dissolve the marriage is by means of a divorce order granted in terms of the Divorce Act.²⁴

While the law has ostensibly created equal alternatives to the 'civil marriage' described above, it seems as though the Recognition of Customary Marriages Act²⁵ and the Civil Union Act²⁶ have merely created different routes to essentially the same institution. The civil marriage has consequently remained the default position or central point of departure for all other unions and is thus situated at the apex of the hierarchy of life partnerships, as will become evident from the discussion below.

A civil union in terms of the Civil Union Act²⁷ is defined as '... a voluntary union of two persons who are both 18 years of age or older, which is solemnised and registered by way of either a marriage or a civil partnership, in accordance with the procedures prescribed in the Act, to the exclusion, while it lasts, of all others'. The Act is termed in gender neutral terms and is therefore accessible to opposite as well as same-sex couples. Because the Civil Union Act²⁸ has not repealed the Marriage Act,²⁹ the practical result is that of an inferior institution. It creates the anomalous situation in terms of which a heterosexual couple has the choice of concluding a marriage in terms of the Marriage Act³⁰ or a civil union in terms of the Civil Union Act,³¹ but a same-sex couple can only formalise their relationship in terms of the latter Act.

Despite the fact that the consequences of a civil *union* are identical to those of a civil *marriage*,³² the inferiority of a civil union is reinforced by the fact that a marriage officer may refuse to solemnise a civil union between persons of the same-sex based on objec-

19 *Ismail v Ismail* 1983 1 SA 1006 (A) at 1019.

20 25 of 1961: S 30(1), which expressly makes provision only for a 'husband' to marry a 'wife'.

21 88 of 1984.

22 81 of 1987.

23 27 of 1990.

24 70 of 1979.

25 120 of 1998.

26 17 of 2006.

27 17 of 2006: S 1 *sv* "civil union".

28 17 of 2006.

29 25 of 1961.

30 *Ibid.*

31 17 of 2006.

32 S 13(1) of the Civil Union Act 17 of 2006.

tions to such unions on grounds of conscience, religion or belief³³ – objections which would by implication not arise in the case of a heterosexual marriage or civil union.³⁴ The Recognition of Customary Marriages Act³⁵ gives full recognition to polygynous marriages celebrated in terms of customary law.³⁶ However, it is in fact only the patrimonial consequences of polygynous customary marriages concluded *before* the Act came into operation³⁷ that are still governed by customary law.³⁸ The patrimonial consequences of *de facto* monogamous customary marriages have been replaced by the same consequences that apply in terms of the Matrimonial Property Act³⁹ to civil marriages and unions.⁴⁰ The traditional ways of dissolving a customary marriage have also been replaced by the civil procedure in terms of the Divorce Act.⁴¹ Customary marriages, called customary ‘unions’⁴² before being fully recognised, have always been accorded a lower status than civil marriages, and now also civil unions. Initially, a customary marriage automatically came to an end when a party to a customary marriage entered into a civil marriage.⁴³ Spouses in a *de facto* monogamous customary marriage may in terms of the Recognition of Customary Marriages Act⁴⁴ still convert their marriage into a civil marriage (without first obtaining a divorce order), but not *vice versa*. According to Bakker,⁴⁵ the customary marriage of today⁴⁶ is in actual fact no different from a civil marriage that allows polygyny, since the civil law has displaced nearly all the customary law consequences of such marriages.

Until the enactment of further legislation, Muslim marriages and other religious marriages will be regarded as mere domestic partnerships, which are relegated to the lowest end of the hierarchy.⁴⁷ Since the eventual enactment of legislation fully recognising reli-

33 S 6 of the Civil Union Act 17 of 2006.

34 D Bilchitz & M Judge ‘For whom does the bell toll? The challenges and possibilities of the Civil Union Act for family law in South Africa’ 2007 (23) *SAJHR* 466 at 490–491.

35 120 of 1998.

36 The definition of ‘customary law’ in s 1 of the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998 makes it debatable but doubtful that someone other than a black South African can conclude a customary marriage.

37 On 15 November 2000.

38 *Gumede v President of the Republic of South Africa and Others* 2009 3 SA 152 (CC) at [55]–[56].

39 88 of 1984.

40 *Gumede v President of the Republic of South Africa and Others* 2009 3 SA 152 (CC) at [49].

41 70 of 1979, for which see s 8 of the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998.

42 Another indication of the lower status of customary marriages.

43 This was the position before the enactment of s 22(1) of the Black Administration Act 38 of 1927 which preceded, and was repealed by, the Recognition of Customary Marriage Act 120 of 1998.

44 120 of 1998: S 10(1).

45 Bakker 2009 (34(1)) *Journal for Juridical Science* 1 at 17.

46 With the exception of polygynous customary marriages entered into before the commencement of the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998.

47 In this regard it should be noted that certain statutes expressly include spouses in a religious marriage within the ambit of the definition of ‘spouse’ – eg the Births and Deaths Registration Act 51 of 1992, the Domestic Violence Act 116 of 1998 and the Children’s Act 38 of 2005. The courts have also recognised Muslim and Hindu marriages for certain purposes on an *ad hoc* basis: See in general N Van Schalkwyk (assisted by A Louw) *General Principles of Family Law* (4th ed) (2011) 369–373.

gious marriages seems a foregone conclusion,⁴⁸ further discussion of domestic partnerships will exclude domestic partnerships created in terms of any system of religious law.

3. The treatment of domestic partnerships in South Africa

3.1. Current ambiguous position

The concept of a ‘permanent life-partnership’ was initially conceived in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs and Others*⁴⁹ as referring to a relationship between intimate and mutually interdependent same-sex partners. Because of the SALRC’s investigation into the recognition, of what the Commission called ‘domestic partnerships’,⁵⁰ the latter term is now used interchangeably with the term ‘permanent life partnership’. While the nature of such a partnership has been the cause for much speculation, the core quality seems to be⁵¹ the presence of a *consortium omnis vitae*, ie ‘[a]n abstraction comprising the totality of a number of rights, duties and advantages accruing to spouses of a marriage’ including intangibles such as loyalty and sympathetic care as well as the more material needs of life.⁵² Other elements may arguably include permanency, a reciprocal duty of support and cohabitation.⁵³

Although domestic partnerships have never been placed on the same footing as marriages,⁵⁴ the Constitutional Court was prepared to extend spousal benefits to same-sex domestic partners in a number of cases decided before the enactment of the Civil Union Act⁵⁵ on an *ad hoc* basis. The Constitutional Court justified these decisions based on section 9(3) of the Constitution in terms of which unfair discrimination on the ground of sexual orientation is prohibited and section 10 of the Constitution which entrenches the right to dignity. The court argued that since the relationship between same-sex domestic partners was no different from a marital relationship, the law discriminated unfairly against such partners by not giving them the choice to formalise

48 Based on the constitutional rights to equality and dignity (ss 9 and 10 of the Constitution) coupled with the expectation of such legislation in terms of s 15(3) of the Constitution, it is anticipated that Hindu and other religious marriages will eventually also be recognised by statute.

49 2000 2 SA 1 (CC).

50 See SALRC Discussion Paper 104 *Domestic Partnerships* Project 118 (closing date 1 Dec 2003) para 1.4.

51 H de Ru ‘A critical analysis of the retention of spousal benefits for permanent same-sex partners after the coming into operation of the Civil Union Act 17 of 2006’ 2009 (23(2)) *Speculum Juris* 111 at 116–119.

52 *Peter v Minister of Law and Order* 1990 4 SA 6 (E) at 9G.

53 Ackerman J in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others* 2000 2 SA 1 (CC) at [88] provided a non-exhaustive list of factors to establish the permanency of the life-partnership.

54 A number of statutes have been adopted that expressly include within the ambit of the Act a ‘life partner’ or ‘partner’. These statutes cover areas such as domestic violence, estate duty, employment equity and legislation to promote equality.

55 17 of 2006. In the majority of cases where the benefits derive from legislation, the court ordered a ‘reading in’ of ‘permanent same-sex life partner’ into the provisions.

their relationship in the form of a marriage. To this extent the position of a heterosexual couple was distinguishable from a same-sex couple – a heterosexual couple could choose whether to get married or not. Because same-sex domestic partners could not become ‘spouses’, they were entitled to equal protection of the law provided, of course, their relationship had the characteristics of a conjugal relationship.⁵⁶ In this way a suitably committed domestic partner of the same-sex could, for example, qualify as a dependant for purposes of the other partner’s medical aid,⁵⁷ could qualify for ‘spousal benefits’ in terms of the Judges Remuneration and Conditions of Employment Act⁵⁸ and could claim compensation for the negligent death of a partner who was the breadwinner.⁵⁹ When a *heterosexual* surviving partner sought to be recognised as a ‘survivor’ for purposes of a claim for maintenance in terms of the Maintenance of Surviving Spouses Act⁶⁰ against the deceased life partner’s estate, the High Court⁶¹ initially upheld the claim⁶² but was overruled by the Constitutional Court in *Volks NO v Robinson and Others*.⁶³ The Constitutional Court ultimately held that treating unmarried opposite sex domestic partners different from their married counterparts did not infringe on their dignity⁶⁴ and therefore could not be considered unfair discrimination because they had always had the option of marrying one another but nevertheless had chosen not to do so.⁶⁵

The unsatisfactory piecemeal recognition of same-sex partnerships was finally addressed in the case of *Minister of Home Affairs v Fourie (Doctors for Life International and Others, Amici Curiae)*; *Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs*.⁶⁶ Declaring the common law definition of marriage unconstitutional,⁶⁷ the Constitutional Court gave the legislator exactly one year to remedy the situation. The court was explicit in condemning any legislation that would create a ‘separate but equal’⁶⁸ opportunity for same-sex couples to marry, demanding that whatever legislative remedy is chosen, it must be ‘... as generous and accepting towards same-sex cou-

56 In many of the cases where the interpretation of ‘spouse’ was extended to include a same-sex partner, the court required not only permanency in the relationship but also reciprocal duties of support.

57 *Langemaat v Minister of Safety and Security* 1998 3 SA 312 (T).

58 88 of 1989, including pension rights, travelling and subsistence allowances: *Satchwell v President of the Republic of South Africa* 2002 6 SA 1 (CC).

59 *Du Plessis v Road Accident Fund* 2004 1 SA 359 (SCA).

60 27 of 1990.

61 *Robinson and Another v Volks NO and Others* 2004 6 SA 288 (C).

62 Davis J (at 299I) noted that ‘For a range of reasons ... domestic partnerships are a significant part of South African family life. To ignore the arrangement ... is to undermine the dignity of difference and to render the guarantee of equality somewhat illusory insofar as a significant percentage of the population is concerned.’

63 2005 5 BCLR 446 (CC).

64 At [62].

65 The decision was, however, not unanimous. The dissenting judges Sachs (at [236]), Mokgoro and O’Regan (at [132]) all felt that excluding heterosexual life partners, who had entered into reciprocal duties of support during the relationship, from the benefits afforded by the Act, constituted unfair discrimination on ground of marital status.

66 2006 1 SA 524 (CC).

67 At [82] and [114].

68 At [150].

ples as it is to heterosexual couples' and suggesting that '[i]n a context of patterns of deep past discrimination and continuing homophobia, appropriate sensitivity must be shown to providing a remedy that is truly and manifestly respectful of the dignity of same-sex couples'.⁶⁹

Shortly before the expiry of the deadline, the Constitutional Court was again called upon to consider the position of a same-sex domestic partner – this time having to decide whether the surviving partner could qualify as a 'spouse' for purposes of the Intestate Succession Act.⁷⁰ Aware of the possible enactment of legislation that would recognise same-sex marriages in the near future, the court in *Gory v Kolver (Starke & Others intervening)*⁷¹ directed that the Intestate Succession Act⁷² will continue to apply to permanent same-sex life partners who have undertaken reciprocal duties of support but who do not 'marry' under any new dispensation. This meant that, notwithstanding the enactment of the Civil Union Act⁷³ giving same-sex couples (like their heterosexual counterparts) the choice to 'marry', a surviving same-sex domestic partner would still be deemed a 'spouse' for purposes of the Intestate Succession Act.⁷⁴ The judgment thus contradicted the general assumption⁷⁵ that since the rationale for treating same-sex domestic partners differently from opposite sex couples had now fallen away, judgments expanding the interpretation of spouse to include a domestic partner would no longer apply after the enactment of the Civil Union Act.⁷⁶

While some authors have defended the differential treatment of unmarried same-sex life partners and opposite-sex life partners as fair discrimination and a 'pseudo-anomaly' in our law,⁷⁷ others have described the situation as 'peculiar, ironic, paradoxical and anomalous'.⁷⁸ At least in so far as the right to inherit intestate is concerned, same-sex domestic partners thus seem to have been placed in a stronger legal position than heterosexual partners.⁷⁹ Many of the most marginalised women, especially those heterosexual women who cannot convince their partners to formally commit to them, are thus 'still out in the cold' as far as the law is concerned.⁸⁰

69 At [153]. According to Smith & Robinson 2008 (22) *IJLPF* 356 at 379, the drafters of the Act have paid mere lip service to the guidelines proffered by the Constitutional Court and (at 380) '... the Act appears to be a good example of bad drafting that illustrates the dangers of rushing the legislative process' to meet the deadline.

70 81 of 1987.

71 2007 (4) SA 97 (CC) at [29].

72 81 of 1987.

73 17 of 2006, which came into operation on 1 December 2006.

74 81 of 1987.

75 Based on the judgment of the Constitutional Court in *Volks NO v Robinson and Others* 2005 5 BCLR 446 (CC).

76 17 of 2006.

77 MC Wood-Bodley 'Intestate succession and gay and lesbian couples' 2008 (125) *SALJ* 46 at 54, whose argument is based on the notion of substantial equality (at 60). See also De Ru 2009 (23(2)) *Speculum Juris* 111 at 125

78 Kruuse 2009 (25) *SAJHR* 380 at 385–386.

79 De Vos & Barnard 2007 (124) *SALJ* 795 at 824; Bilchitz & Judge 2007 (23) *SAJHR* 466 at 496.

80 P de Vos 'Still out in the cold? The Domestic Partnerships Bill and the (Non)protection of marginalised woman (sic)' in J Sloth-Nielsen & Z du Toit (eds) *Trials and Tribulations, Trends and Triumphs* (2008) 129 *et seq.*

3.2 Proposed legislation

While there is general consensus on the fact that the only way to remedy the plight of the unmarried is to enact legislation giving at least partial recognition to domestic partnerships,⁸¹ there is some dispute about how best this should be accomplished.⁸² The SALRC's proposals, as contained in the latest Domestic Partnerships Bill,⁸³ would create two further types of recognised life partnerships, *ie* a registered Domestic Partnership and an Unregistered Domestic Partnership. The pre-existence of a civil marriage, civil union or customary marriage will preclude the registration of a domestic partnership.⁸⁴ The registration procedure has to be conducted by a registration officer⁸⁵ but the procedure is less formal, there being for example no prescribed formula for the solemnisation of such partnerships.⁸⁶ The consequences of a registered domestic partnership are very similar to those of a civil marriage or civil union.⁸⁷ The courts are, however, given a wide discretion to overrule any registered domestic partnership agreement or termination agreement entered into by the partners, if it deems it just and equitable to do so.⁸⁸ Domestic partnerships that have not been registered may be recognised *ex post facto* at the termination of the unregistered partnership. When the partnership is terminated by separation or death, partners may apply for a maintenance order, an intestate succession order or a property division order.⁸⁹

4. Proposals to streamline the system

It is clear that adding the possibility of a registered or unregistered domestic partnership to the tapestry of options already available to life partners will only exacerbate the problems of integrating a system that is already overcomplicated. In order to counter this eventuality, three possible solutions have been tendered:

81 Calls for such recognition have been widespread – coming from both the judiciary (see eg *J and Another v Director-General, Department of Home Affairs and Others* 2003 5 SA 621 (CC) at [23]; *Minister of Home Affairs v Fourie (Doctors for Life International and Others, Amici Curiae)*; *Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs* 2006 1 SA 524 (CC) at [136]; *Volks NO v Robinson and Others* 2005 5 BCLR 446 (CC) at [66] and academics, including JD Sinclair (assisted by J Heaton) *The Law of Marriage* Vol 1 (1996) 302; B Clark 'Families and domestic partnerships' 2002 (119) *SALJ* 634 at 647; Goldblatt 2003 (120) *SALJ* 610 at 629; De Vos & Barnard 2007 (124) *SALJ* 795 at 798; Smith & Robinson 2008 *IJLPF* 356 at 379; Heaton *South African Family Law* (2010) 243–244.

82 For the various options identified, see the SALRC's *Report on Domestic Partnerships* Project 118, Pretoria March 2006: Para 5.6.

83 See fn 17 above.

84 Cl 4(1) of the Bill.

85 A civil servant: Cl 5(1). No provision is made for ministers of religion to act as registration officers. The process is thus strictly secular by nature.

86 Cl 6.

87 Apart from the fact that the default property regime is out of community of property (cl 7).

88 Cl 22.

89 Cl 26(1).

- (a) Repeal the somewhat out-dated Marriage Act,⁹⁰ leaving the Civil Union Act⁹¹ as the more generic Act, since it provides couples with a wider choice as to the designation of their relationships either as a ‘marriage’ or a ‘civil partnership’, and then enact legislation as proposed (a Domestic Partnerships Act), to provide some legal protection for domestic partners.⁹² By giving parties the option to call their union a ‘civil partnership’, the Act ‘de-centres’ marriage ‘... as the sole and primary status to be accorded to interpersonal relationships’.⁹³
- (b) Deregulate marriage by creating one generic Act similar to the proposed Domestic Partnerships Bill, which is strictly secular by nature, to regulate all life partnerships. The Act should set out the validity requirements for, as well as the invariable consequences of, such a partnership and leave the remaining consequences to be regulated by the parties themselves. Such an Act would make it possible for the parties to choose which personal system should be applicable to their life partnership, be it civil, customary law or Muslim religious law. Parties could negotiate monogamy or polygyny and decide what their partnership should be called – a marriage, a union or a partnership. To address any power imbalances between the parties in negotiating these consequences the court should be given a wide discretion to overrule any obviously unlawful stipulations;⁹⁴ or
- (c) Repeal the Civil Union Act,⁹⁵ amend the Marriage Act,⁹⁶ in particular by making it gender neutral so as to accommodate same-sex marriages, and enact legislation in the form of a Domestic Partnerships Act to protect unmarried domestic partners.⁹⁷

5. Conclusion

It is evident from the solutions tendered above that the anticipated Domestic Partnerships Act is considered indispensable as far as the future regulation of life partnerships in South Africa is concerned. In view of the demographics of life partnerships in South Africa,⁹⁸ the desirability of giving *ex post facto* recognition to domestic partnerships in deserving cases seems incontrovertible.⁹⁹

90 25 of 1961.

91 17 of 2006.

92 Bilchitz & Judge 2007 (23) SAJHR 466, especially at 487 and 496–497.

93 Bilchitz & Judge 2007 (23) SAJHR 466 at 497.

94 Bakker 2009 (34(1)) *Journal for Juridical Science* 1 at 18–19.

95 17 of 2006.

96 25 of 1961.

97 BS Smith & JA Robinson ‘An embarrassment of riches or a profusion of confusion? An evaluation of the continued existence of the Civil Union Act 17 of 2006 in the light of prospective domestic partnerships legislation in South Africa’ 2010 (13(2)) *Potchefstroom Electronic Review/Law Journal (PER/PELJ)*, especially at 67–68/204.

98 See Goldblatt 2003 (120) SALJ 610 at 613 and SALRC *Report on Domestic Partnerships* Project 118, Pretoria in March 2006: Paras 2.1.9, 2.2 and 2.3.

99 The inclusion of a right to family life in the Constitution may, however, have provided another simpler, more uniform but at the same time more flexible way of protecting domestic partners: See E Bonthuys ‘The South African Bill of Rights and the development of Family Law’ 2002 (119) SALJ 748 at 781.

The advisability of a ‘registered domestic partnership’, on the other hand, seems questionable¹⁰⁰ if the Civil Union Act¹⁰¹ is to be retained. A ‘registered domestic partnership’ will generally speaking be indistinguishable from a ‘civil partnership’ concluded in terms of Civil Union Act¹⁰² and thus merely create another watered-down alternative to a civil marriage. The repeal of either the Civil Union Act¹⁰³ or the Marriage Act¹⁰⁴ will, furthermore, not address the problems endemic to the practice of polygyny.¹⁰⁵ For this reason the solution outlined in paragraph 4(b) above would seem especially appealing.

Anne Louw, BA (Stell) BLuris (UNISA) LLB LLD (Pret), Senior lecturer in Family Law, Department of Private Law, University of Pretoria; anne.louw@up.ac.za

100 As pointed out by C Lind ‘Domestic partnerships and marital status discrimination’ 2005 *Acta Juridica* 108 at 128.

101 17 of 2006.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*

104 25 of 1961.

105 As practiced in terms of both customary law and religious personal law, such as Muslim and Hindu religious law. Goldblatt 2003 (120) *SALJ* 610 at 626 concluded that *de facto* ‘polygamy’ or dual/multiple partnerships also need to be recognised in any law reform pertaining to domestic partnerships. The proposed Domestic Partnerships Act does provide some protection for a surviving domestic partner whose deceased partner also leaves behind a customary spouse – in such a case the court may take ‘... all the relevant circumstances of both relationships’ into consideration for purposes of determining the benefits to be awarded to the surviving partner in terms of the Intestate Succession Act 81 of 1987.

Let's Go Sperm Shopping

Rechtliche Beschränkungen und faktische Möglichkeiten

Caroline Voithofer / Magdalena Thöni

„In societies saturated with heterosexist assumptions and values, we don't usually question how a mother got pregnant, which permits an almost automatic assumption of the existence somewhere of a man/husband/father.“

Zalewski, Feminism after Postmodernism, 2000, 112.

Braune Augen, schwarzes Haar, eine Körpergröße von 1,85 m, ein Mindestgewicht von 85 kg und der Wunsch nach schwarzafrikanischer Abstammung führen zu dem Spender mit der Nummer 11025, der sich in weiterer Folge als sportlicher und ehrgeiziger Christ mit nigerianischen Wurzeln vorstellt und beruflich nach seinem Bachelor in der BWL neue Wege geht. Dieser Mix an persönlichen Eigenschaften des Spenders Nummer 11025 in Form von ejakuliertem Sperma kostet 700 US\$ und kann online erworben werden.¹

Sperma, in ejakulierter Form, wird in manchen Ländern dieser Welt als handelbares Gut angesehen und besitzt damit einen eigenen Markt, der vom physischen Erscheinungsbild, also etwa der Haar-, Haut-, und Augenfarbe des Spenders, und gesellschaftlichen Wertvorstellungen, wie Intelligenz oder Schönheit, abhängt.² Diese transparente Marktsituation ermöglicht die spezifische Suche nach dem perfekten Samenspender und eröffnet Frauen ohne (zeugungsfähigen) Partner die Möglichkeit, ihren Wunsch nach einem eigenen Kind zu erfüllen.

Jeder Mann trägt Millionen von Spermien in sich, wobei nur wenige für die eigene Fortpflanzung benötigt werden. Was passiert mit den Überzähligen? Können wir als Gesellschaft auf diese an sich freie Ressource zurückgreifen, um unsere Existenz zu sichern und das grundlegende Bedürfnis nach Reproduktion zu befriedigen? Sollen jene, die keinen Zugriff auf fortpflanzungsfähiges Spermium haben, diese überzähligen Fremdsamen rechtlich geschützt nutzen können? Es geht um nicht weniger als die Frage, ob die Gesellschaft das von der Natur bereitgestellte Angebot der faktisch im Überfluss vorhandenen Spermien annehmen oder seine Nutzung unterbinden will.³ Legitimiert der

1 <http://www.cryobank.com> (Stand 5.4.2011).

2 Kossoudji, The Economics of Assisted Reproduction, IZA Discussion Paper No. 1458, January 2005.

3 Kossoudji (2005).

Wunsch nach Fortpflanzung die Versachlichung derselben und akzeptieren wir damit, dass menschliche Körperteile zu einem handelbaren Gut werden?

Der österreichische Gesetzgeber hat sich für die freiwillige Nutzbarmachung entschieden und die Voraussetzungen dafür seit dem Jahr 1992 im Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) geregelt. Im vorliegenden Beitrag analysieren wir den österreichischen Spermienmarkt im Hinblick auf seine faktischen und rechtlichen Seiten. Im ersten Teil widmen wir uns den grundlegenden Motivationen der Angebotsseite für die Bereitstellung von Spermium und der Nachfrageseite für die Inanspruchnahme von Fremdsamen. Im zweiten Teil stellen wir den rechtlichen Rahmen der Verwendung von Drittspermien zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Österreich vor und zeigen, wie der historische Gesetzgeber die im FMedG bestehenden Beschränkungen legitimiert hat. Im dritten Teil gehen wir auf die Fortpflanzungsmedizin (FMed) als staatliche Biopolitik sowie auf das Spannungsfeld zwischen ausgedrückten Verhaltenserwartungen im FMedG und der Vielzahl existierender Beziehungsformen ein. Im vierten Abschnitt werfen wir einen Blick auf die faktische Möglichkeit des Fortpflanzungstourismus für jene Personen, die durch das FMedG von der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausgeschlossen sind. Im fünften Abschnitt schließen wir den Beitrag mit einer kurzen zusammenfassenden Bemerkung.

1. Der Markt für Spermien: Angebot und Nachfrage

Warum stellen Männer ihre „überschüssigen“ Spermien zur Verfügung, was also motiviert sie, als Samenspender aufzutreten? Verschiedene Studien haben sich der Frage angenommen, warum Männer wie Frauen ihre Gameten spenden und damit die entsprechenden Anreizmechanismen untersucht. Einigkeit besteht in diesen Untersuchungen über die zwei wichtigsten Motive, nämlich Altruismus und monetäre Kompensation.⁴ Altruismus definiert über die psychologischen Bestimmungsmomente der Freiwilligkeit, den Willen, Nutzen für andere zu stiften. Die damit verbundene Uneigennützigkeit trägt genauso zur Entscheidung bei wie der Erhalt einer finanziellen Gegenleistung für die Zellspende. Basierend auf dieser dualen Motivationslage teilt der Spermienmarkt die allgemeinen Charakteristika der vertraglichen Angebotsseite, die entweder durch Verkauf – wo legal – oder durch eine nicht monetäre Spende auf die Nachfrage trifft. Somit können also, je nach nationaler Rechtslage, zwei unterschiedliche Systeme, die Angebot und Nachfrage zusammenbringen, beobachtet werden. Einerseits ein privatwirtschaftlicher Markt, der sich über die „freie“ Preisbildung definiert wie beispielsweise in den USA oder Spanien und andererseits ein Spendersystem wie beispielsweise in Österreich, das entgeltlos funktioniert, basierend auf der altruistischen

4 Siehe etwa: *Klock et al.*, Psychological characteristics and factors related to willingness to donate again among anonymous oocyte donors, in *Fertility and Sterility*, 79/2003, 1312.

Motivation der Spender. Welches System führt aber zu einer erhöhten Verfügbarkeit von Spermien? Die zugänglichen Studien geben darauf, aufgrund der mangelnden Eindeutigkeit eines Systems, nur beschränkt eine Antwort. So weist eine Studie aus Frankreich darauf hin, dass ab der Einführung eines Spendersystems die potenziell nachfragenden Paare das tatsächliche Samenangebot um das Sechsfache überstiegen haben.⁵ Dies lässt den Schluss zu, dass das Angebot bei einem Spendersystem abnimmt, wonach der monetäre Anreiz eine größere Rolle spielt als Altruismus. Gleichzeitig kann aber auch argumentiert werden, dass das Spendersystem zwar die profit-getriebenen Spender tendenziell verdrängt, altruistisch Motivierte allerdings wieder zurück in den Markt holt. Für das Kompensationssystem kann genau vom Gegenteil ausgegangen werden. Die Nachfrageseite nach menschlichen Gameten basiert primär auf dem Wunsch nach einem eigenen Kind, womit das äußere physische Erscheinungsbild, geprägt etwa durch Haar-, Haut- und Augenfarbe und gesellschaftliche Idealvorstellungen bezüglich Intelligenz oder Schönheit im Vordergrund des Interesses stehen.⁶ Bringt man nun Angebot und Nachfrage zusammen, so sprechen wir über den Preis, der am Markt im Kompensationssystem für Spermien bezahlt wird. Hier ist zu beobachten, dass der Spermienmarkt nicht die individuelle Spende bepreist, so wie dies am weiblichen Eizellenmarkt der Fall ist, sondern vielmehr ein Einheitspreis pro Spende existiert. Dieser Einheitspreis liegt in den USA durchschnittlich zwischen \$ 100 und \$ 425. Der Preis hängt von Eigenschaften wie Religion, Ethnizität, Ausbildung oder sexueller Ausrichtung des Spenders ab.⁷

Die Verwendung von Spermien für eine künstliche Fortpflanzung ist damit jedenfalls – entweder nur für den Samen oder zusätzlich auch für die medizinische Behandlung – für die Wunscheitern mit Kosten verbunden, die bei der natürlichen Fortpflanzung nicht anfallen. Dadurch sind auf der Nachfrageseite die Einkommensrestriktionen der potenziellen Eltern zu beachten. Diese Kostentangente kann dazu führen, dass die Verwirklichung des Wunsches nach Fortpflanzung vom sozialen und ökonomischen Status der Wunscheitern abhängt. Damit kann ein Trade-Off zwischen dem Wunsch nach einem eigenen Kind und Einkommen beobachtet werden.⁸

2. Der Rechtsrahmen für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung: Verwendung von Drittsamen in Österreich

In der vorliegenden Arbeit beschränken wir uns auf alle jene Fälle künstlicher Befruchtung, die sich auf die Verwendung einer Drittsamenspende stützen, somit also männli-

⁵ *Guerin*, The donation of gametes is possible without paying donors: experience of the French CECOS Federation, in *Human Reproduction*, 13/1998, 1129.

⁶ *Engel*, Kritische Auseinandersetzung mit dem Fortpflanzungsmedizingesetz, in *Floßmann* (Hrsg.), *Recht, Geschlecht und Gerechtigkeit. Frauenforschung in der Rechtswissenschaft* (1997) 248.

⁷ Auch: *Kossoudji* (2005).

⁸ *Kossoudji* (2005).

che Fremdsamen benötigen. Folgende Varianten stehen durch diese Einschränkung im Mittelpunkt des Interesses: Die Insemination von Spendersamen („Heterologe Insemination“), das Einbringen von noch unverschmolzenen Ei- und/oder Samenzellen in den Eileiter der Frau („intratubarer Gametentransfer“), eine Entnahme von einer oder mehreren Eizellen der Mutter, die in vitro mit dem Fremdsamen befruchtet und nach wenigen Zellteilungen reimplantiert werden („heterologe In-vitro-Fertilisation mit Samenspende“), in-vitro-Befruchtung des Spendersamens mit einer Spendeeizelle und anschließende Reimplantation („heterologe In-vitro-Fertilisation mit Samen- und Eispende“). Das FMedG definiert in § 1 Abs 1 medizinisch unterstützte Fortpflanzung als „die Anwendung medizinischer Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr“ und beschreibt in Absatz 2 die unterschiedlichen Verfahren, die in einer Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts in Anspruch genommen werden können. Als relevantes Verfahren kann im vorliegenden Kontext nur die heterologe Insemination (§ 1 Abs 2 FMedG), also die Insemination mit Fremdsamen, bezeichnet werden, da sie nach § 3 Abs 2 FMedG die einzig zulässige heterologe Variante ist, „wenn der [Samen] des Ehegatten oder Lebensgefährten nicht fortpflanzungsfähig“ ist. Gleichzeitig ist die Verwendung eines „Samengemisches“ oder „Samencocktails“ mehrerer Männer verboten (§ 9 Abs 3 FMedG).⁹ Damit erlaubt das FMedG die Verwendung von Drittsamen ausschließlich im Rahmen der Einbringung in die Geschlechtsorgane einer Frau (*heterologe Insemination*) und verbietet gleichzeitig sowohl den intratubaren Gametentransfer als auch die heterologe IVF. Durch die Entscheidung *S.H. ua gegen Österreich* des EGMR vom 1.4.2010 muss dieses Verbot allerdings eine grundlegende Veränderung erfahren, da der GH zu dem Schluss kommt, dass die Regelung gegen Art 14 (Diskriminierungsverbot) iVm Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) verstößt und damit die Ungleichbehandlung von Paaren in ähnlichen Situationen zur Folge hat.¹⁰ Dieses Erkenntnis kritisiert, dass eine Besamung mit einem Fremdsamen in vivo oder in vitro im FMedG unterschiedlich behandelt wird. Die IVF mit Fremdsamen ist ja nichts Anderes als die Zusammenlegung zweier Verfahren, die vom FMedG je für sich bereits erlaubt sind.¹¹ Basierend auf dieser Entscheidung wird in Österreich zukünftig auch eine IVF unter Verwendung eines fremden Samens (oder einer fremden Eizelle) zulässig sein müssen.¹² Das Angebot an männlichen Samenzellen wird durch das FMedG so definiert, dass Männer im Sinne eines „Dritten“ in einer dafür zugelassenen österreichischen Kranken-

9 Aichhorn, Das Recht der Lebenspartnerschaften Ehe und Lebensgemeinschaft (2003) 40; Eder-Rieder, Die rechtlichen Grundlagen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, JAP 4/1998/1999, 165.

10 EGMR 1.4.2010, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr 57813/00, ÖJZ 2010, 684. Grüblinger, Neue Möglichkeiten im Bereich der Reproduktionsmedizin? zak 12/2010, 228; Wohl auch Engel 1997, 258 und 260.

11 Bernat, Fortpflanzungsfreiheit, Privatleben und die EMRK. Anmerkungen zu VfGH 14.10.1999, juridikum 2/2000, 115.

12 Hopf, Fortpflanzungsmedizin muss geändert werden, ÖJZ 08/2010, 335.

anstalt unentgeltlich ihre Samen spenden können (§ 11 FMedG), wobei der Samen untersucht werden muss und keine (erb)gesundheitliche Gefahr für die Frau oder das zu zeugende Kind bewirken darf (§ 12 FMedG). Des Weiteren darf der gespendete Samen nur für eine gelungene medizinische Fortpflanzung in höchstens drei Ehen oder eheähnlichen heterosexuellen Lebensgemeinschaften verwendet werden (§ 14 FMedG).¹³ Die Rechtsnatur humaner Gameten, also auch von Sperma in ejakulierter Form, wird in Österreich bis dato wie jede andere vom Körper getrennte Substanz des Menschen als Sache im Sinn von § 285 ABGB eingestuft.¹⁴ Aufgrund dieses vorgegebenen Rechtsrahmens obliegt es nach der entgeltlichen Spende der Krankenanstalt (Samenspende-ärztin oder -arzt), die Samen und die potenziellen sozialen Eltern zusammenzubringen. Hier ist im Besonderen das Vermittlungsverbot gemäß § 21 FMedG zu beachten, wonach es keine Kuppelei bezogen auf entwicklungsfähige Zellen, Sperma, Eizellen oder Leihmütter geben darf.

Die Nachfrageseite von Samenspenden wird durch das FMedG auf jene Personengruppe eingeschränkt, die in einer Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts leben. Ausgeschlossen sind daher Frauen, die in einer Lebensgemeinschaft mit einer Frau, in einer eingetragenen Partner_innenschaft, als Single oder in einer anderen (Haushalts-)Gemeinschaft mit Verwandten oder Freund_inn_en leben und ein Kind mit Hilfe der FMed bekommen wollen.¹⁵

Zusammenfassend erlaubt das FMedG damit ausschließlich den Gebrauch von Fremdsamen, die in einer dafür zugelassenen österreichischen Krankenanstalt unentgeltlich für die heterologe Insemination von Frauen gespendet wurden, die entweder in einer Ehe oder einer eheähnlichen Beziehung leben.¹⁶

Daraus folgernd lässt sich ableiten, dass das FMedG das traditionelle Familienmodell stützen will, indem es die Fortpflanzungsmedizin (FMed) nur für verheiratete oder in einer Lebensgemeinschaft lebende heterosexuelle Paare öffnet. Wenn wir vom traditio-

13 Die allgemeinen Voraussetzungen der „Samenspende“ sind in §§ 11–16 FMedG, die Zustimmungserfordernisse und ihre rechtlichen Konsequenzen sind in § 20 FMedG geregelt.

14 Diese Rechtsmeinung wird durchaus auch kritisch gesehen. So führt Bernat etwa aus: „[...] obwohl Samen- und Eizellen räumlich abgrenzbar sind, sollte das Bestimmungsrecht über die Keimzellen nicht sachenrechtlich, sondern personenrechtlich begründet werden. Was wäre das auch für eine Sache, aus der durch Konjugation mit dem komplementären Gameten menschliches Leben entsteht? Will man dieses Paradoxon vermeiden, muss die Bestimmungsbefugnis über Samen- und Eizellen aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (§ 16 ABGB) abgeleitet werden. Dabei sollte der Umstand keinesfalls stören, dass der Samen nach der Ejakulation und die Eizelle nach der Explantation vom Körper gelöst sind. Es gibt auch andere, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete Personenrechte, die nicht am physischen Körper des Menschen haften. Erinnerung sei nur an das Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG), das Recht am gesprochenen Wort, das Recht auf Ehre (§§ 1330 ABGB, 111 ff StGB) und das Recht auf Wahrung der Geheimsphäre und auf Achtung des Privatlebens.“ *Bernat*, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung (1989) 115.

15 Die Überprüfung der Verfassungskonformität des Ausschlusses von Lebensgemeinschaften lesbischer Frauen ist aktuell aufgrund OGH 22.03.2011, 3Ob147/10d beim VfGH anhängig.

16 Weiters verboten: Embryotransfer nach Ei- oder Embryospende, sowie die künstliche Besamung einer Leihmutter. Dazu auch *Aichhorn* 2003, 41; *Bernat* 2000, 115.

nellen Familienmodell sprechen, verstehen wir darunter die partnerschaftlich oder patriarchal organisierte Kleinfamilie bestehend aus Vater, Mutter und Kind(ern). Das Modell hat sich aus dem patriarchalen bürgerlichen Familienleitbild der Aufklärung entwickelt, das selbst nichts mit der sozialen Wirklichkeit des überwiegenden Teils der Bevölkerung zu tun hat oder je hatte.¹⁷ Nach wie vor handelt es sich bei dem geschützten Familienmodell um ein ausschließlich heterosexuelles, das seine rechtsdogmatische Festschreibung in § 40 ABGB und § 44 ABGB erfahren hat. § 40 ABGB definiert die Familie über das Vorhandensein von Kindern. Umgekehrt gelten im österreichischen Familienrecht Beziehungen, in denen keine Kinder leben oder zugelassen sind, nicht als „Familie“. Eine solche Dogmatik blendet das aktuelle Familienverständnis des EGMR und die Lebenswirklichkeit zahlreicher Menschen aus.¹⁸ So leben in Österreich etwa 154.000 alleinerziehende Mütter und 21.000 alleinerziehende Väter mit Kindern unter 27 Jahren.¹⁹ Rund 43% aller Ehepaare in Österreich sind kinderlos.²⁰ Rund 35.000 Eheschließungen stehen rund 19.000 Scheidungen pro Jahr gegenüber.²¹ Wie viele Kinder in Regenbogenfamilien²² leben, wurde bislang von der Statistik Austria noch nicht erhoben. Eine diesbezügliche Änderung ist jedoch durch die Einführung des EP-G zu erwarten.²³ § 2 Abs 1 FMedG bestimmt, wer FMed-Maßnahmen für sich in Anspruch nehmen kann. Von den Nicht-Erwähnten und somit Ausgeschlossenen betrachten wir zunächst die alleinstehenden Frauen. Darunter verstehen wir Frauen, die als Singles leben. Ihr Ausschluss beschäftigte bereits den historischen Gesetzgeber. In den EB zur RV wird ihr Ausschluss damit begründet, dass das in Art 12 EMRK statuierte Recht auf Familiengründung, das auch das Recht auf Fortpflanzung umfasst, nur jeweils einem Mann und einer Frau gemeinsam zukomme.²⁴ Zudem würde die Anwendung von fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen bei alleinstehenden Frauen auf „[...] überwiegende gesellschaftliche Ablehnung [...]“²⁵ stoßen und der Vorrang der natürlichen Fortpflanzung müsse absolut sichergestellt werden. Ein Missbrauch der FMed in Form der

17 *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte 2009⁶, 93 f; *Weber*, Eheideal und Eherecht (1914) in: *Weber* (Hrsg), Frauenfragen und Frauengedanken. Gesammelte Aufsätze (1919) 12.

18 Zur aktuellen Auslegung des Familienbegriffs in Art 12 EMRK durch den EGMR: *Guerrero*, Gleichgeschlechtliche Familien. Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext, *juridikum* 4/2010, 391–401.

19 http://www.statistik.at/web_de/static/ergebnisse_im_ueberblick_privathaushalte_und_familien_040791.pdf (Stand 14.3.2011).

20 http://www.statistik.at/web_de/wcmsprod/groups/public/documents/sitestudio/pdf_icon.gif (Stand 15.3.2011).

21 http://www.statistik.at/web_de/static/ergebnisse_im_ueberblick_eheschliessungen_023945.pdf (Stand 15.3.2011); http://www.statistik.at/web_de/static/ergebnisse_im_ueberblick_scheidungen_022912.pdf (Stand 15.3.2011).

22 „Regenbogenfamilien“ sind gleichgeschlechtliche Paare mit Kind(ern). Zu Regenbogenfamilien allgemein: *Rauchfleisch*, Kinder in „Regenbogenfamilien“. Aufwachsen in „anderen Lebensbedingungen“, *iFamZ* 2008, 210–213.

23 Siehe auch die neue Rubrik auf der Website der Statistik Austria: http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/gleichgeschlechtliche_partnerschaften_eintragung_und_aufloesung/index.html (Stand 15.3.2011).

24 Erl RV 216 Blg NR 18 GP, 12. Kritisch dazu bereits *Bernat*, Das Recht der medizinisch assistierten Zeugung (1990) – eine vergleichende Bestandsaufnahme, in *Bernat* (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin. Wertung und Gesetzgebung (1991) 67.

25 Ebenda, 13.

Leihmutterchaft müsse unterbunden werden.²⁶ Die FMed soll laut den EB nur als Fertilitätsbehandlung und nur als ultima ratio subsidiär zur „natürlichen“ Zeugung durch Geschlechtsverkehr eingesetzt werden.²⁷ Die überwiegende gesellschaftliche Ablehnung, die nicht empirisch erhoben, sondern lediglich vermutet wurde, wurde in Folge vom JA, der mit der Überarbeitung der RV beauftragt war, nicht mehr als tauglicher Grund anerkannt.²⁸ Um jedoch die Subsidiarität der FMed sicherzustellen und die Leihmutterchaft „[...] in allen Formen auszuschalten [...]“²⁹ sei es erforderlich, die FMed auf verheiratete und in einer heterosexuellen eheähnlichen Lebensgemeinschaft lebende Paare zu beschränken. Repräsentativ für jene Stimmen, die es kritisch sehen, dass Frauen durch die FMed ihren Geschlechtspartner ersetzen könnten, steht die Äußerung Bernats: „Die Insemination soll hier nämlich in aller Regel nicht die Befruchtungsunfähigkeit des Geschlechtspartners, sondern diesen selbst ersetzen!“³⁰ Auch das Kindeswohl wird als Argument ins Treffen geführt,³¹ denn ein Kind habe in einer „vollständigen Familie“ bessere Entwicklungsmöglichkeiten. Engel weist darauf hin, dass Alleinstehende stets auf Fremdsamen angewiesen und dass ihre Kinder durch § 163 Abs 4 ABGB vaterlos wären.³² Es gibt jedoch auch Stimmen, die dafür plädieren, alleinstehenden Frauen die Inanspruchnahme der FMed zu ermöglichen.³³ Selbst wenn aus Art 12 EMRK kein Recht auf Fortpflanzung abgeleitet werden kann, geht etwa Engel davon aus, dass alleinstehenden Frauen deswegen noch kein Verbot der Inanspruchnahme der FMed auferlegt werden muss.³⁴ Dem ist vor allem dann beizupflichten, wenn man bedenkt, was die legale Alternative ist: Die Suche nach einem „Samenspender“ auf „natürlichem Weg“, sprich: ungeschützter Geschlechtsverkehr mit – im schlimmsten Fall – Fremden. Als zweite Gruppe der Ausgeschlossenen gelten gleichgeschlechtliche Paare. Sie sind – unabhängig davon, ob sie in einer eingetragenen Partner_innen_schaft oder in einer Lebensgemeinschaft leben – in Österreich von der Inanspruchnahme der FMed ausgeschlossen. Mit der Einführung des EP-G³⁵ sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit gegeben, diesen Ausschluss zu bekräftigen und fügte in § 2 Abs 1 FMedG den eheähnlichen Gemeinschaften die aus § 44 ABGB³⁶ seit 1811 bekannte Eigenschaft „verschiedenen

26 Ebenda, 11; *Riedl*, Embryonenimplantation nach Scheidung?, EF-Z 48/2008, 84-88.

27 Ebenda, 16; *Aichhorn* 2003, 39.

28 Bericht JA 490 Blg NR 18 GP, 2.

29 Ebenda, 2.

30 *Bernat*, Zivilrechtliche Fragen um künstliche Humanproduktion, in: *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 146. Für weitere Nachweise dieser Ansicht siehe *Engel* 1997, 259 FN 118. *Engel* weist auch darauf hin, dass dieses Argument nicht greift, wenn die Alleinstehende ohnehin aus medizinischen Gründen FMed in Anspruch nehmen müsste. Ebenda, 259.

31 Für weitere Nachweise dieser Ansicht siehe *Engel* 1997, 259 FN 118.

32 *Engel* 1997, 260.

33 *Grüblinger* 2010, 228; Wohl auch *Engel* 1997, 258 und 260.

34 *Engel* 1997, 258.

35 BGBl I 135/2009.

36 JGS 946/1811.

Geschlechts“ bei.³⁷ Freilich schloss bereits der historische Gesetzgeber gleichgeschlechtliche Paare von der FMed aus. Das lässt sich erneut aus den Materialien schließen, in denen die Rede davon ist, dass das Recht auf Familiengründung nur einem Mann und einer Frau gemeinsam zukommt.³⁸ Begründet wird der Ausschluss nur kurz unter Verweis auf die Missbrauchsgefahr durch die Leihmutterschaft,³⁹ an die freilich primär bei einem schwulen Paar zu denken wäre.⁴⁰

Als dritte Gruppe der Ausgeschlossenen weist Memmer⁴¹ auf Geschwistergemeinschaften hin. Allgemein können diese zu einer Gruppe mit all jenen Beziehungsformen zusammengeschlossen werden, in denen zwei oder mehr Menschen gemeinsam Kinder „bekommen“ wollen und keiner der bisher genannten Gruppen zugehören.

Die Ausschlüsse bestimmter Beziehungsformen von der legalen Inanspruchnahme der FMed werden ergänzt durch die Beschränkung der FMed-Techniken. Die Insemination ist sowohl mit Sperma des eigenen Partners als auch – im Fall von dessen Unfruchtbarkeit – mit Sperma eines Dritten zulässig. Überspitzt formuliert ist fehlerhaftes Sperma ersetzbar. Wir treffen in § 3 FMedG iVm § 1 Abs 2 FMedG auf eine unterschiedliche Bewertung der homologen und der heterologen Systeme sowie der Technik der Insemination und der IVF. Wie werden aber diese unterschiedlichen Bewertungen begründet? Wir gehen zunächst auf die Argumente für das homologe und gegen das heterologe System ein und diskutieren im Anschluss die unterschiedliche Bewertung der Insemination und der IVF.

Bereits die systematische Auslegung ergibt den Vorrang des homologen Systems: § 3 Abs 1 FMedG ordnet zunächst das homologe System an. § 3 Abs 2 FMedG öffnet das heterologe System für die Insemination, wenn der Partner nicht fortpflanzungsfähig ist. Dies geht somit mit dem bereits skizzierten Subsidiaritätsprinzip einher. In den Materialien ist vom „wünschenswerten Vorrang“⁴² des homologen Systems die Rede. Der technische Aufwand einer FMed sei nur im homologen System hinnehmbar.⁴³ Eine Aufspaltung der Mutterschaft solle vermieden werden. Gemeint ist damit das Aufkommen einer genetischen, austragenden und allenfalls einer sozialen Mutterschaft. Mehrere Mütter eines Kindes wären nicht erwünschtes „Neuland“,⁴⁴ das zu schweren psychischen Konflikten beim Kind und den involvierten Frauen führen könnte. Allgemeiner ist

37 Der OGH ortet gerade in diesem Zusatz unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR einen möglichen Verstoß gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK und damit eine Verfassungswidrigkeit. Daher beantragte der OGH die Wortfolge als verfassungswidrig aufzuheben (OGH 22.3.2011, 3Ob147/10d). Das Verfahren ist im Zeitpunkt des Verfassens des Artikels noch anhängig.

38 Erl RV 216 Blg NR 18 GP, 12.

39 Ebenda, 11.

40 *Grüblinger* plädiert generell dafür, die Methoden der FMed auch gleichgeschlechtlichen Paaren zugänglich zu machen. *Grüblinger* 2010, 228 f.

41 *Memmer*, Eheähnliche Lebensgemeinschaften und Reproduktionsmedizin, JBl 1993, 300.

42 Bericht JA 490 Blg NR 18 GP, 2.

43 Erl RV 216 Blg NR 18 GP, 16 f.

44 Ebenda, 13.

die Rede davon, dass durch das heterologe System ungewöhnliche persönliche Beziehungen geschaffen werden könnten.⁴⁵ Die Ausbeutung weiblicher Fruchtbarkeit und Gebärfähigkeit solle vermieden werden. Die Missbrauchsgefahr – die überwiegend mit der Leihmutterchaft gleichgesetzt wird – solle reduziert werden.⁴⁶ Bei der homologen Anwendung komme es zu keiner Aufspaltung der Elternschaft, keiner Ausnützung und Ausbeutung der Fortpflanzungsfähigkeit und Fruchtbarkeit der Beteiligten und die Auswahl des Kindes nach bestimmten genetischen Kriterien komme nur eingeschränkt vor.⁴⁷ Die zulässige homologe IVF ist nicht nur im Gegensatz zur heterologen erlaubt, sondern wird seit dem Jahr 1999 mit bis zu 70% der Kosten⁴⁸ staatlich über einen Fonds mitfinanziert.

Generell stand somit der Gesetzgeber dem heterologen System ablehnend gegenüber und ließ es nur für die Insemination, nicht jedoch für die IVF zu. Das wurde damit begründet, dass die Insemination schon seit Längerem angewendet werde, sie in der Anwendung einfach und daher (!) schwer kontrollier- und verhinderbar sei.⁴⁹ Alle Risiken des heterologen Systems wären bei der IVF stärker ausgeprägt. So heißt es etwa in den Materialien: „Der hohe technische Aufwand, die potentiell weitgehende Entfernung dieser Methoden von den Gegebenheiten der natürlichen Fortpflanzung, die Möglichkeiten der Schaffung ungewöhnlicher persönlicher Beziehungen sowie die drohende Belastung, Ausbeutung und Ausnützung der Frau sprechen für das Verbot solcher [heterologer] Verfahren.“⁵⁰ Und weiter: „Die Sonderbehandlung der Insemination mit Fremdsamen beruht auf deren vergleichsweise einfachen Handhabung und der dadurch erschwerten Überprüfbarkeit; zudem lässt sich die Anwendung dieser schon seit vielen Jahren gängigen Methode durch gesetzliche Schranken kaum mehr ausschließen.“⁵¹ Der VfGH behielt die Argumentation des historischen Gesetzgebers bei und stützte sich auf ihn: „Der Gesetzgeber hat durch die Zulassung der Samenspende Dritter bei Insemination, welche nicht nur seit längerer Zeit schon praktiziert wurde, sondern auch der natürlichen Methode am nächsten kommt und – soweit überblickbar – mit den verhältnismäßig geringsten nachteiligen Konsequenzen verbundenen sein dürfte, auch eine heterologe Form der medizinisch unterstützten Fortpflanzung auch auf nichteheliche Gemeinschaften erstreckt und dadurch auch deren Interessen weitreichend Rechnung getragen.“⁵² Dem ist mit Bernat entgegenzuhalten, dass nicht die Technik einen höheren

45 Ebenda, 11 und 16 f. Als Argumente gegen die Doppelmutterchaft werden etwa von Bernat angeführt: dass es keine Mütter geben darf, weil es keine zwei Väter gibt; die Doppelmutterchaft sei dem geltenden Familienrecht völlig systemfremd; der Grundsatz *mater semper certa* est müsse beibehalten werden. *Bernat*, Zivilrechtliche Fragen um künstliche Humanproduktion in *derselbe* Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 163.

46 Ebenda, 13 und 16 f.

47 Bericht JA 490 Blg NR 18 GP, 2.

48 Vgl IVF-Fonds-Gesetz BGBl I 180/1999 idF BGBl I 3/2010; *Bernat* 2000, 115.

49 Bericht JA 490 Blg NR 18 GP, 2.

50 Erl RV 216 Blg NR 18 GP, 11.

51 Ebenda. Beinahe wortgleich: Bericht JA 490 Blg NR 18 GP, 2.

52 VfGH 14.10.1999, G 91/98.

Aufwand der heterologen IVF bedeutet, sondern dass der einzig höhere Aufwand der heterologen Variante darin besteht, Fremdsamen akquirieren zu müssen.⁵³

3. Das Recht der Fortpflanzungsmedizin: Ausdruck staatlicher Biopolitik

Bislang haben wir gezeigt, welche Gruppen das Gesetz mit welchen Begründungen von der Inanspruchnahme der FMed ausschließt und mit welchen Begründungen die IVF und die Insemination unterschiedlich bewertet werden. Die angeführten Argumente verstehen wir als Ausdruck und das FMedG als offenkundiges Instrument der staatlichen Biopolitik,⁵⁴ weil das FMedG bestimmt, wer sich mit welchen Mitteln der FMed reproduzieren darf. Damit wird die positive Freiheit sich fortzupflanzen⁵⁵ für alle anderen eingeschränkt. Das FMedG als soziale und rechtliche Norm schränkt die Handlungsmöglichkeit der Rechtsunterworfenen „stärker“ ein als die Biologie. Denn es verbietet teilweise technisch bereits mögliche fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen und schließt bestimmte Personengruppen ganz von der FMed aus. Insofern lässt sich von einer stärkeren sozialen und rechtlichen Determination im Gegensatz zu einer biologischen Determination der menschlichen Fortpflanzung sprechen. Die Subsidiarität der FMed verdeutlicht dies noch stärker. Denn die FMed soll nur dazu dienen, Infertilität zu behandeln, nicht jedoch die Fortpflanzung an sich vom heterosexuellen Geschlechtsverkehr zu lösen. Dies wäre biologisch möglich, wird jedoch rechtlich unterbunden. Der Staat greift durch das FMedG in einen höchstpersönlichen Bereich ein und reduziert bewusst die Entscheidungsspielräume hinsichtlich der Nutzung der FMed. Die Regulierung der FMed ist im Sinne Foucaults ein Teil der Verwaltung, Bewirtschaftung und Ordnung des Lebens der Rechtsunterworfenen.⁵⁶ Das FMedG vor einem Biomacht-Hintergrund zu betrachten, heißt, dass wir davon ausgehen, dass im Zusammenspiel mit anderen sozialen Steuerungsmechanismen die Rechtssubjekte diszipliniert werden. Ziel der staatlichen Biopolitik ist es, eine Grundlage des Staates – nämlich das Staatsvolk – zu „sichern“. „[D]enn ohne Menschen gibt es keinen Staat.“⁵⁷ Bei rückgängiger Fertilität, einem im eigenen Leben auf später aufgeschobenen Kinderwunsch und einer sinkenden Kinderzahl pro Kopf könnte es im öffentlichen Interesse liegen, die FMed

53 Bernat 2000, 117.

54 Unter „Biopolitik“ verstehen wir unter Bezugnahme auf Foucault: Ein reflektiertes, zielorientiertes, staatliches Regierungshandeln, das unmittelbar auf die Körper der „Rechtssubjekte“ wirkt und wirken soll, um die Bevölkerung/den Gesellschaftskörper (gesund) zu erhalten. Foucault, *Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit I* (1983); derselbe, *Die Geburt der Biopolitik 1979*, in: *Defert/Ewald* (Hrsg) Michel Foucault. Schriften in vier Bänden. Dits et Ecrits III 2003, 1020–1028. Umfasst davon sind etwa folgende Bereiche: „Gesundheit, Hygiene, Geburtenziffern, Lebensdauer, [...]“. Ebenda, 1020. Bevölkerungspolitik ist in diesem Verständnis Biopolitik.

55 Verstanden als Anspruch auf Teilhabe an den nichtkoitalen Methoden menschlicher Reproduktion.

56 Foucault 1983, 132.

57 Thomasberger, Mehr Kinder – weniger Kinderpolitik. Aktuelle Politiken zum „Wohle“ von Familien, *juridikum* 2/2000, 111.

möglichst vielen zugänglich zu machen.⁵⁸ „Das Kinderkriegen [kann] nicht mehr ausschließlich als Privatsache gesehen [werden].“⁵⁹ Für das Funktionieren der Biopolitik greift das FMedG auf Gynäkolog_inn_en zurück. Will jemand die FMed in Anspruch nehmen, führt der Weg kaum an einem Gynäkologen oder einer Gynäkologin vorbei. Diese kennen die Bestimmungen des FMedG und treffen die in § 22 bis 25 FMedG angeführten Sanktionen, wenn sie Behandlungen vornehmen, die diesen Bestimmungen widersprechen. Die unmittelbare Rechtskenntnis der Rechtssubjekte wird in diesem Sinn durch die der Expert_inn_en ersetzt, die insofern als Vermittler_innen der Rechtskenntnis bezeichnet werden können. Die in § 18 und § 19 FMedG und in der diese Bestimmung präzisierenden Fortpflanzungsmedizin-Verordnung⁶⁰ vorgesehenen Dokumentations- und Berichtspflichten, die Gynäkolog_inn_en und Krankenanstalten gegenüber den Landeshauptleuten erfüllen müssen, sind geradezu ein klassisches Beispiel für den von Foucault beschriebenen Disziplinierungsmechanismus. Als Mechanismen, die zur Disziplinierung führen, nennt Foucault: 1) den zwingenden Blick,⁶¹ 2) die normierende Sanktion⁶² und 3) Prüfungen⁶³. Der zwingende Blick wird unmittelbar durch die gesetzliche Regelung erzeugt. Die Ärzt_inn_en und Krankenanstalten wissen, was sie dokumentieren müssen und unter welchen Umständen sie welche FMed-Maßnahme durchführen dürfen. Die Verordnung besteht überwiegend aus Tabellen für die Erfassung der Behandlungen. Der Blick wird durch die bereitgestellten Tabellen gelenkt. Die in den Tabellen vorgegebenen Erfassungsfelder werden ausgefüllt und die Ärzt_inn_en konzentrieren sich auf die Erfassung dieser Daten. Die Sanktionen statuieren §§ 23 bis 35 FMedG. Ihnen kommt normierender Charakter zu, wenn die Ärzt_inn_en und Krankenanstalten versuchen, die Sanktionen – in Form von Strafzahlungen – zu vermeiden. Vollendet wird der Disziplinierungsmechanismus durch die von den Landeshauptleuten veranlasste Prüfung der Berichte. Ob eine Überprüfung erfolgt oder nicht ist für die Ärzt_inn_en und Krankenanstalten nicht vorhersehbar. Im Zweifelsfall müssen sie von einer Überprüfung ausgehen. Sie wissen lediglich um ihre Berichtspflicht und um die Sanktionen, die sie treffen können, wenn sie wider die Vorschriften des FMedG handeln. Durch das Führen und das Abgeben der Berichte wird ihnen verdeutlicht, dass sie in ihrer Tätigkeit überwacht und jederzeit überprüft werden können. Abweichendes Verhalten ist ihnen damit bewusster und innerlich stärker erschwert als ohne Berichts-

58 *Thomasberger*, Familienpolitik als Bevölkerungspolitik. Mehr Kinder braucht das Land, in: *juridikum* 2/2000, 123; *Weh*, Beschränkungen des Rechts auf eigene Kinder. Das Fortpflanzungsmedizingesetz im Lichte der Menschenrechte, *juridikum* 2/2000, 120 f. Im Jahr 2009 sind 61,5% der Gesamtbevölkerung im Erwerbsalter (zwischen 20 und 64 Jahre) und 21% unter 20 Jahre sowie 17,5% über 65 Jahre alt. Die Quote derjenigen im Erwerbsalter wird als rückläufig betrachtet, weil der Anteil der unter 20-Jährigen sinkt http://www.statistik.at/web_de/static/jahresdurchschnittsbevoelkerung_seit_1981_nach_geschlecht_bzw_breiten_alt_023426.pdf (Stand 15.3.2011).

59 Ebenda, 125.

60 BGBl II 362/1998.

61 *Foucault*, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses.² (1977) 221–229.

62 Ebenda, 229–238.

63 Ebenda, 238–250.

und Dokumentationspflicht. Dem FMedG liegt genauso wie jeder anderen Rechtssetzung die Überzeugung zugrunde, dass dem gesetzten Recht Verhaltenssteuerungspotential zukommt. Generell lässt sich das Verhaltenssteuerungspotential einer Norm rechtssoziologisch über die Koppelung des gesetzten Rechts an Verhaltenserwartungen erklären.⁶⁴ Für die behandelnden Ärzt_inn_en ergibt sich das Steuerungspotential über den skizzierten Disziplinierungsmechanismus. Das Verhaltenssteuerungspotential wirkt jedoch in Bezug auf das FMedG nur bedingt, denn die Ausgeschlossenen weichen in der Regel für das Durchführen der FMed-Maßnahmen in Staaten aus, in denen ihnen die FMed-Maßnahmen zugänglich sind. Das kann daran liegen, dass die im FMedG ausgedrückten Verhaltenserwartungen nicht mehr mit jenen der Ausweichenden, Ausgeschlossenen und eventuell auch der Mehrheit der österreichischen Bevölkerung übereinstimmen. Das Ausweichen führt zu einem Fortpflanzungstourismus, auf den wir im nächsten Unterkapitel eingehen.

Zunächst werfen wir aber noch einen Blick auf die Verhaltenserwartungen, die im FMedG ausgedrückt sind. Sie werden spätestens durch den Blick in die Materialien offenkundig und lassen sich auf sechs Punkte reduzieren:

- 1) Ein Mann und eine Frau sollen sich gemeinsam durch Geschlechtsverkehr „natürlich“ fortpflanzen.
- 2) Dieser Mann und diese Frau sollen miteinander in einer auf Dauer angelegten Beziehung leben.
- 3) Sie sollen dadurch, dass sie gemeinsam ein Kind zeugen, eine Familie gründen.
- 4) Die FMed soll für die Familiengründung nur in Anspruch genommen werden, wenn es aufgrund von Infertilität anders nicht möglich ist, eine Familie zu gründen.
- 5) Fremdspermium soll nur durch Insemination „genutzt“ werden.
- 6) Kinder sollen einen Vater und eine Mutter haben und mit diesen gemeinsam leben.

Diese Verhaltenserwartungen sind alle auf das traditionelle Familienmodell rückführbar und so wird deutlich, dass durch das FMedG ausschließlich das traditionelle Familienmodell gesichert werden soll.⁶⁵ Das Ziel der Absicherung des traditionellen Familienmodells wird aber vom FMedG selbst teilweise unterlaufen und im österreichischen Familienrecht mehrfach durchbrochen. Das Entstehen der vom historischen Gesetzgeber und im Anschluss daran auch vom VfGH⁶⁶ verpönten „ungewöhnlichen“ Beziehungen wird durch das FMedG und die mit ihm im Zusammenhang entstandenen Änderungen im Familienrecht bewirkt. So gibt es einige Fälle der rechtlich vaterlosen Kinder.

64 Vgl. beispielhaft: *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (1964) 57 f; *Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats³ (1993) 49 und 241 f; *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993) 199.

65 Das Modell wurde jedoch vom Gesetzgeber als von der Bevölkerung gewolltes Leitmodell unterstellt, ohne diese Annahme empirisch zu überprüfen. Darin zeigt sich ein Problem des Repräsentationsprinzips, wenn die Handelnden es nicht verstehen, ihre Annahmen regelmäßig empirisch zu „überprüfen“.

66 VfGH 14.10.1999, G 91/98.

Wie es zu vaterlosen Kindern im Zusammenhang mit FMed kommen kann, führen wir exemplarisch aus:⁶⁷ Bei der heterologen Insemination gilt rechtlich derjenige als Vater des Kindes, der als Lebensgefährte oder Ehemann der biologischen und rechtlichen Mutter der Insemination zugestimmt hat. Der Samenspender ist gemäß § 163 Abs 4 ABGB von der rechtlichen Vaterschaft ausgeschlossen, wenn er als Dritter für die heterologe Insemination in einer für die Insemination zugelassenen Krankenanstalt seinen Samen mit dem Willen, nicht selbst rechtlicher Vater des Kindes zu werden, zur Verfügung stellt.⁶⁸ „Der Wille zur Vaterschaft ist [in diesem Zusammenhang] das konstitutive Element der Vaterschaft, das die Zeugung substituiert.“⁶⁹ Der Lebensgefährte kann rechtlich nicht Vater des Kindes werden, wenn er der heterologen Insemination nicht in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat.⁷⁰ Zudem ist ein Kind rechtlich vaterlos, wenn es mit Fremdsamen gezeugt wird und der Ehemann der Mutter der Insemination nicht zugestimmt hat. Dem Ehemann steht die Feststellung der Nichtabstammung nach § 156 Abs 2 iVm § 157 ABGB zu, wenn das Kind tatsächlich nicht durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt wurde.⁷¹ In diesem Fall kommen weder der Samenspender noch der Ehemann als rechtlicher Vater des Kindes in Betracht.⁷² Ein Kind ist rechtlich zudem vaterlos, wenn ein Anerkenntnis der Vaterschaft nach § 164 ABGB vom Gericht als rechtsunwirksam erklärt und kein anderer als Vater festgestellt wird. Exemplarisch für jene, die vehement gegen die rechtliche Vaterlosigkeit auftreten, lassen wir Memmer kurz zu Wort kommen: „In Fällen, in denen kein anderer Mann als rechtlicher Vater zur Verfügung steht, muss rechtens sein, dass der natürliche Vater [...] außerehelicher Vater des Kindes ist.“⁷³

Das FMedG und die Bestimmungen im ABGB zur Anerkennung und Feststellung der rechtlichen Vaterschaft führen nicht nur in Einzelfällen zu vaterlosen Kindern, sondern

67 Memmer 1993, 304–306; Engel 1997, 260 und 270–275. Wenn ein Kind rechtlich nur einen Vater oder eine Mutter hat, ist dieses Kind insofern benachteiligt, als es in der Regel nur dem anderen Elternteil gegenüber einen Unterhalts- und erbrechtlichen Anspruch hat. Zum Recht des Kindes auf Kenntnis seines biologischen Vaters: § 20 Abs 2 FMedG, Engel 1997, 265 ff mwN.

68 Hopf in Koziol/Bydliński/Bollenberger, ABGB³ (2010) § 163 Rz 7 mwN; Nademleinsky in Schwimann, ABGB Taschenkommentar (2010) § 163 Rz 6.

69 Bernat in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2005) § 163 Rz 6.

70 Hopf in Koziol/Bydliński/Bollenberger, ABGB³ (2010) § 163 Rz 6 mwN; Nademleinsky in Schwimann, ABGB Taschenkommentar (2010) § 163 Rz 5.

71 Hopf in Koziol/Bydliński/Bollenberger, ABGB³ (2010) §§ 156–158 Rz 4 mwN; Nademleinsky in Schwimann, ABGB Taschenkommentar (2010) § 157 Rz 1; Bernat in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2005) § 157 Rz 2.

72 Aichhorn 2003, 46 mwN. Aichhorn gesteht dem Samenspender jedoch die Möglichkeit des freiwilligen Vaterschafts- anerkennnisses zu. Aichhorn 2003, 49. Auch: Bernat in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2005) § 163 Rz 14. Ausgeschlossen ist die rechtliche Vaterlosigkeit im Fall der erfolgreichen Ehelichkeitsbestreitungsklage, wenn das Kind mit dem Samen des Lebensgefährten der biologischen Mutter gezeugt wurde. Dann gilt der Lebensgefährte als rechtlicher Vater.

73 Ebenda. Dennoch kannte das österreichische Recht vaterlose Kinder schon vor dem FMedG. Etwa in § 163a ABGB ist das Recht von Müttern, den Vater nicht bekanntzugeben, statuiert. Dieses Recht hat für die Kinder denselben Effekt: sie haben rechtlich keinen Vater. So haben auch Waisen, die von einer alleinstehenden Frau nach § 179 ABGB adoptiert werden, rechtlich keinen Vater.

auch dazu, dass die biologische, die soziale und die rechtliche Elternschaft auseinanderfallen: Bei der heterologen Insemination besteht keine biologische Verwandtschaft zum rechtlichen Vater. Es würden also genau jene Beziehungsformen entstehen, die als ungewöhnliche Beziehungen von der Rechtsordnung vermieden werden sollen.⁷⁴ In diesem Sinn argumentierte auch bereits die Partei in dem, dem EGMR-Verfahren *S.H. ua gegen Österreich* vorangegangenen Verfahren, vor dem VfGH: „Die persönlichen Beziehungen, die ein Kind hat, das durch IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen gezeugt worden ist, sind aber nicht ungewöhnlicher als die persönlichen Beziehungen eines durch heterologe Insemination (§ 2 Abs 2 Z 1 FMedG) gezeugten Kindes [...]“. ⁷⁵ Beim bislang verbotenen heterologen Embryotransfer wäre hingegen die rechtliche Mutter auch eine biologische Mutter des Kindes. Der EGMR wies darauf hin, dass dem österreichischen Recht „ungewöhnliche Beziehungsformen“ schon länger bekannt sind. Er verweist etwa auf die Möglichkeit der Adoption, durch die die Elternschaft rechtsgeschäftlich erzeugt wird.⁷⁶ Das FMedG schafft zudem „ungewöhnliche Beziehungen“, indem es in § 20 Abs 2 FMedG dem Kind die Möglichkeit offenhält, den Namen des Samenspenders – also des biologischen Vaters – in Erfahrung zu bringen. Daraus entsteht aber kein Rechtsverhältnis zwischen diesem biologischen Vater und dem Kind.⁷⁷ Die im FMedG ausgedrückten Verhaltenserwartungen sind nicht mehr zeitgemäß und schließen eine Vielzahl von Lebensformen aus. Wir bezweifeln, dass das Recht ein geeignetes Instrument ist, um Lebensformen, die vom traditionellen Familienmodell abweichen, zu unterbinden. Vielmehr gehen wir davon aus, dass eine solche Intention nicht mehr zeitgemäß ist und die Verwirklichung zumindest einer der Funktionen des Rechts, nämlich selbstbestimmte Vielfalt zu ermöglichen,⁷⁸ verhindert. Diese selbstbestimmte Vielfalt könnte durch das rechtliche Absichern der ohnehin schon vorhandenen sozialen oder funktionalen Elternschaft⁷⁹ erreicht werden. Demnach sind jene Personen als Eltern eines Kindes vom Recht anzuerkennen, die sich tatsächlich um das Kind kümmern. Diesen Personen sollten unabhängig vom Geschlecht und dem Verhältnis, in dem sie zueinander stehen, die Rechte und Pflichten aus dem Eltern-Kind-Verhältnis zukommen. Sie sollten mit der Obsorge betraut sein, die Unterhaltspflicht übernehmen usw.

74 „Die in Österreich ständig praktizierte Fremdinsemination geht ihrerseits bereits vom sozialen und nicht mehr vom biologischen Elternbegriff aus und ist heute gesellschaftlich unumstritten.“ *Web*, juridikum 2000, 120.

75 Parteinovorbringen in VfGH 14.10.1999, G 91/98, VfSlg 15632.

76 EGMR 1.4.2010, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/00 Z 82.

77 Diesen Widerspruch hat bereits Engel moniert: *Engel* 1997, 266. Das Besuchsrecht des Samenspenders für das Kind wurde hingegen vom LG Salzburg anerkannt: LG Salzburg 28. 8. 2003, 21 R 304/03g.

78 *Baer*, Inklusion und Exklusion. Perspektiven der Geschlechterforschung in der Rechtswissenschaft, in *Verein Pro FRI – Schweizerisches Feministisches Rechtsinstitut*, Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft (2001) 50; *Baer*, Recht: Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung – Gender-Studium zum Recht, in: *Becker/Kortendiek* (Hrsg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung. Theorie, Methoden, Empirie (2008) 552.

79 *Guerrero*, Jenseits der Kernfamilie „Funktionale Elternschaft“, eine progressive Alternative aus den USA, juridikum 2/2010, 143-156.

Dass das faktisch in Österreich in zahlreichen „Familien“ jenseits des Rechts bereits passiert, ist ein starkes Argument, um das Familienrecht wieder einmal der sozialen Wirklichkeit anzupassen. Ein vielleicht besseres Argument gegenüber den konservativen Verfechter_inne_n des traditionellen Familienmodells und Familienbegriffs mag sein, dass solche Änderungen durch die neuere Rechtsprechung zur Art 8 und Art 12 EMRK des EGMR auf Österreich zukommen werden.⁸⁰ Das Feld der geschützten Lebensformen hat sich seit den großen Familienrechtsreformen der 1970er Jahre in Österreich grundlegend erweitert und erkennt nunmehr selbstverständlich neben der Ehe auch die heterosexuelle Lebensgemeinschaften. Damit ging eine weitgehende rechtliche Gleichstellung von ehelichen und unehelichen Kindern einher. Nun fehlt noch, dass nicht-heterosexuellen Beziehungen die Familieneigenschaft zuerkannt wird.

4. Die Rechtswirklichkeit für die von der FMed-Ausgeschlossenen: der Fortpflanzungstourismus

Die heutige FMed kennt mehrere Varianten der korporalen und extrakorporalen Fortpflanzung, im Sinne der Verwendung von weiblichen und/oder männlichen Fremdgameten. Diese Alternativen werden gesetzlich aber unterschiedlich geregelt, sodass innerhalb Europas eine heterogene Gesetzeslage zu beobachten ist. Staaten wie Österreich, Deutschland oder Italien verfolgen bis dato einen restriktiven Ansatz, wohingegen Spanien, Tschechien oder Rumänien der Fortpflanzungsindustrie gesetzlich die Tore öffnen. Diese Situation hat in den vergangenen Jahren zu einem regelrechten Fortpflanzungstourismus geführt, dessen Nachfrage primär auf dem Angebot an potentiellen Drittsamen beruht und sekundär auf den medizinischen Behandlungsmethoden.

So lässt sich vermehrt beobachten, dass lesbische Paare, denen die Insemination von Spendersamen in Österreich nicht erlaubt ist, auf Großbritannien, Dänemark oder Spanien ausweichen, deren Samenbanken lesbische Paare oder alleinstehende Frauen behandeln dürfen. Das Onlinereisebüro Rainbow Tourism bietet mit dem Angebot „Fétil Relax“ eine Woche in einem fünf Sterne Hotel an der Costa Blanca an, verbunden mit der Fortpflanzungsbehandlung im Instituto Bernabeu. Kostenpunkt für eine derartige Befruchtungsreise: 600 Euro für das Hotel, 1000 bis 1500 Euro für eine einfache Samenspende und rund 7000 Euro für Eizellenspende und/oder In-vitro-Befruchtung.

Parallel dazu wählen andere lesbische Paare den Weg, Spendersamen im Internet zu erwerben, beispielsweise in den USA und diesen dann nach Österreich bringen zu lassen (Kostenpunkt rund 3000 Euro), um die Befruchtung selbst durchzuführen.

Diese beispielhaft angeführten faktischen Möglichkeiten werden durch das österreichische Recht begrenzt. Betrachten wir zunächst die alleinstehende Frau, die sich im Aus-

80 OGH 22.3.2011, 3 Ob147/10d; *Grüblinger* (2010).

land entweder durch IVF oder Insemination befruchten lässt. Sie ist, da sie ihr Kind austrägt und gebiert, zumindest teilweise die biologische – nämlich planzentare – Mutter. Das Recht knüpft daran an, welche Frau das Kind geboren hat. § 137b ABGB legt fest, dass sie als Mutter des Kindes gilt. Somit entsprechen sich die biologische, soziale und rechtliche Mutterschaft in dieser Konstellation. Es schadet nicht, dass die Frau sich im Ausland nach den dortigen Bestimmungen befruchten hat lassen. Das österreichische Recht fragt nicht danach, wie eine Frau schwanger wurde, wenn sie es erst einmal ist. Das gleiche gilt für eine Frau, die mit ihrer Partnerin – egal ob die beiden in einer eingetragenen oder nicht eingetragenen Partnerschaft leben – eine Befruchtungsreise antritt und das gemeinsame Kind gebiert. Anders fällt hingegen die rechtliche Bewertung der Elternschaft ihrer Partnerin aus. Unabhängig von jeglichen Vereinbarungen, die zwischen den beiden sozialen Müttern bestehen, unabhängig davon, wie ihre Beziehung rechtlich einzuordnen ist und auch unabhängig davon, ob und wie sie mit dem Kind zusammenlebt, kann die Partnerin der biologischen Mutter rechtlich nicht auch Mutter des Kindes sein. Die rechtliche – also gebärende – Mutter kann zwar für das Kind gemäß § 163a Abs 1 ABGB auf einen Vater verzichten,⁸¹ sie kann aber keine zweite Mutter für das Kind vorsehen. Selbst dann nicht, wenn beide Frauen durch eine Eizellenspende die biologischen Mütter sind. Sowohl die soziale Elternschaft als auch die biologische ist für die rechtliche Elternschaft vollkommen unbeachtlich. Dass ein Kind mehr als eine Mutter und einen Vater haben kann, wird vom österreichischen Familienrecht bislang ignoriert. Darin kann eine Benachteiligung des Kindes gesehen werden, weil dem Kind auf diese Weise kein Unterhaltsanspruch gegenüber seiner zweiten sozialen Mutter entsteht. Verzichtet die Mutter auf die Bekanntgabe des biologischen Vaters, so bleiben dem Kind lediglich ein Unterhaltsanspruch auf seine austragende Mutter und ein fiktiver Anspruch gegenüber dem unbekanntem Samenspender. Sollte der gebärenden biologischen Mutter etwas zustoßen, haben weder das Kind noch die zweite soziale Mutter einen rechtlich abgesicherten Anspruch darauf, dass das Kind von der zweiten sozialen Mutter adoptiert werden kann.⁸²

Auch ein verschiedengeschlechtliches Paar könnte dem Fortpflanzungstourismus fröhnen, um mittels der FMed besseres genetisches Material als das eigene zu nutzen. Sie werden aber im Unterschied zu einem lesbischen Paar vom Recht geschützt. Die biologische Mutter ist – wie oben beschrieben – die rechtliche Mutter, sofern sie das Kind gebiert. Der Ehemann dieser Mutter wird unabhängig von seinem biologischen Beitrag nach § 138 ABGB als rechtlicher Vater vermutet und kann als dieser festgestellt werden.⁸³ Unabhängig vom Bestand einer Ehe oder der rechtlichen Qualifikation ihrer Be-

81 OGH 10.8.2006, 2Ob129/06v, SZ 2006/117. *Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ (2010) § 163a Rz 2 mwN.

82 *Guerrero* 2010, 391–401.

83 Zur Unterhaltspflicht des festgestellten Vaters: OGH 23.07.1997, 7 Ob 212/97w; LGZ Graz 30.4.1998, 1 R 164/98i.

ziehung haben heterosexuelle Paare die Möglichkeit, die Vaterschaft nach § 138 ABGB des Wunsch-Vaters anzuerkennen und nach § 163 ABGB feststellen zu lassen. Im Fall der Inanspruchnahme von FMed-Maßnahmen im Ausland obliegt es der Willensbildung der Wunscheltern, den Wunschvater als rechtlichen Vater feststellen zu lassen. Denn die biologische Vaterschaft wird vom Gericht im Rahmen der Vaterschaftsfeststellung nicht überprüft, wenn es dazu nicht veranlasst wird. Sofern sich die sozialen Eltern darüber einigen, dass der soziale Vater auch der rechtliche sein soll und der Samenspende nicht auf die Feststellung seiner Vaterschaft besteht, obliegt es also der freien Willensbildung des heterosexuellen Paares.

5. Abschließende Bemerkung

Der vorliegende Artikel zeigt, dass die Verwendung von Drittspermien für medizinisch unterstützte Fortpflanzung in Österreich nur beschränkt möglich ist. Dabei bestimmt die gesetzliche Situation nicht nur das Angebot von Spermien durch ein entgeltloses Spendersystem, sondern limitiert auch deren Verwendung im Sinne der potenziellen Elterngruppe, sowie der medizinischen Fortpflanzungstechniken. Mit anderen Worten verweigert sich der österreichische Gesetzgeber der in anderen Staaten vorherrschenden Ansicht, dass Spermien ein handelbares Gut sind, die von Personen, unabhängig von ihrem Geschlecht oder der Lebens- und Beziehungsform zum Zwecke der Fortpflanzung erworben werden können. Dieses restriktive Verständnis führt dazu, dass die von der FMed Ausgeschlossenen die faktischen Möglichkeiten jenseits des Rechts, wie beispielsweise den Fortpflanzungstourismus, in Anspruch nehmen. Wir plädieren abschließend dafür, dass die FMed allen gleichermaßen zugänglich gemacht oder gänzlich auf sie verzichtet wird.

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck. Zu ihren Arbeitsschwerpunkten zählen Familienrecht, Rechtssoziologie, Kritische Diskursanalyse und Legal Gender Studies. caroline.voithofer@uibk.ac.at

Dr.ⁱⁿ Magdalena Thöni ist Assistenzprofessorin in der Division für Gesundheitspolitik, -verwaltung und -recht am Department für Public Health und Health Technology Assessment der Privaten Universität für Gesundheitswissenschaften (UMIT) in Hall in Tirol. Zu ihren Arbeitsschwerpunkten zählen Medizin- und Gesundheitsrecht und Rechtsökonomie. magdalena.thoeni@umit.at

The Biopolitics of Gender in Iran: How a “Third Gender” has formed

Donna D. Azoulay

Introduction

In the Islamic Republic of Iran both the role of gender and the commitment to gender have resulted in a blatant deployment of power over individual bodies. Gender as defined in this context is masculine/feminine, where the stakes for masculinity are particularly high. Iran’s commitment to gender can be seen in various scenarios: The veiling of women (among other things)¹, the discourse surrounding transgenders², and the treatment of homosexuals, in particular, the treatment of male homosexuals. In this paper I will not be addressing all three scenarios posed above, but, rather, will be focusing on the treatment of homosexuals, and will be illuminating that discussion with references to the discourse surrounding transgenders.

Further, I will attempt to show that in the Islamic Republic of Iran the commitment to gender, which can also be described as the commitment to masculinity, has affected homosexual men by pushing them out of the masculine/feminine binary and into a “third gender.” This has been accomplished by what Foucault has described, the “*biopolitics of the populations*,”³ where through historical and philosophical discourse, the legal system and the literal control over bodies in the transgender context, the homosexual male has in effect been left outside the binary of masculine/feminine. Sexual politics of gender in Iran are further complicated because the commitment to gender has maintained a rigid division between the “active masculine” and the “passive feminine”, but in the context of the male homosexual has redefined “passive.” In doing so, the “passive homosexual male,” the “third gender” has been created. Where the “passive female” in Iran is struggling to have her voice heard,⁴ the “passive homosexual male” is struggling to have his voice recognized at all.

1 Raha Bahreini, *From Perversion to Pathology: Discourses and Practices of Gender Policing in the Islamic Republic of Iran*, 5(1) *Muslim World Journal of Human Rights* 5 (2008). Some examples of gender segregation in Iran include: In family law, men are given unilateral rights to divorce, child custody, and multiple marital partners. In cases of crime, the testimony of two women is equal to the testimony of one man. In a case of retribution, a woman’s life is worth half that of a man.

2 I will be using “transgender” and “transsexual” interchangeably.

3 Michel Foucault, *The History of Sexuality*, Volume 1: An Introduction 139 (Robert Hurley trans., Vintage Books 1978).

4 The purpose of this paper is not at all to undermine the struggle that women in Iran face. In fact, if I had more space, I would have addressed their struggle more fully, but given the space limitations, I am focusing most on the fate of the homosexual man in Iran.

Brief History of Gender and Sexuality in Iran

In Iran, as in other premodern cultures, same-sex relations were prevalent and accepted to the extent that these relations were asymmetrical.⁵ Male homosexual relations often involved people of different ages, classes, or social standing where one partner would assume the “masculine” gender role and the other the “feminine.”⁶ Within this culture two men engaged in sexual relations were not identified as homosexuals. Rather, the position within the relationship – active or passive – was the form of identification. Usually, the male-male relationship involved a man and an adolescent boy, where the man was the active partner and the adolescent boy (*amrad*) was the passive recipient.⁷ Differentiations in sexual inclination were spoken of in terms of the adult man who was *inclined* towards men or *inclined* towards women or those who sought submission or sought to be desired.⁸ Furthermore, a man who penetrated boys was not considered a homosexual but was considered “dominant.” In fact, a man who penetrated both women and boys was perceived as “hypermasculine,”⁹ whereas the man who sought sexual submission (*ma’bun*) was perceived as seeking, and was considered a pervert. Therefore a man, who desired, embodied masculinity, and a man who sought to *be* desired, defied it.

In addition to the dynamics of the male sexual relations, another instance where the abhorrence towards men who sought to be desired can be seen is in early Qajar, Iran where the growth of a full beard marked adult manhood.¹⁰ A full beard indicated that the young man was no longer suitable to be the passive object of desire.¹¹ Therefore, a man who shaved his beard and made himself look young was known as the *amradnuma*, and was looked upon with contempt.¹² The contempt arose from the notion that a man who shaved his beard was eliciting a continued interest in being desired, as opposed to “growing into the desiring man.”¹³ This, of course, is related to the adolescent’s (who had not yet grown beards) and who were ‘kept’ by prominent men. The idea was that the adult beardless man did not want to grow out of his adolescent, beardless, non-masculine role. “To desire to be desired by a man or to desire a man both became positions that could be occupied by women only. Homosexual desire became a derivative, a substitute for heterosexual desire.”¹⁴

Women were considered imperfect men and the *ma’bun* fit somewhere in between man and woman in this male-dominated model of the medieval Muslim world.¹⁵ The *ma’bun*

5 Janet Afary, *Sexual Politics in Modern Iran* 79 (2009).

6 *Id.*

7 *Id.*

8 *Id.* at 84.

9 Afary, *supra*, at 88.

10 Afsaneh Najmabadi, *Mapping Transformations of Sex, Gender, and Sexuality in Modern Iran* 49(2) *Social Analysis* 59 (2005).

11 Afary, *supra*, at 88.

12 Najmabadi, *Mapping*, *supra*, at 59.

13 *Id.*

14 *Id.* at 62.

15 Afary, *supra*, at 86.

may not act like a woman in any way, but his mere desire for sexual submission, thrust him into an unidentifiable category where he was neither man nor woman. Thus in this “status-defined model of homosexuality” the passive partner could be characterized in three ways. He could be the adolescent boy in a homosexual relationship (*amrad*).¹⁶ The *amrad*, when he becomes a mature adult, could take the active role in the relationship and take on his own *amrads*; or he could become the adult passive *ma’bun*. The third type of passive partner could be the *mukhannath*, an effeminate man.¹⁷ Premodern homosexual relations in Iran were status-defined where there was a significant social inequality that was usually based on age, class, and the distinction between lover and beloved.¹⁸ There was also a strong stigmatization attached to men who sought a passive role – a stigma that still remains in the discourse of gender and sexuality in modern Iran.

Gender and Sexuality in Modern Iran

The shift from status-defined homosexuality to normative heterosexuality came by the late Pahlavi era. Then by 1979, homosexuality was made a capital offense by the Islamist state, and those individuals who were openly gay about their homosexuality were executed.¹⁹

What resulted from this shift was not necessarily the understanding that malemale relations were forbidden or illegal, but rather that being a sexually submissive homosexual was wrong. In fact, if the homosexual characterized his relation as one of rape or an exercise of male power he could be excused, or “get by.”²⁰ The danger therefore lied in characterizing the relationship as one of equals, or real sexual desire. The trouble occurred when the relationship broke beyond conventional sex relations where the male dominates the woman. The male homosexual who seeks to be desired (or one can say even more crudely, the male who seeks to be penetrated) is therefore confusing the traditional sex regulations and is perceived to be taking a similar position to that of the woman. In the Islamic Republic of Iran the “position” of a woman is not one of much value.²¹ However, the problem is further complicated because homosexual men are not necessarily placed on equal grounds with women. The female’s passivity is different from the man’s (and here it can only be said crudely: the woman is penetrated vaginally and the man is penetrated anally).²² Somehow, anal penetration attaches to it a stigma that is worse than vaginal penetration,²³ and in no way can be reconciled with masculinity.

16 *Id.*

17 *Id.*

18 *Id.* at 95.

19 *Id.* at 290.

20 Afary, *supra*, at 290

21 Bahreini, *supra*, at 5.

22 Najmabadi, Transing, *supra* at 31.

23 *Id.*

The Homosexual Male in Iran

The contention that the commitment to gender in Iran has resulted in the male homosexual being pushed into a third “gender” as a result of being neither masculine nor feminine is supported by evidence of historical notions of male homosexuals, disparate treatment of male homosexuals versus female homosexuals, and the stronger stigmatization of male-to-female transsexuals versus female-to-male transsexuals. As discussed above, pre-modern homosexual relations resulted in a rich characterization of the homosexual male. One of particular interest is the depiction of the homosexual male as a *ma’bun*²⁴ where he did not fit in with the characteristics of a man but he also was not equated with a woman. Even in pre-modern Iran, notions of the homosexual male were such that his gender was unclear.

Another example of the male homosexual becoming an “other,” and separate from a distinct gender is the different legal treatment of male-male sexual relations and female-female sexual relations. Although there is less written on female-female sexual relations, there are sources that indicate that they did, in fact, exist and were known as “sisterhood vows” that involved an exchange of gifts, travel to a shrine, and cultivation of affection between the partners.²⁵ However, it becomes evident in a number of ways that female-female sexual relations do not have attached to them the same stigma that male-male sexual relations do.

The Qu’ran regards male homosexuality as an abomination and does so explicitly: “Of all those in the world will you come to males, abandoning the wives your Lord created for you? Indeed you are a transgressive people” (Qur’an 26:160–166).²⁶ Further, Islamic law prohibited anal intercourse (*lavat*).²⁷ Here are but two examples of the direct condemnation of male-male relations, where the Qu’ran uses specific language: “... will you come to males ...” And, further, Islamic law prohibits an act that is specific to male-male sexual relations: anal penetration (*lavat*). Where is the language regarding female-female sexual relations? Why is it specific to male homosexual sexual activity?

Moreover, Iran’s Islamic penal code criminalizes two types of consensual homosexual acts: sodomy and lesbianism.²⁸ Sodomy is defined as two males engaging in sexual intercourse where both the active and passive persons will be condemned to punishment.²⁹ The punishment for sodomy is death and the punishment for a homosexual activity not involving intercourse is one hundred lashes.³⁰ The convicted must be mature, of sound

24 Afary, *supra*, at 86.

25 *Id.* at 8.

26 *Id.* at 81.

27 *Id.*

28 Sanaz Alasti, Comparative Study of Cruel & Unusual Punishment for Engaging in Consensual Homosexual Acts (In International Conventions, The United States and Iran), 12 Ann. Surv. Int’l & Comp. L. 149, 159 (2006).

29 *Id.*

30 *Id.*

mind and have free will for the punishment to be carried out; and if there is intercourse between a mature and immature person, “the active person will be killed and the passive person will be subject to Ta’azir” (discretionary punishment awarded by the judge of 74 lashes).³¹ Further, “when the active person is non-Muslim and the passive person is Muslim, punishment for the passive person is death.”³² Lesbianism (*mosabeqeh*) is punished by one hundred lashes for each woman, and punishment will only be established against someone who is mature, of sound mind, has free will and intention.³³ Unlike sodomy, there is no distinction between the active and passive actors, nor between Muslim or non-Muslim participants.

Both the language of the Qur’an and the penal law indicate a different understanding of male-male sexual relations as opposed to female-female sexual relations. The Qur’an specifically targets males, as does Islamic law that prohibits *lavat*. Moreover, the distinction between “active and passive actors” for purposes of sodomy but not for purposes of lesbianism is another example of how these two acts are perceived differently. Most notably when the “passive” person is Muslim and the non-passive person is non-Muslim, the “passive” person is sentenced to death. What emerges over and over again is evidence of a repulsion towards the “passive” Iranian male. Where “passive” can only take on one meaning given the context: that of anal penetration. Therefore, it becomes clear that homosexuality between men contains a worse kind of offense; one that apparently deems one undeserving of even a gender.

Another instance where the commitment to gender is maintained through disparate treatment of the male homosexual is within the discourse of transgenders in Iran. Family is a very important social issue in Iran because of the intricate network created within the family.³⁴ Therefore, for transsexuals, in addition to a need to feel accepted by society at large, acceptance by the family is extremely significant. Unfortunately for the male-to-female transsexual approval is much less likely than for the female-to-male transsexual.³⁵ One of the major reasons for this disapproval is the stigma of being anally penetrated or of being “anal” (*kunis*) and living forever under the sign of being *kunis*.³⁶ The irony is that many of the men in Iran who have made the decision to transition to the female gender have not allowed their male partners to penetrate them because of the fear of precisely this sort of stigmatization.³⁷ Another irony here is that transsexuals want to disarticulate the connection between themselves and homosexuals so that the stigma won’t attach to them.

31 *Id.*

32 *Id.* Additionally, “if an immature person commits sexual intercourse with another immature person, both will be subject to Ta’azir of 74 lashes unless one of them was under duress”.

33 *Id.* at 161.

34 Najmabadi, *Transing*, *supra* at 31.

35 *Id.*

36 *Id.*

37 *Id.*

The insistence on separating transsexuals from homosexuals is complicated and problematic for a number of reasons. Transsexuality is categorized as a gender-identity disorder that requires medical intervention.³⁸ Homosexuality is characterized as a case of “sexual and moral perversion, deserving criminal punishment.”³⁹ This is confusing because Iranian society is highly gendered so if interpreted literally it would seem as though the transgender individual is creating a problem because he or she has literally been born in the wrong gender, however this is not the case. The homosexual is the one who is causing the problem even though he may be completely at peace with his gender. Why? The answer goes back to the commitment to gender as masculinity. The transsexual is not necessarily confusing the role that masculinity plays, whereas the homosexual is. And most importantly the transgender can be “cured.” The homosexual male cannot undergo surgery that will bring him to his “true sex.” However, again, if the homosexual male decides to undergo a sex change operation (MtF) he may still very well face stigmatization resulting from his past relations with men. So, it seems that safely switching from the male gender to the female gender would mean having no history of anal penetration or desire for anal penetration because otherwise you do not belong to either gender, you are lost.

“Filtering,” Gender, and Biopolitics

According to Michel Foucault “power is essentially what dictates its law to sex.”⁴⁰ This power over life developed in two different ways, one of them centering on the body as a machine, also known as the “*anatomo-politics of the human body*.”⁴¹ Supervision of the body and its capabilities “was effected through an entire series of interventions and *regulatory controls: a biopolitics of the populations*.”⁴² Furthermore, according to Foucault:

Sex was a means of access both to the life of the body and the life of the species. It was employed as a standard for the disciplines and as a basis for regulations. ... But one also sees it becoming the theme of political operations, economic interventions (through incitements to or curbs on procreation), and ideological campaigns for raising standards of morality and responsibility: it was put forward as the index of a society’s strength, revealing of both its political energy and its biological vigor. Spread out from one pole to the other of this technology of sex was a whole series of different tactics that combined in varying proportions the objective of disciplining the body and that of regulating populations.⁴³

38 Bahreini, *supra*, at 3.

39 *Id.*

40 Foucault, *supra*, at 83.

41 *Id.* at 139.

42 *Id.*

43 *Id.* at 146.

According to Thomas Laqueur, “[p]olitics, broadly understood as the competition for power, generates new ways of constituting the subject and the social realities within which humans dwell. Serious talk about sexuality is thus inevitably about the social order that it both represents and legitimates. “Society,” writes Maurice Godelier, “haunts the body’s sexuality.”⁴⁴ Further, Laqueur contends that “almost everything one wants to *say* about sex – however sex is understood – already has in it a claim about gender. Sex, in both the one-sex and the two-sex worlds, is situational; it is explicable only within the context of battles over gender.”⁴⁵

Taking what Laqueur has said about “already hav[ing] a claim on gender,” the treatment of homosexual men in Iran is possible precisely because of Iran’s understanding, or, “claim” on gender. In Iran, gender is defined as the “core truth” of every morally and physically healthy individual that is expressed in a sex-dimorphic way.⁴⁶ Man and woman in Iran are expected to actualize already made identities regarding gender, such as, “specifically gendered speech patterns, norms of appearance, facial and bodily hair, their preferred movement modalities, their postures, their odours and scents, their assertiveness or coyness, their sexual desires, their emotional expressiveness, their preferred hobbies and activities, their modes of cognition, and their life and career aspirations.”⁴⁷ Because in Iran gender is more than just being born a man or being born a woman, but rather is about the roles performed by men and women, individuals who blur those roles are condemned. Therefore, it is not necessarily being born in the “wrong body” that is the problem, but rather, the “problem” lies with the “passive homosexual male” redefining the affixed role gender plays in Iranian society. As Maurice Godelier eloquently stated: “society haunts the body’s sexuality.”⁴⁸

In the Islamic Republic of Iran, Foucault’s description of “supervision” and “regulation” of the body can be seen in its most blatant form within the authorization of sex-change operations for transgenders. While this authorization should be viewed positively because it is enabling those transgenders who desire surgery to do so it becomes evident that the motives for such operations have deep consequences for homosexuals or more generally any sexual or gender non-conformity.⁴⁹ Within the context of the sex-change operations is a process called “filtering.” In order for an individual to undergo a legally authorized sex-change operation he or she must first go through the process known as “filtering”.⁵⁰ The main objective of “filtering” is to distinguish between homosexuality and transsexuality by requiring individuals to a four-to-six month course

44 Laqueur, *Making sex: Body and Gender From the Greeks to Freud* 11 (1990).

45 *Id* at 11.

46 Bahreini, *supra*, at 2.

47 *Id*.

48 Laqueur, *supra*, at 11.

49 Bahreini, *supra*, at 4.

50 Najmabadi, *Transing, supra*, at 14.

of psychotherapy.⁵¹ Much in the same way that transsexuals are characterized as suffering from a gender identity disorder, and homosexuals are characterized as moral deviants, “filtering” is meant to distinguish between the “true transsexuals” who are merely suffering from a disease from the homosexuals whose same-sex practices are indicative of their morally deviant ways.⁵² The process of “filtering” is less than pleasant and has been described as involving a “very hostile and at times terrifying relationship between the therapist and the client.”⁵³ In fact, a number of transsexuals recall contemplating suicide during the filtering process.⁵⁴

Given this largely oppressive process it seems obvious that in attempting to distinguish transsexuals from homosexuals a female-to-male transsexual in Iran who is attracted to men, will likely not be authorized to undergo the sex change operation. Because if she does undergo the operation she will become a man who desires men and that would defy the whole purpose of “filtering.”

The “filtering” process begins to look like the “biopower” Foucault described, where the “biopolitical” project is to maintain the commitment to gender at any costs. A process that literally tells an individual what body he or she may acquire is nothing short of a “[s]upervision of the body and its capabilities.”⁵⁵ The conjuring up of a process such as “filtering” is placing power in certain individuals to determine the sexual identity of those who do not necessarily conform to Iran’s sex-dimorphic society. Furthermore, the desire to separate and distinguish transsexuals from homosexuals through this process places an added pressure on homosexuals. If a transsexual, who is essentially born in the “wrong body” and who chooses to undergo surgery has to prove that he is not a homosexual in order to be legally authorized for the operation than one can only imagine what this does to the psyche of the homosexual. Knowing that there is a legally mandated psychological process with the sole objective of teasing out the “true transsexuals” from the “moral deviants” must be an enormous blow to a homosexual living in the Islamic Republic of Iran.

Conclusion

The Islamic Republic of Iran has targeted homosexuals in a variety of ways. However, it has gone further than targeting homosexuals as a whole, but has focused its attention on the male homosexual. Historically, male-male relations were *status-defined*, where engaging in sexual relations with a man was not necessarily frowned upon, but *desiring* to engage in sexual relations with a man was abhorred.⁵⁶ It was the *desire* for a man to

51 *Id.*

52 *Id.*

53 *Id.*

54 *Id.*

55 Foucault, *supra*, at 139.

56 Afary, *supra*, at 84.

be with another man that was considered perverse. This abhorrence towards men who sought to be desired was also seen in perceptions of men who chose to shave their beards as opposed to growing their beard out.⁵⁷ A man who chose to shave his beard was viewed as one who chose to remain within the “passive,” “submissive” role of the adolescent.⁵⁸

This in essence shaped the definition of “passive” within gender politics in Iran to mean something different for men versus women. A new type of male “passivity” emerged within the context of male-male relations where being *desired* by a man thrust you out of an identifiable gender category and into a new amorphous category. A category, I argue, is that of a “third gender,” the “passive male homosexual.” This distinction in passivity can be seen in the historical labeling of the *ma’bun*⁵⁹ and in modern day differential treatment between male and female homosexuals.⁶⁰ This distinction can also be seen in the different level of acceptance of male-to-female transsexuals receive versus female-to-male transsexuals.⁶¹ The reason for the differential treatment between male-to-female transsexuals as opposed to female-to-male transsexuals is because the former will forever be seen as *kunis* (anal).

Therefore, it becomes apparent through a number of different scenarios that in Iran the commitment to gender, also known as the commitment to masculinity, is about differentiating between two levels of “passivity” within sexual relations. A woman’s role as “passive” fits into the male-female binary, but a man’s role as “passive” does not. A man, unlike a woman, is not supposed to seek to be desired, he is supposed to be the one who desires. Therefore, if a man seeks to be desired by another man he is assuming a role that the Islamic Republic of Iran cannot comprehend. Because it has already made its “claim”⁶² on gender it uses several mechanisms, whether it is through sexuality discourse, criminal law, or processes such as filtering, to accomplish what Foucault described as the “*biopolitics of the populations*.”⁶³ This “biopower” is seen most tragically in Iran’s commitment to gender. Where, ironically, the emphasis on a sexdimorphic society has resulted in a “third gender.” Now, how will Iranian Islamic sexual discourse wrap its mind around that?

Donna D. Azoulay, works as Special Assistant to the President of the New York City Bar Association; donna.azoulay@gmail.com

57 Najmabadi, Mapping, *supra*, at 59.

58 *Id.*

59 Afary, *supra*, at 86.

60 Alasti, *supra*, at 159.

61 Najmabadi, Transing, *supra* at 31.

62 Laqueur, *supra*, at 11.

63 Foucault, *supra*, at 139.

Mit oder ohne Männer? – Eine anhaltende Kontroverse

Nina Eckstein

Heuer jährte sich der Internationale Frauentag zum 100. Mal. An diesem Tag wird weltweit auf die Anliegen von Frauen aufmerksam gemacht.¹ Anlässlich des 100jährigen „Jubiläums“ fand in Wien ein Novum statt: Neben der traditionell immer am 8. März stattfindenden Frauentagsdemonstration fand dieses Jahr einige Tage später am 19. März eine zweite Demonstration für die Rechte von Frauen am Wiener Ring statt. Die Idee für die Kundgebung am 19. März entstand vor dem historischen Hintergrund, dass gleichzeitig mit dem 100jährigen Bestehen des weltweiten Frauentages ein weiteres Jubiläum in Wien zusammenfiel. Am 19. März 1911 nämlich gingen erstmals 20 000 Frauen am Ring in Wien auf die Straße um für ihre Rechte zu demonstrieren, insbesondere für das Frauenwahlrecht. Ein Bündnis bestehend aus mehreren Frauen(Partei)organisationen unter dem Namen *AUS. Plattform 20 000 Frauen* nahm dies daher zum Anlass heuer eine Frauenkundgebung am Ring zu initiieren, um an dieses historische Ereignis zu erinnern.

Die Brisanz lag allerdings nicht nur in der Tatsache, dass heuer im Zusammenhang mit dem Internationalen Frauentag zum ersten Mal zwei parallele „Konkurrenzveranstaltungen“ stattfanden, sondern sie lag vor allem darin, dass eine feministische Grundsatzfrage wieder an Aktualität bekam. Während sich nämlich die regelmäßige Frauentagsdemonstration am 8. März wie jedes Jahr ausschließlich an Frauen richtete und traditionsgemäß nur von Frauen organisiert wird, war die nachfolgende Demonstration am 19. März explizit als gemischtgeschlechtliche Veranstaltung geplant und Männer bewusst aufgefordert, sich zu beteiligen. Innerhalb der feministischen Szene und schon im Zuge der Vorbereitungen für die Kundgebung führte dieser Umstand zu einer hitzig geführten Debatte. Angesichts der heftigen Kontroversen wurde eine fundamentale Bruchlinie innerhalb der feministischen Bewegung wieder transparenter: Die Frage, ob feministische Anliegen ausschließlich von und durch Frauen vertreten werden sollen oder auch durch Partizipation von Männern?

Bevor auf die unterschiedlichen Standpunkte hinsichtlich dieser Frage näher eingegangen wird, bietet sich ein kurzer Blick zurück in die Geschichte der Frauenbewegungen an.²

1 Zur Geschichte des Internationalen Frauentages siehe *diestandard*, <http://diestandard.at/1293370498174/Nachlese-Es-war-eine-Grenzeueberschreitung-die-Wirbel-verursachte> [03.05.11]

2 Siehe <http://de.wikipedia.org/wiki/Frauenbewegung> [03.05.11]

Im Groben lassen sich mehrere historische Wellen ausmachen: Als erste Welle wird die Frauenbewegung um 1900 gesehen. Wesentliche Ausgangspunkte waren Forderungen nach dem gleichen Wahlrecht für Frauen sowie gleiche Bildungschancen und gleiche gesellschaftliche Partizipation. Die politische Bandbreite reichte von bürgerlich-liberalen Frauenrechtlerinnen bis hin zu sozialistischen und kommunistischen. Da sie jedoch ihre Anliegen oftmals eben im Kontext politischer Parteien postulierten, waren diese nicht selten überlagert von männlich dominierten übergeordneten parteipolitischen Zielen.

Mit dieser Problematik hatten auch die Feministinnen der Zweiten Frauenbewegung zu kämpfen. Die so genannte „70er Frauenbewegung“ erfuhr ihren Emanzipationsprozess gerade erst durch die Abnabelung von der männlich dominierten „68er Bewegung“, der linksgerichteten Studentenbewegung (sic!), deren politische Leit motive ua Antikapitalismus und Antifaschismus waren. Die Borniertheit männlicher Genossen gegenüber feministischen Anliegen als „marxistischem Nebenwiderspruch“ veranlasste letztendlich die Feministinnen der 70er Jahre autonome Frauenräume zu schaffen, um die eigenen Anliegen unabhängig und selbstbestimmt formulieren zu können. Der weibliche Körper und seine Befreiung sowie die Postulierung einer selbstbestimmten, weiblichen Sexualität stellten zentrale Eckpunkte der Frauenbewegung in den 70er Jahren dar.

Als dritte Welle innerhalb der Frauenbewegungen wird schließlich jene in den 1990er Jahren bezeichnet. Diese tritt ua für ein kritisches Hinterfragen von Sexualitäts- und Identitätskonzepten ein und nimmt einen verstärkten reflexiven Blick hinsichtlich der eigenen eurozentristischen Ausrichtung ein. Im Zuge von *Queer*-Debatten und der Problematisierung der Kategorie „Geschlecht“ als solcher erfolgte auch eine Dekonstruktion von Männlichkeit, und die Frage nach der Partizipation von Männern innerhalb feministischer Kontexte fand neue Ausverhandlungsprozesse.

Wie sich also anhand der historischen Etappen zeigt, war die Frage, wo und durch wen feministische Anliegen am besten vertreten werden können, immanenter Bestandteil aller Bewegungen. Daher nimmt es nicht Wunder, dass im Jahr 2011 diese Kernfrage feministischer Diskussion erneute Vehemenz erlangte. Die Diskussion verläuft im Wesentlichen an zwei Eckpunkten: Zum Einen an der strikten Ablehnung männlicher Partizipation innerhalb feministischer Kontexte und zum Anderen an einer (pragmatischen) Toleranz gegenüber männlicher Beteiligung.

Als gewichtiges Argument gegen die unmittelbare Beteiligung von Männern an feministischer politischer Agitation wurde seit jeher vorgebracht, dass die gesellschaftspolitischen Anliegen von Frauen deswegen nur von Frauen formuliert und vorangetrieben werden können, da sie diejenigen seien, die aufgrund ihrer Selbstbetroffenheit über ihre Situation und ihre Bedürfnisse am besten Bescheid wüssten. Von Männern unabhängige Räume für Frauen ermöglichen es zudem erst, patriarchale Strukturen geschärft sehen und sich dadurch selbst als eigenständiges politisch-handelndes Subjekt begreifen zu können. Das Hauptargument bezüglich der strikten Ablehnung männlicher Beteiligung

lag jedoch darin, dass selbst solidarische Männer aufgrund ihrer männlichen Sozialisation gesellschaftlich immer Männer bleiben werden und damit die patriarchalen Machtstrukturen (unbewusst) mit repräsentieren.

Jene feministische Position hingegen, die einen moderateren Weg hinsichtlich dieser Frage einschlug, geht vordergründig in die Richtung, dass Frauen und Männer zwar in vielen Punkten unterschiedlich, doch in einigen wiederum gleichermaßen Betroffene sind, vor allem hinsichtlich kapitalistischer Verwertungszusammenhänge. Sie stellt in den Vordergrund, dass feministischen Forderungen eine gesamtgesellschaftliche Utopie zugrundeliegt, die sich nicht darauf beschränkt patriarchale, frauenunterdrückende Gesellschaftsverhältnisse zu überwinden, sondern es gerade aus feministischer Perspektive um die Überwindung aller ausbeuterischen, unterdrückenden Verhältnisse geht und daher Männer von feministischen Utopien mit eingeschlossen sind. Darüber hinaus wird ins Treffen geführt, dass selbst viele als Mann sozialisierte Menschen mit den ihnen vorgegebenen Männlichkeitsbildern nicht zurechtkommen (wollen) und danach streben, neue Formen von Menschsein zu entwerfen. Diese so genannten „neuen“ Männer sind demnach als Bündnispartner anzusehen, weil sie nun den politischen Schritt wagen, den die feministische Bewegung schon gegangen ist, nämlich die Kategorie „Mann“ zu dekonstruieren und somit herrschende Gesellschaftsverhältnisse verändern wollen.

Die von den verschiedenen Seiten angebrachten Standpunkte erscheinen jeder für sich durchaus nachvollziehbar. Angesichts der historischen Entwicklungen der feministischen Bewegungen, aber auch vor der Folie sich stetig ändernder ökonomischer Verhältnisse und des Umbaus hiesiger politischer Systeme erscheint ein Entweder-Oder mittlerweile zu kurz zu greifen. Vieles spricht dafür, im Jahr 2011 von einem Sowohl-als-Auch zu reden und neue Formen von (politischer) Solidarität zwischen Feministinnen und kritisch-solidarischen Männern zu entwickeln, um eine breitere Verständigung hinsichtlich der Überwindung geschlechtsspezifischer Kategorien zu ermöglichen und letztendlich an der Veränderung aller unterdrückenden und ausbeuterischen Verhältnisse zu arbeiten.

Allerdings ist es nach wie vor erforderlich, die von Frauen jahrhundertlang erkämpften und ihnen auch explizit vorbehaltenen Räume (wie z.B. Frauencafés, Fraueninitiativen etc) zu schützen, feministische Standpunkte nicht zu nivellieren und Frauen hinsichtlich ihrer Situation weiterhin als ihre eigenen Expertinnen zu betrachten.