

nr 2/2014

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Körper im Recht

recht & gesellschaft

Haftung für Medikamententests

Unfreiwilliges Outing

Insolvenz-Entgelt

Recht und Soziale Arbeit

debatte strafrecht

Strafrechtsreform 2015 – Wohin geht die Reise?

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl
und Brian-Christopher Schmidt

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Das Fachforum für die richterliche, anwaltliche und behördliche Praxis

Inhalt

Als einzige österreichische Fachzeitschrift bietet die ZVG eine regelmäßige, durchgängig systematisierte und auch vielfach kommentierte Auswahl der neuesten Entscheidungen der 9 Landesverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts sowie relevante Entscheidungen der Höchstgerichte und des EuGH. Ein Aufsatzteil widmet sich aktuellen Themen und Entwicklungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, im News-Radar zeigen namhafte Experten überblicksartig neueste Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis auf. Der Serviceteil bietet Arbeitsunterlagen (Checklisten, Verfahrensabläufe, Rechtsschuttmittel etc) für die berufliche Praxis.



Online bestellen unter:

www.verwaltungsgerichtsbarkeit.at

Redaktion

RA HR d. VwGH aD. Dr. Wolfgang Berger
RA Hon.-Prof. Dr. Wilhelm Berghaler
Mag. Dr. Johannes Fischer (Präsident des LVwG OÖ)
SenPräs. d. VwGH iR. Hon.-Prof. Dr. Gunther Gruber
Mag. Harald Perl (Präsident des BVwG)

Beirat aus den Präsidenten und Vizepräsidenten der Landesverwaltungsgerichte, des Bundesverwaltungsgerichtes, des BFG sowie des VfGH und des VwGH:

Mag. Nikolaus Brandtner (LVwG Vbg), Mag. Dr. Johannes Fischer (LVwG OÖ), HR Dr. Gerhard Gödl (LVwG Stmk), HR Mag. Manfred Grauszer (LVwG Bgld), SC iR. Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger (VfGH), HR Mag. Claudia Jindra-Feichtner, MBA (LVwG Sbg), ao. Univ.-Prof. Dr. Dieter Kolonovits, M.C.J. (LVwG W), Dr. Daniela Moser (BFG), Mag. Harald Perl (BVwG), HR Dr. Christoph Purtscher (LVwG T), Mag. Armin Ragoßnig (LVwG Knt), MinR Dr. Michael Sachs (BVwG), MMag. Dr. Patrick Segalla (LVwG NÖ), Univ.-Prof. Dr. Rudolf Thienel (VwGH)



ZVG

**Zeitschrift der
Verwaltungsgerichtsbarkeit**

ISSN 2309-5113

Jahresabo (8 Hefte) € 299,-
Einstiegsabo (2 Hefte) € 24,-
zzgl Versandkosten

Online bestellen auf:

www.verwaltungsgerichtsbarkeit.at

Spanien: Ende der *jurisdicción universal*?

Brian-Christopher Schmidt

Der pensionierte Offizier *Ricardo Cavallo* war während der argentinischen Militärdiktatur zwischen 1976 und 1983 mutmaßlich in unzählige Menschenrechtsverletzungen, von Entführung bis Folter und Mord, verwickelt. Dennoch schien er vor strafrechtlicher Verfolgung für diese Taten sicher. Wenige Jahre nach Ende des Terrorregimes waren in Argentinien Gesetze verabschiedet worden, durch die Militärangehörigen für Verbrechen aus der Zeit der Diktatur weitgehend Straffreiheit zugesichert wurde (*Ley de Punto Final* und *Ley de Obediencia Debida*).

Als Cavallo jedoch im Jahr 2000 in Mexiko wegen Betrugsdelikten verhaftet und seine Identität bekannt wurde, traten andere auf den Plan, um Jahrzehnte später die strafrechtliche Verantwortung zu klären: Ein spanisches Gericht stellte erfolgreich ein Auslieferungsgesuch, und bald darauf begann in Madrid der Prozess gegen Cavallo.

Dies war nicht das erste Mal, dass spanische Gerichte internationale Verbrechen behandelten: Im bekannteren Fall von *Augusto Pinochet* begründete Spanien die Verfolgung des südamerikanischen Diktators mit der spanischen Nationalität vieler seiner Opfer. Ein solcher Bezug fehlte im Fall Cavallo. Im Sinne der *jurisdicción universal* (universelle Gerichtsbarkeit) bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit führte Spanien diesen und andere Prozesse, ohne einen Bezug zu eigenen „nationalen Interessen“ anzuführen – der spanische *Tribunal Constitucional* (Verfassungsgericht) hielt 2005 anlässlich des Verfahrens gegen den guatemaltekischen Ex-Präsidenten *Efraín Ríos Montt* sogar explizit fest, dass bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit das Prinzip der universellen Gerichtsbarkeit jedenfalls über potentielle nationale Interessen zu stellen sei.

Nun ist die spanische Regierung jedoch ausgerückt, der *jurisdicción universal* ein Ende zu setzen. Wohl nicht zuletzt, weil Strafanträge gegen hochrangige Vertreter der USA, Israel oder China den spanischen Staat wiederholt in politische und diplomatische Schwierigkeiten brachten und wirtschaftliche Interessen bedroht schienen. Wie in vielen Ländern üblich, sollen derartige Verbrechen nur mehr durch spanische Gerichte verfolgt werden, wenn etwa die Opfer spanische Staatsbürger_innen oder die Täter_innen in Spanien aufhältig sind.

Manche zweifeln schon aufgrund der Praktikabilität an der universellen Gerichtsbarkeit, etwa in Hinblick auf die Beischaffung von Beweisen und das Laden von Zeug_innen, und begrüßen daher die Neuregelung. Auch wurde oft Kritik laut, dass es um die Profilierung einzelner Persönlichkeiten statt um die Verfolgung von Straftaten gehe.

Und so manche_r mag angesichts der Tendenz der spanischen Gerichte, auf lateinamerikanische Staaten besonderes Augenmerk zu legen, einen fahlen Beigeschmack kolonialistischer Patronanz verspüren.

Dennoch: Eine Allianz von über 100 NGOs und Institutionen veröffentlichte als Antwort auf das Vorhaben eine Stellungnahme, in der Spanien an die Vorgaben des internationalen Rechts, allen voran der Genfer Konventionen von 1949, erinnert wurde. Tatsächlich scheinen die Restriktionen der Gerichtsbarkeit in Teilen sehr weit zu gehen und eine Überprüfung der Novelle, die im März das spanische Parlament passiert hat, durch den spanischen Verfassungsgerichtshof ist schon jetzt sicher.

Zugleich scheint es unwahrscheinlich, dass Spanien für diese Maßnahme von anderen Staaten negative Konsequenzen zu erwarten hat – im Gegenteil, unter dem Titel der nationalen Souveränität gehört das Wegsehen im Umgang zwischen Staaten fast zum guten Ton. Gerade deshalb ist der Protest der NGOs verständlich: Mit seiner aktiven Sonderrolle hatte Spanien in vielen Fällen eine wichtige Funktion.

Ricardo Cavallo wurde in Spanien übrigens nie verurteilt. Als im Jahr 2003 die *Ley de Punto Final* und *Ley de Obediencia Debida* aufgehoben wurden, beantragte Argentinien seine Auslieferung. Er wurde in Buenos Aires vor Gericht gestellt und 2011 zu lebenslanger Haft verurteilt. Sowohl die Aufhebung der Gesetze als auch das Verfahren in Argentinien können auch auf die mögliche Verurteilung durch spanische Gerichte zurückgeführt werden. Auch in anderen Fällen trug die Initiative spanischer Richter_innen letztlich zur Aufarbeitung von Menschenrechtsverletzungen in den „Ursprungsstaaten“ bei – wo sie letztlich auch in Hinblick auf die gesellschaftliche Aufarbeitung wohl von besonderer Bedeutung sind.

Vielleicht sind die spanischen Bestrebungen zur neuen Zurückhaltung, neben der Sorge um die wirtschaftlichen Beziehungen zu Großmächten wie China, auch in Angst vor der Aufarbeitung der eigenen Vergangenheit begründet: Im vergangenen Oktober forderte ein argentinisches Gericht Spanien auf, eine Reihe von Personen auszuliefern, die mutmaßlich in Verbrechen der Franco-Diktatur verwickelt waren. Begründet wird das Auslieferungsgesuch mit dem Prinzip der *jurisdicción universal*.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 137 Spanien: Ende der jurisdicción universal?
Brian-Christopher Schmidt

merk.würdig

- 141 Fleeing Homophobia
Ines Rössl
- 145 Völkerrechtliche Aspekte der Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen
Angelika Adensamer
- 148 Meilenstein für die Freiheit
Aufstieg und Fall der Vorratsdatenspeicherung
Philipp Schmuck
- 153 Leben hinter Gittern
Alexia Stuefer

recht & gesellschaft

- 155 Haftung für Medikamententests in Indien
Carolijn Terwindt
- 166 Unfreiwilliges Outing der sexuellen Orientierung und die Ehre
Petra Smutny
- 172 Insolvenz-Entgelt für Ansprüche nach dem Stichtag unter besonderer Berücksichtigung der Austrittsobliegenheit nach § 3a Abs 2 Z 5 IESG
Jochen Schönberger
- 176 Das Verhältnis zweier Professionen: Recht und Soziale Arbeit
Nina Eckstein

debatte strafrecht

- 185 Strafrechtsreform 2015 – Wohin geht die Reise?
Alois Birklbauer

thema: Körper im Recht

- 197 Vorwort
Ilse Koza/Caroline Voithofer/Ronald Frühwirth
- 200 Unerwünschte Körper?
Zur Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik in Österreich im Lichte des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen
Caroline Voithofer
- 208 Autonomie und das Körpersubjekt
Von der Problematik der Essentialisierung von Differenz
Nicole Zilberszac
- 218 Die strafrechtliche Regulierung von einvernehmlichen Sexualkontakten
Margarethe Flora
- 230 Körper der Utopie: Feministin, Nicht-Frau, Cyborg, Mestíza
Hanna Hacker
- 240 Legal protection of deceased: Why to protect and how to protect?
A reflection between law and medicine
Solvita Olsena

250 Tote Körper

Schlaglichter auf den Umgang des Rechts mit der Leblosigkeit

Ines Rössl

nach.satz

260 Macht der Gewohnheit

Geschichten zur geschlechtergerechten Sprache

Ilse Koza

Impressum**juridikum**zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN: 1019-5394**Herausgeber_innen:**Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare
Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben
von: Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl und
Brian-Christopher Schmidt**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 Maria Peckary
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
m.peckary@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at**Preis:**Jahresabonnement: Euro 60,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-
Einstiegsabo: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich**Redaktion:**Angelika Adensamer, Flora Alvarado-Dupuy, Miriam
Broucek, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris
Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Philipp
Hense, Marion Guerrero, Clemens Kaupa, Matthias C.
Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas
Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Maria Sagmeister,
Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt,
Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice
Wagner, Andreas Wöckinger**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 derOder), 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-Zat-
loukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber
(Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek
(Iowa), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert †
(Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/
Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager
(Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg
Zerbes (Bremen)**Autor_innen dieser Ausgabe:**Angelika Adensamer, Alois Birklbauer, Nina Eckstein,
Margarethe Flora, Ronald Frühwirth, Ilse Koza, Hanna
Hacker, Solvita Olsena, Ines Rössl, Brian-Christopher
Schmidt, Philipp Schmuck, Petra Smutny, Jochen
Schönberger, Alexia Stuefer, Carolijn Terwindt, Caroline
Voithofer, Nicole Zilberszac**Offenlegung**Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1,
1010 Wien (Geschäftsführung: Mag. Katharina Oppitz,
Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der
Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart,
Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Geschäftsfüh-
rer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G. Brauer) und ist zu
100% Medieninhaber der Zeitschrift juridikum. Der
Werktitel „juridikum – zeitschrift für kritik | recht |
gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins „CON-
TEXT – 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, grazContext ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer
Zeitungen und Zeitschriften).**Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die
Herausgeber_innen:**Ronald Frühwirth: r.fruhewirth@kocher-bucher.at
Eva Pentz: epentz@gmx.at
Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at
Brian-Christopher Schmidt: brian.schmidt@univie.ac.at
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Fleeing Homophobia

Ines Rössl

Rezension zu: *Thomas Spijkerboer* (Hrsg.), *Fleeing Homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum*, Routledge, London/New York (2013), 239 Seiten, ISBN 978-0-4156-2817-4.

Flüchtling ist, wer wohlbegründete Furcht vor Verfolgung im Herkunftsstaat hat, wobei die Verfolgung in einem der von der Genfer Flüchtlingskonvention¹ genannten Fluchtgründe wurzeln muss. Zu diesen zählt auch die „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“. Es ist mittlerweile anerkannt, dass geschlechtsspezifische Verfolgung bzw. Verfolgung aufgrund von sexueller Orientierung oder Genderidentität darunter zu subsumieren sind.² In Asylverfahren betreffend LGBTQ³-Personen stellen sich spezifische Probleme, die zwar teilweise als Ausprägungen der allgemeinen Unwägbarkeiten und Zumutungen des Asylrechts begriffen werden können, jedoch eines gesonderten Fokus bedürfen.

Das 2013 erschienene Buch *„Fleeing Homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum“* identifiziert und systematisiert Problembereiche und legt Argumente dar, mit denen fragwürdigen Verfahrenspraxen begegnet werden kann, weshalb der Sammelband gerade auch Rechtspraktiker_innen ans Herz gelegt sei. Ebenso bietet er jenen, die sich mit der Thematik vertraut machen wollen, einen guten Überblick. Die Ausrichtung der zehn Beiträge, die Ergebnis einer 2011 an der *VU University Amsterdam* abgehaltenen Konferenz sind, ist international und rechtswissenschaftlich, und es empfiehlt sich, die Texte in der klug gewählten vorgegebenen Reihung zu lesen. Um auch Leser_innen, die sich bislang nicht mit LGBTQ-Asylverfahren beschäftigt haben, die Thematik näher zu bringen, möchte ich im Folgenden nur einige inhaltliche Aspekte des Buchs (und daher auch nur einige Beiträge) herausgreifen.

Im Einführungskapitel gibt *Sabine Jansen* einen guten Überblick über die in LGBTQ-Asylverfahren regelmäßig auftretende Umgehung flüchtlingsrechtlicher Standards: Da ist zum einen die verbreitete Diskretionsdoktrin („discretion requirement“), der zufolge

1 Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge BGBl 1955/55.

2 Vgl. die Richtlinien des UNHCR zu geschlechtsspezifischer Verfolgung: UNHCR, Guidelines on International Protection No 1, 7.5.2002, HCR/GIP/02/01, sowie die einschlägigen Richtlinien des UNHCR zu sexueller Orientierung und Gender Identität: UNHCR, Guidelines on International Protection No 9, 23.10.2012, HCR/GIP/12/09. Diese ersetzen die UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 21.11.2008.

3 Der Begriff LGBTQ steht für „lesbian, gay, bisexual, transgender, questioning/queer“.

LGBTQ-Personen keinen Anspruch auf internationalen Schutz hätten, solange sie ihre sexuelle Orientierung oder Genderidentität in ihrem Herkunftsland „diskret“, also heimlich, ausleben könnten (S 2–6).⁴ Weiters lehnen die Behörden in vielen Staaten eine Asylgewährung ab, wenn im Herkunftsland nicht-heterosexuelle Sexualitäten „bloß“ kriminalisiert werden, aber keine effektive Strafverfolgung stattfindet – eine Praxis, welche die Folgen „bloßer“ Kriminalisierung für die betroffenen Personen grob unterschätzt (S 6–10). Rechtliche Fehleinschätzungen und Verharmlosungstendenzen sind auch zu beobachten, wenn es darum geht, ob sich LGBTQ-Personen im Falle privater (insb familiärer) Gewalt an die Behörden des Heimatstaates wenden oder in andere Landesteile ausweichen könnten (S 11–14). Ein weiteres Problem sind die negativen Auswirkungen auf die Glaubwürdigkeit einer Person, wenn sie erst zu einem späten Zeitpunkt im Asylverfahren oder sogar erst nach dessen Abschluss psychisch in der Lage ist, über ihre sexuelle Orientierung zu sprechen (S 17–18).

Der Glaubwürdigkeitsprüfung kommt im Asylverfahren zentrale Bedeutung zu; sie erweist sich jedoch als Einfallstor für stereotype Annahmen der Entscheidungsinstanzen. *Louis Middelkoop* liefert in seinem Beitrag ein meines Erachtens brauchbares Argumentationsinstrument, um Asylbehörden auf vorurteilsbasierte Glaubwürdigkeitsprüfungen hinzuweisen bzw diese im Rechtsmittelverfahren zu bekämpfen. Er identifiziert drei Dimensionen sexueller Orientierung, nämlich Verhalten (sexuelle Aktivitäten), Emotionen (Gefühle sexueller Anziehung oder Liebe) und Selbstidentifikation (die sexuelle Orientierung wird als Teil der eigenen Identität betrachtet). Der springende Punkt: Eine Person lebt ihre sexuelle Orientierung nicht unbedingt auf allen drei Ebenen (S 155–156). Diese Komplexität wird von Asylbehörden häufig nicht berücksichtigt: Beispielsweise werden Antragsteller_innen oft, um die „Echtheit“ ihrer sexuellen Orientierung zu prüfen, nach ihren Kenntnissen über die „gay culture“ im Herkunftsland gefragt. Wenn sie „zu wenig“ wissen, gelten sie als unglaubwürdig. Jedoch macht die Frage nur dann Sinn, wenn die betreffende Person ihre Sexualität nicht nur als private Angelegenheit, sondern als Teil ihrer umfassenden sozialen Identität betrachtet – was aber eben nicht immer der Fall sein muss (S 164).

Trotz zahlreicher noch bestehender Defizite hat sich, wie *Jenni Millbank* in ihrem Beitrag zeigt, in den letzten Jahrzehnten viel getan (S 34 f). Die Entwicklung seit der Anerkennung von LGBTQ-spezifischen Fluchtgründen ist dabei durchaus auch von Rückschlägen gekennzeichnet. Der Fortschritt kommt in kleinen Schritten, die oft wiederholt

4 „Fleeing Homophobia“ erschien vor dem EuGH-Urteil X, Y, Z/Minister voor Immigratie en Asiel vom 7.11.2013, welches der Diskretionsdoktrin eine klare Absage erteilte. Dennoch sind auch jene Buchkapitel, die sich schwerpunktmäßig mit der Diskretionsdoktrin beschäftigen, insofern immer noch relevant, als der Sammelband aufzeigt, dass rechtlicher Fortschritt nicht immer unidirektional verläuft, oft auch erst „verspätet“ bei den ersten Instanzen ankommt, und zudem die Gespenster, die man längst für begraben hielt, die unangenehme Eigenschaft besitzen, in anderem Gewand wieder aufzuerstehen. Für eine Urteilsbesprechung des EuGH-Urteils vgl zB *Sußner*, *Kylie Again!* Zur sexuellen Ausrichtung im Asylrecht. EuGH, X, Y, Z/Minister voor Immigratie en Asiel, *juridikum* 2013/4, 406 ff.

werden müssen, bis er sich verfestigt (S 36, 42). Dennoch hat *Millbank* Ermutigendes zu sagen, gerade auch in Richtung jener im Asylbereich zur Ausnahme gewordenen Sachbearbeiter_innen und Richter_innen, denen sorgfältige Arbeit ein Anliegen ist und die sich im Alltag oft fragen mögen, ob ein behutsamer Umgang mit den Antragsteller_innen und umsichtige Entscheidungsformulierungen überhaupt der Mühe wert sind. *Millbank* zeigt, dass sich auch diese vorgeblich unscheinbare Sorgfalt lohnt: Die Autorin schildert, dass es für Veränderungen immer Vorbereitung auf symbolischer Ebene braucht (S 40 f). So ist die Wortwahl juristischer Entscheidungen eben nicht egal, sondern kann den Weg für eine adäquatere Wahrnehmung von LGBTQ-Realitäten und damit für eine angemessenere Entscheidungspraxis ebnen (S 44 ff).

Petra Sußner fokussiert in ihrem Beitrag darauf, wie eine „queer anti-racist critique“ den „discursive link between whiteness and queerness“ (S 184) auflösen und aufzeigen kann, wo das Recht blind für intersektionale Identitäten wie zB migrantische LGBTQ-Personen ist. Die Autorin diskutiert dies anhand des Familienverfahrens im österreichischen Asylrecht, welches theoretisch auch eingetragenen Partner_innen offen stünde. Jedoch – wie auch bei verheirateten Personen – muss die Familieneigenschaft bereits im Herkunftsstaat bestanden haben. Diese Bedingung werden LGBTQ-Flüchtlinge angesichts der Verfolgung gegen LGBTQ-Personen in ihrem Herkunftsstaat kaum jemals erfüllen, weshalb es sich um eine nur scheinbare Gleichberechtigung handelt, die an der Realität vorbeigeht (S 178–181), und angesichts der Rechtsprechungspraxis des EGMR von diesem womöglich als Verletzung von Art 8 iVm Art 14 EMRK beurteilt werden könnte (S 182–184).⁵

Welche Herausforderung das Thema LGBTQ für das Flüchtlingsrecht darstellt, zeigt der Beitrag von *Laurie Berg* und *Jenni Millbank* über Asylverfahren von Trans*-Personen⁶. Das Flüchtlingsrecht tendiert dazu, fixierte Identitäten vorauszusetzen (es basiert schließlich ganz wesentlich auf der Identifikation von Gruppenzugehörigkeiten und der Prognose zukünftiger Gefährdungen aufgrund dieser Gruppenzugehörigkeit), während „transgender applicants (may) move back and forth between different gender identifications and expressions“ (S 131). Auf das wiederkehrende Problem von Identitätspolitik kommt auch *Thomas Spijkerboer* in seinem Beitrag zu sprechen: „LGBT claimants are only comprehensible (and therefore credible) if they conform to the identity categories which are prevalent in receiving countries.“ (S 225). Nach *Spijkerboer* begibt sich auch LGBTQ-Anwaltschaft zwangsläufig in dieses Fahrwasser und sollte sich dessen bewusst sein: „if we want to advocate the right to asylum for people who fear persecution on account of their sexual or gender desires or acts, we have no other op-

5 Vgl zu dem Thema *Sußner*, Totes Recht? – Der asylrechtliche Familiennachzug für gleichgeschlechtliche Partner_innen, *juridikum* 2011/4, 435–444.

6 Da die ebenfalls gebräuchlichen Begriffe „transsexuell“ oder „transgender“ je nach Begriffsverständnis bestimmte Identitäten/Lebensweisen nicht mit einschließen, wird der Begriff „trans“ verwendet, der eine größtmögliche begriffliche Offenheit anstrebt.

tion but to use LGBT as an identity category and as a basis for human rights claims.“ (S 228). Queer-Bewegungen stoßen also in diesem Zusammenhang auf das aus den Frauenbewegungen hinlänglich bekannte Problem, Zuschreibungen und fixierte Identitäten auflösen zu wollen und gleichzeitig unter bestimmten Umständen strategisch mit diesen operieren zu müssen.

Insgesamt stellt der Sammelband „*Fleeing Homophobia*“ ein ausgewogenes Gleichgewicht her zwischen juristischen Analysen und theoretischer Diskussion sowie zwischen dem Aufzeigen historischer Entwicklungen und zukunftsgerichtetem Nachdenken über konkrete Verbesserungen.

Mag.^a Ines Rössl ist Mitherausgeberin des Juridikum und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Legal Gender Studies an der JKU Linz; ines.roessler@jku.at

Völkerrechtliche Aspekte der Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen

Angelika Adensamer

Rezension zu: *Kristina Wascher*, Das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt. Linzer Schriften zu Gender und Recht, Bd 53, Trauner Verlag, Linz 2003, 179 Seiten, ISBN 978-3-99033-275-7.

Auch heute ist Gewalt gegen Frauen ein erschreckend weit verbreitetes Phänomen. Einem aktuellen Bericht der Europäischen Grundrechteagentur zufolge haben 33 % der Frauen in Europa seit ihrem 15. Lebensjahr körperliche und/oder sexuelle Gewalt erfahren; das sind 62 Millionen Betroffene.¹ Auch eine Studie des Österreichischen Instituts für Familienforschung aus 2011 zeichnet ein erschütterndes Bild: Nur 7,4 % der befragten Frauen haben noch nie psychische, körperliche oder sexuelle Gewalt erlebt, im Vergleich zu 14,7 % der befragten Männer.²

Vor diesem Hintergrund ist der 2013 in der Linzer Schriftenreihe zu Gender und Recht³ erschienene Band „Das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“ von *Kristina Wascher* zu sehen. Die Autorin schreibt: „Solange Gewalt gegen Frauen existiert, kann es keine Gleichstellung der Geschlechter geben“⁴. Derartig weit verbreitete Gewalt ist mehr als ein Problem jeder einzelnen Betroffenen; es ist ein gesellschaftliches Problem. Es als solches zu verstehen, ist unumgänglich, um eine echte Gleichstellung von Mann und Frau zu erreichen.

Wascher gibt zunächst einen historischen Überblick der Entwicklung von Frauenrechten in einem völkerrechtlichen Kontext, angefangen bei der ausdrücklichen Gleichstellung von Mann und Frau in der Satzung der Vereinten Nationen 1945, über die Nennung von Frauen in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte 1948 bis zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) von 1979. In der CEDAW wird Gewalt nicht explizit erwähnt, der dort gebrauchte Diskriminierungsbegriff umfasst aber, wie *Wascher* ausführt, auch geschlechtsbezogene

1 <http://fra.europa.eu/de/press-release/2014/gewalt-gegen-frauen-sie-passiert-taglich-und-allen-kontexten> (9.4.2014).

2 *Kapella ua*, Gewalt in der Familie und im nahen sozialen Umfeld. Österreichische Prävalenzstudie zur Gewalt an Frauen und Männern (2011) 60.

3 Die Schriftenreihe wurde 1996 von *Ursula Floßmann* begründet und wird mittlerweile von *Floßmann/Ulrich/Neuwirth/Greif* herausgegeben. Sie verfolgt das Ziel, Forschungsergebnisse der Legal Gender Studies zugänglich zu machen und dabei auch den wissenschaftlichen Nachwuchs zu fördern – so wie auch in diesem Band, dem *Waschers* Diplomarbeit zu Grunde liegt. Vgl www.jku.at/legalgenderstudies/content/e99272 (2.4.2014).

4 *Wascher*, Das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (2013) Vorwort.

Gewalt.⁵ Das Fakultativprotokoll zur CEDAW, welches auch von Österreich ratifiziert wurde und 2000 in Kraft getreten ist, ermöglicht eine Individualbeschwerde an das CEDAW-Komitee. *Wascher* führt zwei besonders dramatische Fälle an, in denen eine solche Individualbeschwerde gegen Österreich erhoben wurde. In beiden Fällen⁶ wurden Frauen von ihren Ehemännern getötet und in beiden Fällen hatte die Polizei von der vom Mann ausgehenden Gefahr gewusst (durch Anzeige der Frau, Zeug_innen und einstweilige Verfügungen von Zivilgerichten). Das Komitee stellte fest, dass Österreich seine Pflichten aus der Konvention, das Leben und die körperliche Integrität der beiden Frauen zu schützen, verletzt hatte. Schon während der Verfahren kam es zu einigen gesetzlichen Änderungen, um den Gewaltschutz in Österreich zu verbessern: § 107 Abs 4 StPO wurde gestrichen und die gefährliche Drohung somit auch bei Begehung im Familienkreis ein Officialdelikt; psychosoziale und juristische Prozessbegleitung sowie die schonende Vernehmung in der Hauptverhandlung von Opfern wurden eingeführt; es wurde ermöglicht, die Untersuchungshaft an Bedingungen wie die Einhaltung von einstweiligen Verfügungen zu knüpfen, was die Durchsetzung der einstweiligen Verfügungen erleichtert; und in der Staatsanwaltschaft wurden Planstellen für Staatsanwält_innen geschaffen, die für den Umgang mit Gewaltdelikten im sozialen Nahraum besonders geschult sind.⁷

Gewalt gegen Frauen auch als Menschenrechtsverletzung wahrzunehmen ist, wie *Wascher* darstellt, eine Entwicklung der letzten 20 Jahre. Seit Ende der 90er gibt es auch Rechtsprechung des EGMR, die sich mit häuslicher Gewalt gegen Frauen auseinandersetzt und in vielen Fällen Menschenrechtsverletzungen festgestellt hat, wenn die betroffenen Frauen nicht ausreichend geschützt wurden. *Wascher* zeigt, wie diese Judikatur die Entstehung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (in Folge: Übereinkommen) beeinflusst hat⁸.

Das Übereinkommen wurde 2011 in Istanbul unterzeichnet (daher auch: „Istanbul-Konvention“)⁹ und von Österreich im November 2013 ratifiziert. Österreich ist damit ab Inkrafttreten¹⁰ gem Art 1 völkerrechtlich verpflichtet, „Frauen vor allen Formen der Gewalt zu schützen und Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt zu verhüten, zu verfolgen und zu beseitigen“. Außerdem soll eine „echte Gleichstellung von Frauen und Männern, auch durch Stärkung der Rechte der Frau,“ gefördert werden und ein „umfassender Rahmen sowie umfassende politische und sonstige Maßnahmen zum Schutz und zur Unterstützung aller Opfer von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“ entworfen werden. Die im Übereinkommen vorhergesehenen Maßnahmen sind vielfäl-

⁵ *Wascher*, Übereinkommen 25.

⁶ *Sabide Goecke v Austria* CEDAW Communication No 5/2005 (2007) UN Doc CEDAW/C39/D/5/2005 und *Fatma Yildirim v Austria* CEDAW Communication No 6/2005 (2007) UN Doc CEDAW/C39/D/6/2005.

⁷ *Wascher*, Übereinkommen 55ff.

⁸ *Wascher*, Übereinkommen 60-73.

⁹ SEV Nr 210.

¹⁰ Das Übereinkommen wird am 1.8.2014 in Kraft treten, vgl www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=210&CM=&DF=&CL=GER (13.5.2014).

tig: Es sollen legislative und politische Maßnahmen, die Verteilung öffentlicher Mittel sowie Maßnahmen zur Bewusstseinsbildung eingesetzt werden, um die Ziele des Übereinkommens zu erreichen.

Viele nach dem Übereinkommen erforderliche Maßnahmen sind in Österreich schon gesetzt worden, zT schon vor Unterzeichnung des Abkommens. *Wascher* nennt in diesem Zusammenhang das zweite GewaltschutzG 2009 und die SPG-Novelle 2013, durch die ua das Wegweiserecht ausgebaut wurde, und das Genderbudgeting, das seit 2009 in Art 13 Abs 2 B-VG verfassungsrechtlich verankert ist.

In anderen Bereichen gibt es allerdings noch Handlungsbedarf. So sind zB noch nicht alle Aspekte der Vorbereitungshandlungen zu Zwangsheiraten kriminalisiert, wie es Art 36 Abs 1 des Übereinkommens verlangt.¹¹

Nach dem Übereinkommen darf darüber hinaus die Verhängung von Kontakt- und Näherungsverboten nicht von der Einleitung eines Strafverfahrens abhängen (Art 53 Abs 2 leg cit). Dies hat den Grund, dass viele Opfer zwar Schutzmaßnahmen in Anspruch nehmen wollen, nicht aber Anzeige gegen die Täter_innen¹² erstatten möchten.¹³ Auch in Österreich erstatten nur 16,5 % von gewaltbetroffenen Frauen Anzeige.¹⁴ Dies spricht dafür, dass die rechtlichen Möglichkeiten den Bedürfnissen von Opfern nicht gerecht werden. *Wascher* sieht die Vorgaben des Übereinkommens mit der Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung nach §§ 382b ff EO erfüllt. In das Verfahren nach §§ 382b ff EO sind allerdings die Sicherheitsbehörden eingebunden, die nach dem Offizialgrundsatz bei Kenntnisnahme eines möglicherweise strafrechtlich relevanten Sachverhalts ein Ermittlungsverfahren einleiten müssen. Das Verfahren der einstweiligen Verfügung ist also praktisch nicht komplett vom strafrechtlichen Verfahren abgekoppelt.

Auch in Österreich sind Frauen heute noch im großen Ausmaß von Gewalt betroffen. *Waschers* Buch gibt einen guten Überblick über die völkerrechtlichen Aspekte des Diskriminierungs- und Gewaltschutzes und zeigt damit Möglichkeiten auf, Bestrebungen, diesen zu verbessern, auch auf internationale Verträge zu stützen. Das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt ist ein wichtiger Schritt für den Ausbau von Gewaltschutzmaßnahmen. In den Worten *Waschers*: „Diese Schutzmaßnahmen können erst entfallen, wenn durch die Abkehr von patriarchalen Denk- und Lebensmustern allen Frauen ein Leben ohne Gewalt ermöglicht wird.“¹⁵

Mag.² Angelika Adensamer ist Redaktionsmitglied des juridikum und Projektmitarbeiterin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien; a.adensamer@gmail.com

¹¹ *Wascher*, Übereinkommen 91.

¹² Ich verwende bewusst die gendergerechte Formulierung, auch wenn aus Studien hervorgeht, dass Männer häufiger als Frauen gewalttätig werden. Siehe dazu *Kapella* ua, Gewalt in der Familie 178.

¹³ Erläuternder Bericht zum Übereinkommen, Rz 273, www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=51544 (31.3.2014).

¹⁴ *Kapella* ua, Gewalt in der Familie 210.

¹⁵ *Wascher*, Übereinkommen, Vorwort.

Meilenstein für die Freiheit

Aufstieg und Fall der Vorratsdatenspeicherung

Philipp Schmuck

1. Ausgangslage

Am 8. April 2014 erlebte Europa einen Meilenstein in einem Kampf, wie er in Recht und Gesellschaft nicht alle Tage vorkommt. Gekämpft wurde um nahezu alle Metadaten, die bei jeder Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel erzeugt werden. In der Richtlinie (RL) zur Vorratsdatenspeicherung¹ hatte die EU allen Mitgliedsstaaten aufgetragen, sämtliche Verbindungs- und Standortdaten von ihren national ansässigen Telekommunikationsanbietern speichern zu lassen.² Es wurde also (und wird zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Beitrags noch immer) gespeichert, wann, wo, wie lange, und mit wem Sie in Verbindung getreten sind, sei es über Telefonanruf, SMS, E-Mail oder die Herstellung einer Internetverbindung. Die einen sahen in der verdachtsunabhängigen Speicherung die Aushöhlung fundamentaler Prinzipien von Freiheitsrechten, Rechtsstaat und Demokratie und traten vehement gegen sie auf. Die anderen verteidigten das Speichern, das sie als unerlässlich für die Bekämpfung und Verfolgung von organisiertem Verbrechen und Terrorismus ansahen. Es geht also um die Abwägung: Freiheit gegen Sicherheit, Privatsphäre gegen Verbrechensbekämpfung, Unschuldsvermutung gegen Prävention, Individuum gegen Staat.

2. Anfechtung

Da die RL von Anfang an von Bedenken hinsichtlich ihrer grundrechtskonformen Umsetzbarkeit begleitet war, wurde zu ihrer Umsetzung in österreichisches Recht das Ludwig Boltzmann-Institut für Menschenrechte beauftragt. Dieses setzte die RL um³, betonte aber von vornherein, dass es den Grundrechtseingriff nur abschwächen, nicht aber beseitigen könne, und kündigte an, die Umsetzung nach Inkrafttreten am 1. April 2012 im Wege eines Individualantrags nach Art 140 B-VG anzufechten.

1 RL 2006/24/EG.

2 Auflistung der zu speichernden Daten Art 5 RL 2006/24/EG.

3 Im Wesentlichen durch Novellen des Telekommunikationsgesetzes (BGBl I 2011/27), der Strafprozessordnung und des Sicherheitspolizeigesetzes (BGBl I 2011/33).

Die Argumentation der vom Arbeitskreis Vorratsdatenspeicherung⁴ maßgeblich mitinitiierten Anfechtung, die am 15. Juni 2012 von 11.139 UnterstützerInnen dem Verfassungsgerichtshof (VfGH) vorgelegt wurde⁵, beinhaltete im Wesentlichen vier Punkte: Erstens seien durch die Vorratsdatenspeicherung *alle* NutzerInnen von Kommunikationsdiensten „aktuell, unmittelbar und nachteilig in ihrer Grundrechtssphäre“ betroffen.⁶ Zweitens sei die Vorratsdatenspeicherung gar nicht *geeignet*, ihr Ziel zu erreichen, zum einen, weil Studien⁷ besagen, dass die Aufklärungsquote von Straftaten durch die Vorratsdatenspeicherung nicht merklich gesteigert wird, zum anderen, weil es für Kriminelle ein Leichtes sei, diese zu umgehen.⁸ Drittens sei sie sogar dann, wenn sie „möglicherweise in manchen Einzelfällen die Ermittlungen unterstützt, nicht das schonendste Mittel, den Zweck zu erreichen“.⁹ Schließlich gebe es alternative Ermittlungsmethoden, wie zum Beispiel Quick-Freeze¹⁰, die weniger in Grundrechte eingreifen, aber den Zweck ebenso erreichen würden.¹¹ Viertens sei der Nachteil, der durch die Vorratsdatenspeicherung „für die Einzelnen sowie die Gesellschaft“ entsteht, auch dann unverhältnismäßig, wenn man sie „als das gelindeste, noch zum Ziel der Kriminalitätsbekämpfung führende Mittel“ ansehe.¹²

Der VfGH teilte diese Bedenken dem Grunde nach und beschloss am 28. November 2012 dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage gemäß Art 267 AEUV zur Entscheidung vorzulegen, ob die RL zur Vorratsdatenspeicherung mit europäischen Grundrechten, insb Art 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens), Art 8 (Schutz personenbezogener Daten) und Art 11 (Freie Meinungsäußerung) der EU Grundrechtecharta (GRC), vereinbar sei.¹³ Die Entscheidung des EuGH¹⁴ erging schlussendlich am 8. April 2014.

3. Entscheidung

Das Ergebnis sei vorweggenommen: Der EuGH erklärte die RL letztendlich für ungültig, weil sie unverhältnismäßig und nicht hinreichend bestimmt ist.

4 www.akvorrat.at (28.4.2014).

5 Individualantrag zu VfGH G47/12 ua, veröffentlicht auf www.verfassungsklage.at (14.4.2014). Zur selben Sache brachten auch die Kärntner Landesregierung sowie eine Einzelperson Individualanträge ein.

6 Individualantrag 33.

7 ZB Studie des Max Planck-Instituts für Strafrecht und Kriminologie bezüglich deliktsspezifischer Aufklärungsquoten in Deutschland im Zeitraum von 1987 bis 2010. Siehe *Albrecht ua*, Schutzlücken durch Wegfall der Vorratsdatenspeicherung?, Freiburg 2011, www.mpg.de/5000721/vorratsdatenspeicherung.pdf (15.4.2014).

8 Individualantrag 34-35.

9 Individualantrag 35.

10 Beim Quick-Freeze handelt es sich um ein Verfahren, bei dem ein Gericht bzw eine unabhängige Behörde das „Einfrieren“ der Daten einer konkreten Verdachtsperson anordnet.

11 Individualantrag 35.

12 Individualantrag 35-36.

13 Beschluss des VfGH, 28.11.2012, G47/12 ua.

14 EuGH 8.4.2014, C-293/12, *Digital Rights Ireland* und C-594/12, *Seitlinger ua* (in der Folge „VDS-Urteil“).

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH müssen „Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten und dessen Einschränkungen auf das absolut Notwendige“ beschränkt werden (VDS-Urteil Rz 52). Der EuGH kritisierte das Ausmaß der Speicherung der Vorratsdaten: *Alle Verkehrsdaten von allen NutzerInnen zu speichern sei zu viel* – auch, weil die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel „im täglichen Leben jedes Einzelnen von wachsender Bedeutung ist.“ (Rz 56) Das Problem an der Vorratsdatenspeicherung sei das *flächendeckende* Erfassen der Daten. Gespeichert würden die Daten aller NutzerInnen ohne ein objektives Kriterium, ob eine Person „in einem auch nur mittelbaren oder entfernten Zusammenhang mit schweren Straftaten stehen könnte.“ Dabei werde auch keine Rücksicht auf Berufsgeheimnisse genommen (Rz 58).

Außerdem sei weder durch ein objektives Kriterium, noch durch materiell- oder verfahrensrechtliche Voraussetzungen sichergestellt, dass die Behörden auch nur für jene *Zwecke* auf die Daten zugreifen, die den Eingriff rechtfertigen. Es gebe also in der RL nichts, was verhindert, dass die Behörden die Daten nutzen, um zB einen einfachen Diebstahl damit aufzuklären. Auch gebe es keine wirksamen Garantien, um sicherzustellen, dass die Anwendung der RL nicht über ihr Ziel (die Verfolgung schwerer Straftaten) hinausgeht (Rz 60–61).

Nichts beschränke ferner die Zahl der Einsicht habenden *Personen* auf das Notwendigste. Der Zugang zu den Daten unterliege *keiner Kontrolle* durch ein Gericht oder eine unabhängige Behörde (Rz 62). Nach der RL sollen alle *Datenkategorien* gleich lang, nämlich mindestens sechs Monate, gespeichert werden. Dabei seien aber eventuell nicht alle Kategorien von gleichem Nutzen für die Verfolgung schwerer Straftaten (Rz 63). Der EuGH sieht als nicht objektiv gerechtfertigt an, warum jeweils gerade *diese Speicherfrist* für *diese Datenkategorie* zur Erreichung des Ziels notwendig sei (Rz 64). Damit folgt er der Kritik der AntragstellerInnen im Ausgangsverfahren, wonach der politischen Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung niemals eine objektivierte Bedarfserhebung vorausgegangen war.

Darüber hinaus werde weder Anbietern noch Mitgliedstaaten präzise und strikt aufgetragen, wie diese große Menge sensibler Daten angemessen zu schützen sei (Rz 66). Anbieter müssten nicht für ein höchstmögliches Schutzniveau sorgen, sondern dürften sogar noch hinsichtlich der Datensicherheit „wirtschaftliche Erwägungen“ einfließen lassen.¹⁵ Und: Nichts in der RL garantiere, dass die Daten nach Fristablauf auch „unwiderruflich vernichtet werden“ (Rz 67). Auch müssten die Daten nicht im Unionsgebiet gespeichert werden, wodurch nicht „vollumfänglich gewährleistet“ sei, dass Datenschutz und Datensicherheit im Sinne des Art 8 Abs 3 GRC von einer unabhängigen Stelle überwacht werden (Rz 68).¹⁶

¹⁵ Vgl Art 4 Abs 1 RL 2002/58/EG.

¹⁶ Wenn man an den NSA-Überwachungsskandal denkt, kann man erahnen, wie es um die Vollumfänglichkeit der Sicherheit dieser Daten bestellt ist.

All das zusammengekommen bewirkte, dass der EuGH die RL als Ganzes für ungültig erklärte.

4. Konsequenzen

Aus dem Urteil des EuGH ergeben sich kurz zusammengefasst folgende Konsequenzen

a) für das Verfahren beim VfGH:

Der VfGH ist inhaltlich an die Vorabentscheidung des EuGH gebunden. Es ist daher zu erwarten, dass der VfGH rasch entscheidet und die Vorratsdatenspeicherung in Österreich aufhebt. Insb muss nach der zu erwartenden Entscheidung des VfGH sichergestellt werden, dass die bereits gespeicherten Daten ordnungsgemäß gelöscht und die Vorratspeicher entfernt werden.

b) für jede künftige Vorratsdatenspeicherung:

Die im Urteil des EuGH aufgestellten Kriterien für eine unionsrechtskonforme Vorratsdatenspeicherung sind umfassend und wären im Falle einer Neuauflage jedenfalls schwierig zu erfüllen. Eine „Vorratsdatenspeicherung 2.0“ müsste allen in der Entscheidung genannten Anforderungen genügen. Es ist unwahrscheinlich, dass es bei derartig eingeschränkten Bedingungen Sinn macht, eine Neuauflage der Vorratsdatenspeicherung nach dem bisherigen Konzept anzudenken. Ebenso unwahrscheinlich ist, dass sich für die Strafverfolgungsbehörden nicht bessere Mittel finden lassen, mit denen sie ihre Ziele präziser, effizienter und auch grundrechtsschonender erreichen können als durch flächendeckendes Speichern sämtlicher Verbindungsdaten.

c) für die EU:

Die EU hat gezeigt, dass sie über einen erstaunlich entschlossenen Korrekturmechanismus verfügt, der sicherstellt, dass der Grundsatz des Datenschutzes im Hinblick auf ihre BürgerInnen ernst genommen wird. Relevant sollte dies auch für Abkommen mit Drittstaaten, insb den USA sein, etwa im Hinblick auf die äußerst umstrittene Regelung zur „Fluggastdatenspeicherung“.¹⁷ Dabei stehen auch die politischen AkteurInnen in der Pflicht, gerade angesichts des NSA-Datenskandals auch international wirksamen Schutz zu schaffen.

5. Was bleibt

Übrigbleiben werden nach wie vor zwei große politische Strömungen: Die eine fordert mehr Freiheit und die andere fordert mehr Sicherheit. Die eine wird auch weiterhin mit

17 Dazu zB der Datenschutzrat anlässlich des VDS-Urteils, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20140411_OTS0100/datenschutzrat-bestimmungen-zur-vorratsdatenspeicherung-schon-jetzt-ueberpruefen (22.4.2014).

der Gefährdung und Einschränkung der Freiheit argumentieren, wie sie in den Grundrechten definiert ist, die andere auch weiterhin mehr und flächendeckendere Überwachung mit dem Ziel größerer Sicherheit fordern.

Warum aber war und ist es aus Sicht des Autors richtig, sich – in dieser Causa und in der Zukunft – auf die Seite der ersten Gruppe zu stellen? *Weil der technologische Fortschritt, der unsere Gesellschaft beherrscht, tendenziell stets der zweiten Gruppe in die Hände spielt:* den Überwachern und nicht den Überwachten.

Der technologische Fortschritt selbst bewirkt, dass das Gleichgewicht von Sicherheit und Freiheit sich gefährlich zu Ungunsten der Grundrechte neigt. Mit der Möglichkeit immer größerer Datensammlungen und der zunehmenden Vermessbarkeit jedes Menschen verfügen wir schon heute über die technologischen Mittel, die grundrechtlich garantierten Freiheiten auszuhöhlen, und haben noch dazu für alles die rechtfertigenden Begriffe zur Hand, die in der Regel nicht genau definiert werden müssen („Sicherheit“). Diese Tendenz hat durchaus das Potential, unsere derzeitige Gesellschaftsform nachhaltig und nachteilig zu verändern.

Jeder Schritt hin zu einer Gesellschaft virtueller Netzwerke, jede App, die wir downloaden, um uns das Leben zu erleichtern, ist potentiell ein Schritt hin zu einer Gesellschaft totalitärer Kontrolle, wenn der Überwachung nicht klare Grenzen gesetzt werden. Ohne entsprechendes Bewusstsein in der Gesellschaft und vor allem bei EntscheidungsträgerInnen werden die Warnrufe so lange verhallen, bis es zu spät ist.

Oder aber uns gelingt ein großartiger Akt der Vernunft, nämlich der Verführungskraft, die von digitaler Technologie ausgeht und zu Massenüberwachung und Massenmanipulation führen kann, zu widerstehen und Technologie sowie Hersteller und Sicherheitsbehörden – ihre letzten Endes größten Nutznießer – einem strikten Reglement zu unterwerfen. Je mehr sich die Gesellschaft selbst überwachen kann, desto mehr muss sie ihre Überwacher kontrollieren. Mit der Entscheidung vom 8. April 2014 ist dazu eine starke Ausgangsbasis geschaffen.

Philipp Schmuck studiert Rechtswissenschaften in Wien, war Co-Autor des Individualantrags, anschließend Mitarbeiter des Europäischen Parlaments zu Fragen der Privatsphäre und Informationsgesellschaft; philipp.schmuck48@gmail.com

Leben hinter Gittern

Alexia Stuefer

Rezension zu *Christine Hubka*, Die Haftfalle. Begegnungen im Gefängnis, Wien, Edition Steinbauer, 2013, 191 S., € 22,50, ISBN 978-3-902494-67-2

Das 2013 in der Edition Steinbauer erschienene Buch „*Die Haftfalle. Begegnungen im Gefängnis*“ von *Christine Hubka* ist in vielfacher Hinsicht einzigartig. Die Autorin ist evangelische Pfarrerin iR und als Gefängnisseelsorgerin in der Justizanstalt Josefstadt in Wien tätig. Die 21 thematisch abgegrenzten episodenhaften Erzählungen mit Berichten und Gedichten der evangelischen Gerichtsseelsorger *Matthias Geist* und *Markus Fellingner* geben Einblick in eine Welt, die für den Großteil der Gesellschaft nicht existiert.

Gefängnisse sind Nichtorte, da mit ihnen – und mit den dort lebenden Menschen – überwiegend negative Assoziationen verbunden werden. Ab dem Zeitpunkt der Fällung des (eine Haftstrafe oder Maßnahme verhängenden) Urteils verschwinden diese Menschen (auch räumlich) aus dem Blickwinkel der Öffentlichkeit. Es scheint, als wolle sich die Gesellschaft mit diesen Menschen nicht mehr beschäftigen, als wolle sie sie über einen Abwehrmechanismus aus dem kollektiven Bewusstsein ausblenden. Sie erlangen kaum noch Aufmerksamkeit und wenn doch, dann meist über medial reißerische Negativschlagzeilen. Im Fokus stehen spektakuläre Gefängnisausbrüche, Übergriffe durch Justizwachepersonal, drastische Überbelege und gleichzeitiger Personalabbau, steigende Vollzugskosten, inhaftierte Prominenz sowie Gewalt und Gewaltexzesse unter Mithäftlingen. Selbst in der Wissenschaft hat der Strafvollzug – trotz der hohen Erwartungen, die an ihn gestellt werden (Resozialisierung) – nur marginale Bedeutung. Politisch Verantwortliche reagieren regelmäßig erst dann, wenn nicht mehr kleinzuredende Missstände ans Tageslicht gelangen.

In diese verschwundene Realität gewährt *Hubka* auf außergewöhnliche Art und Weise Einblick. Hervorzuheben ist der sehr einladende Erzählstil, der jegliche Belehrung meidet, aber dennoch Erkenntnisse verspricht. Die bemerkenswert behutsame Herangehensweise in der textlichen Verarbeitung der gewonnenen Eindrücke ist bereits im Vorwort zu spüren und zieht sich durch das gesamte Werk. Die thematisch mit den Erzählungen abgestimmten Gedichte und Erfahrungsberichte bereichern Form und Inhalt. Die jeweiligen Erzählungen sind Berichte über die Gespräche mit (namentlich nicht individualisierbaren) Gefangenen, die auf diese Weise selbst zu Wort kommen, wodurch noch mehr Unmittelbarkeit erzeugt wird. Sie berichten aus ihrem Alltag im Gefängnis,

etwa über die Schock- und Stressreaktionen nach erstmaliger Haftverhängung, über Suizidrisiken, über prekäre Raumsituationen, die jegliche Intimität ausschließen, über fehlende Beschäftigungs-, Freizeit- und Bewegungsmöglichkeiten, über das 23 von 24 Stunden in-der-Zelle-eingeschlossen-Sein, über die Macht der Justizwache, über die Haft mit Kindern, über die Schwierigkeiten, den Kontakt mit Angehörigen aufrechtzuerhalten, über Drogen und Umgang mit Drogenerkrankungen. Anhand der nach Themen abgegrenzten, höchstpersönlichen Schilderungen legt die Autorin die strukturellen Probleme des Strafvollzugs offen und zeigt auf diese Weise, dass die permanente Verdrängung der Realität „hinter Gittern“ auf Dauer nicht gut sein kann, weder für die Menschen „drinnen“ noch für die Menschen „draußen“. Dass *Hubka* die Berichte mit empirischem Material und Gesetzeszitaten unterlegt, verleiht ihnen Souveränität und macht die Lektüre zur Wissensvermittlung.

Die Autorin lässt keinen Zweifel daran, dass stets der Mensch in seiner Einzigartigkeit im Mittelpunkt steht: „Jede und jeder hat ein eigenes Gesicht, eine eigene Lebensgeschichte. Auch die Tat gehört zu ihnen und ist auf ihre Weise einzigartig.“ (S 9) Und weiter: „Ich selber frage nie, welches Delikt meinen Gesprächspartner ins Gefängnis gebracht hat. Wenn jemand es von sich aus erzählt, ist es gut. Tut er sich nicht, ist es auch gut.“ (S 10) Die Begegnungen geschehen ohne Vorwurf, aber auch nicht ohne die „haftrelevante“ Tat außer Acht zu lassen. Nicht zuletzt dieser Umstand ist ein Beleg für die Objektivität der Berichte.

Nicht nur die Gesetzgebung, die Justizverwaltung und die Gerichte, sondern auch die Lehre sei zur Lektüre dieses Buches aufgerufen, um sich umso rascher der dringend notwendigen Reform des Strafvollzugs zu stellen.

RAⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Alexia Stuefer ist Strafverteidigerin in Wien, Generalsekretärin der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen, Lehrbeauftragte an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien und Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; stuefer@anwaltsbuero.at

Haftung für Medikamententests in Indien

Carolijn Terwindt¹

1. Strategische Prozessführung für verbesserten Schutz von Testpersonen

Im Jahr 2009 wurden im Rahmen einer Arzneimittelstudie in Indien 24.000 Mädchen geimpft – wie sich später bestätigte, entsprach das Verfahren zur Aufklärung und Einwilligung jedoch nicht den nötigen Anforderungen. In diesem Beitrag werden die Bemühungen beschrieben, den Fall vor den Obersten Gerichtshof Indiens zu bringen, um auf das grundsätzliche Problem der unzureichenden Gewährleistung von Sicherheitsbestimmungen bei der Verlagerung von klinischen Studien nach Indien hinzuweisen.

Seit 1966 stellt eine fehlende oder unzureichend informierte Einwilligung zur Teilnahme an einer klinischen Studie gemäß Art 7 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt, IPbpR) und Art 12 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt, IPwskR) eine Menschenrechtsverletzung dar.² Eine informierte Einwilligung ist dann gegeben, wenn die Patient_innen freiwillig ihre Bereitschaft erklären, an einer bestimmten Studie teilzunehmen, nachdem sie über deren Beschaffenheit, Bedeutung, Auswirkungen und Risiken aufgeklärt wurden. Dies ist essentiell, um Menschen vor ungewollten Versuchen zu schützen, und ein weithin anerkanntes Prinzip. Dennoch berichten Zeitungen, wie beispielsweise in Indien, von Menschen, die sich ihrer Beteiligung an einer klinischen Studie nicht bewusst waren.³ In Ländern, die von Armut und Analphabetismus geprägt sind, in denen ein Hierarchiegefälle zwischen Arzt_Ärztin und Patient_in besteht sowie eine enorme Abhängigkeit von der Teilnahme an klinischen Studien, um überhaupt Zugang zu medizinischer Versorgung zu erhalten, ist die Gewährleistung einer freiwilligen Zustimmung unter Umständen schwierig.⁴

1 Dieser Artikel wurde ursprünglich auf Englisch verfasst. Für die Übersetzung danke ich Kristina Vesper, André von Horn und Annelen Micus. Bei den Recherchen unterstützt wurde ich von Aisling O'Neill.

2 Art 7 IPbpR: „Niemand darf Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden. Insbesondere darf niemand ohne seine freiwillige Zustimmung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen unterworfen werden.“ In ähnlicher Weise besagt der General Comment zu Art 12 IPwskR, dass mit dem Recht auf Gesundheit das Recht auf Kontrolle über Gesundheit und Körper sowie der Schutz vor Eingriffen einhergehen. Dies beinhaltet insbesondere das Recht, weder Folter, noch medizinischen Behandlungen und Versuchen ohne Einwilligung unterworfen zu werden. *Committee On Economic, Social And Cultural Rights*, General Comment No 14 (2000) E/C.12/2000/4, 11. 8. 2000, para 8.

3 Lloyd-Roberts, Have India's poor become human guinea pigs? BBC Newsnight, 1.11.2012, www.bbc.com/news/magazine-20136654 (17.4.2014).

4 Wemos, A Bitter Pill: The risks of carrying out clinical drug trials in developing countries (2007) 15.

Für das *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) ist die Verletzung grundlegender Menschenrechte ein Grund in Aktion zu treten. Insbesondere dann, wenn europäische Unternehmen in diese Fälle involviert sind. Das ECCHR ist eine unabhängige und gemeinnützige Organisation, die sich dem Schutz der Bürger_innen- und Menschenrechte verpflichtet hat. Gemeinsam mit Kooperationspartner_innen in den Ländern, in denen Menschenrechtsverletzungen stattfinden, strengt das ECCHR Gerichtsverfahren an oder unterstützt sie und ermöglicht Betroffenen so den Zugang zur Justiz. Darunter fällt auch der Schutz der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, wie zum Beispiel das Recht auf Gesundheit. Rechtsverfahren können zur Entschädigung der Opfer von Medikamententests beitragen. So wurde beispielsweise der *Bayer-Konzern* im Jahr 2013 von einem chinesischen Gericht zu einer Entschädigungszahlung in Höhe von 64.405 US-Dollar an eine 84-jährige Rentnerin aus Peking verurteilt, die infolge ihrer Teilnahme an einer klinischen Studie zahlreiche Schocks erlitten hatte.⁵ Gerichtsverfahren können aber auch eine juristisch-politische Strategie darstellen, bei der die Fälle sorgsam danach ausgewählt werden, die Aufmerksamkeit auf bestimmte Probleme zu lenken und eine umfassendere Gesellschafts- oder Justizreform anzustoßen.⁶

In diesem Beitrag wird erläutert, wie es Frauenrechtler_innen und Anwält_innen des *Human Rights Law Networks* (HRLN) gelang, vor dem Obersten Gerichtshof in Indien eine Klage wegen einer Arzneimitteluntersuchung, die unter Beteiligung europäischer und US-amerikanischer Impfstoffhersteller erfolgt war, einzureichen. In einzigartiger Zusammenarbeit mit Jurist_innen verschiedener Länder unterstützte das ECCHR den Fall mit einem *Amicus-Curiae*-Schriftsatz, der eine Übersicht der internationalen Richtlinien, Gesetzgebung und Rechtsprechung umfasst, sowie die rechtlichen Pflichten von den Auftraggebern klinischer Studien (sogenannten Sponsoren⁷) und den Herstellern der medizinischen Prüfpräparate aufzeigt. Als Beispiel strategischer Prozessführung befasst sich der Fall mit dem weitgehend unzureichenden Schutz der Proband_innen von Medikamententests in Indien, dem Scheitern des Staates, die ethischen Rahmenbedingungen von Studien zu überprüfen und der unzureichenden Haftungsübernahme der beteiligten nicht-staatlichen Akteure aus dem Ausland. Anstatt den Fall vor US-amerikanischen oder europäischen Gerichten zu verhandeln, bietet die Klage vor dem Obersten Gerichtshof Indiens diesem die Möglichkeit, über das Vorgehen ausländischer Unternehmen bei Medikamententests in Indien zu urteilen. Im Folgenden soll nun zunächst

5 Yuan, *Risky Bets: Clinical pharmaceutical trials present a dilemma for China's legal system*, Beijing Review 11, 11.4.2013, www.bjreview.com.cn (21.4.2014).

6 Kaleck, *Vom progressiven Gebrauch des Rechts. Strategische Klagen bei Menschenrechtsverletzungen*, *juridikum* 2012, 372.

7 Als „Sponsoren“ werden diejenigen verstanden, die Untersuchungen initiieren, organisieren und/oder finanzieren. Siehe Art 2 lit e RL 2001/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.4.2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung der guten klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Humanarzneimitteln, ABl L 2001/121, 34.

der Kontext, in dem die Durchführung klinischer Studien in Ländern wie Indien erfolgt, skizziert werden. An zweiter Stelle wird das konkrete Impfprojekt näher erläutert; daran anschließend folgt die Vorstellung der Rechtssache. Zum Abschluss soll die mögliche Tragweite dieses Gerichtsverfahrens kurz diskutiert werden.

2. Der mangelnde Schutz der Teilnehmer_innen bei klinischen Studien im Ausland

Bei klinischen Prüfungen werden therapeutische Wirksamkeit und mögliche Nebenwirkungen von neuen Medikamenten an freiwilligen Proband_innen getestet. Die Durchführung solcher Untersuchungen ist erforderlich, um neue Medikamente und Impfstoffe auf den Markt zu bringen. Das Wachstum der pharmazeutischen Industrie generiert einen entsprechend großen Bedarf an freiwilligen Testpersonen. Gleichzeitig erschweren die Vorbehalte der Bevölkerung wohlhabenderer Länder gegenüber solchen Untersuchungen die Beteiligung von Proband_innen in den Heimatländern der Pharmakonzerne.⁸ In den vergangenen zwei Jahrzehnten dokumentierten Wissenschaftler_innen eine Globalisierung der klinischen Studien, bei der transnationale Unternehmen aus wohlhabenderen Ländern Teile ihrer Arzneimittelforschung in ärmere Regionen verlagern.⁹ Beliebte Zielländer sind Brasilien, Indien, China und verstärkt auch Kenia sowie Südafrika.¹⁰ Diese Länder bieten ausgezeichnet ausgestattete medizinische Einrichtungen bei vergleichsweise niedrigeren Kosten als im eigenen Land.¹¹ Zudem ist die Bevölkerung ethnisch vielfältig und es gibt Menschen, die noch nie medizinisch behandelt wurden, wodurch Wechselwirkungen zwischen Arzneimitteln ausgeschlossen werden können.¹² Eine Beratungsfirma der pharmazeutischen Industrie formuliert es so: „Afrika hat ein einmaliges Profil, das viele Life-Sciences-Unternehmen anzieht. Unter all den aufstrebenden Regionen ist in Afrika der Zugang zu einer guten Gesundheitsversorgung am geringsten, wodurch der Strom williger Patienten zur Beteiligung an Arzneimittelstudien sichergestellt ist.“¹³

Häufig beauftragen die Arzneimittelhersteller Auftragsforschungsinstitute (*Contract Research Organizations, CROs*), um die Studien vor Ort durchzuführen. In den vergangenen zehn Jahren hat diese Fremdvergabe stark zugenommen. Schätzungen zufolge

8 *Cekola*, Outsourcing Drug Investigations to India: A Comment on U.S., Indian, and International Regulation of Clinical Trials in Cross-Border Pharmaceutical Research, *Nw. J. Int'l & Bus.* 2007, 125 (128).

9 *Glickman et al.*, Ethical and Scientific Implications of the Globalisation of Clinical Trials, *New England Journal of Medicine* 2009, 816; *Rehnquist*, The Globalisation of Clinical Trials: A Growing Challenge in Protecting Human Subjects, Department of Health and Human Services, Office of Inspector General, OEI-01-00-00190 (2001), <http://oig.hhs.gov/oei/reports/oei-01-00-00190.pdf> (21.4.2014).

10 *Wemos*, The Clinical Trials Industry in South Africa: Ethics Rules and Realities (2013); *Wemos*, The Clinical Trial Industry in Kenya: Realities, Risks and Challenges (2014).

11 *Wemos*, A Bitter Pill 9.

12 *Wemos*, Kenya 17.

13 Ein Zitat der *Cutting Edge Information* Webseite (www.cuttingedgeinfo.com/research/clinical-development/africa-clinical-trials) zitiert nach *Wemos*, Kenya 17.

wird weltweit rund die Hälfte aller medizinischen Studien über ein solches „Outsourcing“ abgewickelt, und es existieren mehr als 1.100 CROs.¹⁴ Ihre Spezialisierung auf die Durchführung klinischer Studien verbunden mit dem vermeintlich schnellen Anwerben von Testpersonen macht eine Zusammenarbeit für Arzneimittelhersteller attraktiv. Eine schnelle Abwicklung ist den Pharmaunternehmen wichtig, da Patente auf neue Medikamente meistens nach 20 Jahren auslaufen und Verzögerungen bei klinischen Studien ihre Gewinne begrenzen.¹⁵

Gesundheitsaktivist_innen äußern Bedenken angesichts der Vergabe und Verlagerung klinischer Studien ins Ausland. Diese werden häufig dort durchgeführt, wo die normale Bevölkerung keinen Zugang zur Gesundheitsversorgung hat, sodass die Teilnahme an einer klinischen Studie eine Möglichkeit zur medizinischen Versorgung eröffnet, die andernfalls nicht vorhanden oder nicht erschwinglich wäre. Der Leiter eines südafrikanischen CRO wird mit den folgenden Worten zitiert: „Das Anwerben von Patienten in Südafrika ist einfach. Die Menschen sind motiviert durch den Zugang zu Medikamenten, die schnelle Behandlung, das nette Auftreten der Ärzte sowie die geringeren Wartezeiten.“¹⁶ In einigen Ländern kommt es zu einer bedenklichen Praxis, dem sogenannten „Forum-Shopping“ in Bezug auf Ethikkommissionen, bei dem nach der Ablehnung durch die Ethikkommission an einem Ort (die für die Annahme des Protokolls verantwortlich ist) die Annahme durch eine Ethikkommission an einem anderen Ort erreicht wird.¹⁷ In vielen Ländern genießen Ärzt_innen hohes Ansehen, sodass von ihnen gefällte Entscheidungen tendenziell seltener von den Patient_innen hinterfragt werden. Letztlich entstehen unter dem Druck, Ergebnisse liefern zu müssen, häufig Interessenskonflikte. Wenn das Budget ihres Krankenhauses von der Anzahl der Teilnehmenden abhängt, kann es passieren, dass die Verantwortlichen für die Beteiligung von Testpersonen ihre Sorgfaltspflichten vernachlässigen.¹⁸ Weiter wurde berichtet, dass die Beaufsichtigung der CROs durch die Arzneimittelhersteller nicht immer in ausreichendem Maße erfolgt.¹⁹ Die Vergabe und Verlagerung klinischer Studien ins Ausland erhöhen das Risiko der Ausbeutung von Patient_innen, insbesondere dort, wo eindeutige Regelungen fehlen oder nicht durchgesetzt werden.

Viel bleibt zu tun, um die notwendigen rechtlichen Rahmenbedingungen zum Schutz gefährdeter Testpersonen zu schaffen, gerade in Ländern, in denen der Zugang zur medizinischen Versorgung schwierig ist. Weitere gesetzliche Regelungen sind nötig, um zu

14 *Wemos*, South Africa 11.

15 *HuijsteelSchipper* (Hrsg), Putting Contract Research Organizations on the Radar: An exploratory study on the outsourcing of clinical trials by pharmaceutical companies to contract research organizations in non-traditional trial settings, SOMO, Salud y Farmacos, Centre for Studies in Ethics and Rights (2011) 30.

16 *Wemos*, A Bitter Pill 12.

17 *Srinivasan*, The Clinical Trial Scenario in India, *Economic and Political Weekly* 29.8.–4.9.2009, 29.

18 *Kahn*, India: A Nation of Guinea Pigs, *WIRED Magazine*, März 2006, www.wired.com/wired/archive/14.03/india-drug.html (17.4.2014).

19 *Wemos*, A Bitter Pill 12.

garantieren, dass Arzneimittelstudien nur durchgeführt werden, wenn sie der lokalen Bevölkerung Nutzen bringen. Hierzu gehören das Recht auf Weiterbehandlung nach Abschluss der Studie sowie eine verpflichtende Meldung bei einem öffentlichen Register für klinische Studien. Eine Verschärfung der Regelungen von Placebo-kontrollierten Studien wäre ebenso erforderlich wie eine systematische Bedarfsprüfung, um unnötige Prüfungen sogenannter Analogpräparate zu vermeiden, die keine klinischen Vorteile gegenüber älteren Medikamenten aufweisen.²⁰

3. Unzureichend informierte Einwilligung bei dem Impfprojekt in Indien

Die indischen Bundesstaaten Andhra Pradesh und Gujarat starteten 2009 ein Forschungsprojekt zur Impfung gegen humane Papillomviren (HPV), die Gebärmutterhalskrebs verursachen können. Heranwachsende Mädchen im Alter zwischen 10 und 14 Jahren sollten gegen HPV geimpft werden. Der Impfstoff wurde von den Pharmakonzernen *GlaxoSmithKline* und *Merck* zur Verfügung gestellt. Konzipiert und durchgeführt wurde das Vorhaben von PATH (*Program for Appropriate Technology in Health*, einer gemeinnützigen Gesundheitsorganisation aus den USA): die Finanzierung kam von der *Bill & Melinda Gates Foundation*. Im April 2010 beendete die indische Regierung das Projekt, nachdem Menschenrechtsorganisationen mehrfach über die Missachtung ethischer Standards durch PATH berichtet hatten. Zu diesem Zeitpunkt waren allerdings bereits 24.000 Mädchen geimpft worden.²¹

Nach der Durchführung zweier Untersuchungsmissionen in den Regionen, in denen die HPV-Impfungen stattgefunden hatten, kamen Frauenrechtler_innen und Anwälte_innen zu dem Schluss, dass die Anforderungen der informierten Zustimmung nicht erfüllt wurden.²² Sie besuchten Schulen, an denen Impfungen durchgeführt wurden, und befragten Aufsichtspersonen, Lehrpersonal, Schüler_innen und Familien. Im Gespräch mit den Eltern von Manjula, eines der sechs Mädchen, das nach der Impfung starb, stellte sich heraus, dass sie gerade auf dem Feld waren, als die zuständige Person kam, um nach der Einwilligung zu fragen. Der Großvater von Jamitha, die ebenfalls nach der Impfung starb, dachte, dass die Impfung verpflichtend wäre, und fürchtete den Entzug staatlicher Leistungen, sollte er nicht zustimmen.²³ Den Mitgliedern der Untersuchungsmission zufolge wurden

20 *Light/Lexchin*, Pharmaceutical research and development: what do we get for all that money?, *British Medical Journal* 2012, 345:e4348.

21 Das Projekt bestand aus zwei Teilen: Zum einen entsprach die Impfung einer klinischen Studie der Phase IV gemäß indischem Recht. Im Allgemeinen gibt es vier Phasen bei Arzneimitteltests. Phase IV wird nach der Marktzulassung durchgeführt und dient der Optimierung der Anwendung des Medikaments sowie der Erforschung von selteneren oder langfristigeren Nebenwirkungen und von Wechselwirkungen mit anderen Medikamenten. Zum anderen sollte das Verfahren zur weit verbreiteten Verabreichung des Impfstoffs getestet werden.

22 Die Untersuchungsmission fand von 27.3.–30.3.2010 in Andhra Pradesh und von 23.6.–28.6.2011 in Gujarat statt.

23 *HRLN*, Fact-Finding Report: HPV Vaccine Demonstration Project site in Vadodara District, Gujarat: Kavant, Shinor and Dabhoi Blocks, 23.–28.6.2011; *Nadimpally/Shenoi/Ashalata*, Findings from a Visit to Bhadrachalam: HPV Vaccine 'Demonstration Project' Site in Andhra Pradesh; New Delhi, Sama (2010). Die Dokumente liegen der Autorin vor.

„die Mädchen nicht über die Beschaffenheit oder den Zweck der Impfung informiert. Sie wussten nicht, wo sich der Gebärmutterhals befindet, und es wurde ihnen auch nicht erklärt. Die Mädchen glaubten, der Staat führe die Impfungen durch. Viele von ihnen dachten, die Impfung wäre Pflicht. Sie wurden auch nicht über mögliche Nebenwirkungen informiert.“²⁴

Ein von der Regierung beauftragter Untersuchungsausschuss befand die Erfüllung der Aufklärungspflicht für unzureichend und bemängelte insbesondere, dass Schuldirektor_innen Einwilligungsunterlagen im Namen der Mädchen unterzeichnet hatten, was als „unrechtmäßige Ermächtigung“ gewertet wurde.²⁵ Der Ausschuss befasste sich auch mit den sechs Todesfällen, konnte aber keinen Zusammenhang zwischen diesen und der Verabreichung des Impfstoffes feststellen. Kritisiert wurde allerdings, dass nicht alle Zwischenfälle vom Kontrollsystem gemeldet wurden.²⁶ Dabei ist die Überwachung von Arzneimittelstudien eine notwendige Voraussetzung, um Schädigungen zu erkennen und diesen hinreichend und unverzüglich entgegenzuwirken. Dem Ausschuss zufolge hatten die Prüfer_innen ihr „ganzes Vertrauen“ auf das Standardprogramm zur Meldung und Steuerung von Zwischenfällen gesetzt und keinen unabhängigen Mechanismus eingerichtet, um die Zulänglichkeit des staatlichen Routinevorgehens zu überprüfen.²⁷ Kritisiert wurden auch das späte Bekanntwerden der Todesfälle und ihre fehlende Untersuchung durch unabhängige Instanzen.²⁸

4. Der Weg bis zum Obersten Gerichtshof in Indien

Nachdem der Untersuchungsausschuss die Missachtung grundlegender ethischer Prinzipien bestätigt hatte, entschlossen sich Frauengesundheitsaktivist_innen, den Fall vor Gericht zu bringen und reichten im Januar 2013 eine sogenannte Klage im öffentlichen Interesse (*public interest petition*, PIL) vor dem Obersten Gerichtshof in Indien ein.²⁹ Aufgrund der Beteiligung von PATH sowie britischer und amerikanischer Pharmaunternehmen baten die Anwält_innen der klagenden Partei das ECCHR, einen Amicus-Curiae-Schriftsatz bei Gericht vorzulegen, aus dem die rechtlichen Rahmenbedingungen für klinische Studien in den jeweiligen Heimatländern hervor-

24 Public Interest Litigation Petition in the Supreme Court of India by Kalpana Mehta of Indore, Nalini Bhanot und V Rukmini Rao, eingereicht am 7.1.2013, para 209.19.

25 *Untersuchungsausschuss* (eingesetzt durch die indische Regierung am 15.4.2010 zur Untersuchung der „Alleged irregularities in the conduct of studies using Human Papilloma Virus (HPV) vaccine“ durch PATH in Indien, Vide notification No V.25011/160/2010-HR), Abschlussbericht vom 15.2.2011. Der Bericht liegt der Autorin vor.

26 *Untersuchungsausschuss*, Abschlussbericht 2011, unter Pkt 6.1.10, 7.1.3 und 8.2.

27 *Untersuchungsausschuss*, Abschlussbericht 2011, Pkt 6.1.10.

28 *Untersuchungsausschuss*, Abschlussbericht 2011, Pkt 8.2.

29 Eine zweite Klage wurde eingereicht von SAMA, einer Gruppe für Frauengesundheit, dem *Drug Action Forum* aus Karnataka und dem *Delhi Science Forum*. Vgl. *The Telegraph*, SC notice on vaccine trials, 12.11.2013, www.telegraphindia.com/1131112/jsp/nation/story_17557096.jsp#.U00Bk1foCUk (17.4.2014).

gehen.³⁰ Angesichts der wenigen Gerichtsentscheidungen, die hinsichtlich der Pflichten von Sponsoren und Arzneimittelherstellern vorliegen,³¹ kann diese vergleichende Untersuchung das Gericht bei der Festsetzung relevanter Sorgfaltspflichten unterstützen, die von einem „verantwortungsbewussten Unternehmen“ zu erwarten sind.³²

Bisher konzentrieren sich die meisten Rechtsvorschriften und internationalen medizinischen Richtlinien auf die Pflichten der untersuchenden Ärzt_innen vor Ort. Die rechtlichen Pflichten der Unternehmen, die hinter den Arzneimittelstudien stehen, fanden bislang weniger Beachtung. Das Amicus-Curiae-Gutachten kommt zu dem Schluss, dass die Sponsoren klinischer Studien mindestens zwei Pflichten haben, die in diesem Fall relevant sind: Sie müssen angemessene Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass informierte Einwilligungen ordnungsgemäß eingeholt werden, und ein funktionierendes Überwachungssystem einrichten. Argumentiert wird weiter, dass auch den Herstellern von Prüfpräparaten eine eigene Sorgfaltspflicht auferlegt werden kann. Ein Mittel zum Schutz der Proband_innen ist das Prinzip der informierten Einwilligung, das im Amicus-Curiae-Schriftsatz dargelegt wird, und auf das im Folgenden näher eingegangen werden soll. Hierbei richtet sich der Fokus auf die besondere Sorgfaltspflicht im Falle gefährdeter Studienteilnehmer_innen, die Haftung von Sponsoren und Arzneimittelherstellern sowie die Tendenz der aktuellen Rechtsprechung, eine unzureichend informierte Zustimmung als entschädigungspflichtige Verletzung der Würde zu werten.

4.1. Der besondere Schutz von gefährdeten Testpersonen

Die Proband_innen im HPV-Impfprojekt waren junge Mädchen im Alter von 10 bis 14 Jahren, von denen etliche aus indigenen Gemeinden stammten. Für Studien mit Kindern gelten besondere Vorkehrungen, um ihre Interessen zu schützen, wozu sie möglicherweise nicht selbst in der Lage sind. So besagt die *EU-Richtlinie über klinische Prüfungen*, dass diese nur dann mit Kindern durchgeführt werden können, wenn „die Interessen des Patienten stets über den Interessen der Wissenschaft und der Gesellschaft stehen“.³³ Die gesetzlichen Regelungen in der EU, Großbritannien und den USA legen ebenso wie die internationalen medizinischen Richtlinien fest, dass Minderjährige nur an Studien beteiligt werden dürfen, wenn das Einverständnis eines Elternteils oder des der gesetzlichen Vertreter_in vorliegt.³⁴

30 Die Erstellung des Amicus-Curiae-Schriftsatzes wurde unterstützt vom *Essex University Business and Human Rights Project (EBHR)*.

31 *Mello/Joffe*, Industry Sponsor Obligations to Their Research Subjects, *New England Journal of Medicine* 2007, 2739.

32 *Dam*, Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights, *Journal of European Tort Law* 2011, 221 (244).

33 Art 4 lit i und g RL 2001/20/EG.

34 Art 4a RL 2001/20/EG; The Medicines for Human Use (Clinical Trials) Regulations 2004, No 1031 (United Kingdom), Schedule 1, part 4, unter (6); United States Code of Federal Regulations, Title 21, Chapter I, Subchapter A, Part 50, Subpart A, Sec 50.50 unter (b) und Sec 50.52 unter (c). Siehe auch Sec 50.55 und Sec 50.27; CIOMS-Richtlinie Nr 14 (siehe Fn 36).

Im Allgemeinen verdienen gefährdete Testpersonen besonderen Schutz, wie in mehreren internationalen medizinischen Leitlinien anerkannt wurde. Die sogenannte *ICH-Leitlinie für eine gute klinische Praxis*³⁵ nennt in diesem Zusammenhang zum Beispiel Gefangene, von Armut betroffene Menschen, ethnische Minderheiten, Menschen in Pflegeheimen und Flüchtlinge. Die *CIOMS-Richtlinien*³⁶ erweitern diese Auflistung um Personen mit schweren psychischen Problemen oder Verhaltensstörungen sowie Menschen, denen moderne medizinische Konzepte unbekannt sind. Sie weisen insbesondere auf die ethische Herausforderung hin, die eine Durchführung klinischer Studien in armen Gemeinden darstellt, die besonders stark von Ausbeutung bedroht sind.³⁷ Die *Erklärung von Helsinki des Weltärztebundes* fordert, dass ein besonderer Schutz von gefährdeten Proband_innen „auch die Berücksichtigung der individuellen Gesundheitsbedürfnisse umfassen muss“.³⁸ Viele Pharmakonzerne erheben explizit und öffentlich den Anspruch, gemäß der Erklärung von Helsinki, den CIOMS-Richtlinien und der ICH-Leitlinie für eine gute klinische Praxis vorzugehen.³⁹ Auch wenn diese Richtlinien rechtlich nicht bindend sind, tragen sie dazu bei, „das Gericht darüber in Kenntnis zu setzen, was als angemessenes Vorgehen eines Unternehmens erachtet werden kann.“⁴⁰

4.2. Sponsoren von Medikamententests behalten auch nach Übertragung von Einzelaufgaben die Verantwortung

An der Organisation einer einzigen Arzneimittelstudie können viele Akteure beteiligt sein: pharmazeutische Unternehmen, akademische Einrichtungen, (gemeinnützige oder kommerzielle) Auftragsforschungsinstitute, Krankenhäuser und Ärzt_innen. Ihre rechtlichen Pflichten gegenüber den Testpersonen sind durch ihre jeweilige Rolle bedingt.⁴¹ Der EU-Richtlinie über klinische Prüfungen zufolge sind „Sponsoren“ diejenigen, die Untersuchungen initiieren, organisieren und/oder finanzieren.⁴² Die sogenannten „Prü-

35 *International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use*, ICH Harmonised Tripartite Guideline, Guideline for Good Clinical Practice (1996), Glossary 1.61.

36 *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects* prepared by the Council for International Organisation of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO), 2002, www.cioms.ch/publications/guidelines/guidelines_nov_2002_blurb.htm (22.4.2014).

37 Erläuterungen zu den CIOMS-Richtlinien Nr 13 und 10.

38 Art 17 der Deklaration von Helsinki des Weltärztebundes zu Ethischen Grundsätzen für die medizinische Forschung am Menschen (Revision vom Oktober 2008 durch die 59. Generalversammlung in Seoul, Südkorea). Die aktuelle Version der Helsinki Erklärung (Oktober 2013) fordert noch deutlicher den Schutz von gefährdeten Gruppen und Individuen.

39 *GlaxoSmithKline Government Affairs*, Public Policy and Patient Advocacy, Clinical Trials in the Developing World, Global Public Policy Issues, GlaxoSmithKline's Position (2011), www.gsk.com/content/dam/gsk/globals/documents/pdf/GSK-on-clinical-trials-in-the-developing-world.pdf (14.8.2013); *Merck*, Public Policy Statement: Clinical Trial Ethics (2012), 1, www.merck.com/about/views-and-positions/clinical_trial_ethics_march2012.pdf (17.4.2014).

40 *Dam*, Journal of European Tort Law 2011, 237.

41 *Karlberg/Speers* (Hrsg), Reviewing Clinical Trials: A Guide for the Ethics Committee (2010) 23-27, www.pfizer.com/files/research/research_clinical_trials/ethics_committee_guide.pdf (17.4.2014).

42 Art 2 lit e RL 2001/20/EG.

fer“ sind die verantwortlichen Personen in der Prüfstelle, die über die notwendigen medizinischen Kenntnisse verfügen. Die „Prüfstelle“ selbst ist das Krankenhaus oder die Einrichtung, in dem die klinische Studie durchgeführt wird.

Oftmals sind die Verantwortlichkeiten innerhalb von Lieferketten streng getrennt. Im Rahmen klinischer Studien wird hingegen überwiegend anerkannt, dass die Sponsoren ihre Verantwortung nicht einfach übertragen können. Eine britische Verordnung zu klinischen Prüfungen schreibt vor, dass „eine Person, die gemäß dieser Verordnung Sponsor einer klinischen Studie ist, einzelne oder alle ihre Aufgaben auf eine andere Person übertragen kann. Dies hat jedoch keine Auswirkung auf die Verantwortung des Sponsors.“⁴³ Sogar Vertreter_innen der Industrie haben ausdrücklich erklärt, dass „die Verantwortung der Einhaltung von ethischen Standards beim Sponsor verbleibt und nicht übertragen werden kann.“⁴⁴ Hinsichtlich der informierten Zustimmung müssen der britischen Verordnung zufolge die Sponsoren klinischer Prüfungen „die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen“, dass diese ordnungsgemäß erfolgt ist.⁴⁵

Neben der Untersuchung der rechtlichen Verpflichtungen der Sponsoren wurde im Amicus-Curiae-Gutachten ein neues Argument entwickelt, das den Pharmaunternehmen, als Entwicklern und Zulieferern des medizinischen Prüfpräparates, eigene rechtliche Verpflichtungen zuschreibt. Falls eine solche Sorgfaltspflicht gegenüber den Proband_innen bestätigt würde, könnten die Unternehmen haftbar gemacht werden, wenn sie Informationen über die Risiken einer Studie zurückhalten oder nicht sicherstellen, dass diese Information die Testpersonen in ordnungsgemäßer Form erreicht.

4.3. Internationale Rechtsprechung zur unzureichend informierten Einwilligung

Unzureichend informierte Einwilligungen, insbesondere in solchem Ausmaß wie im HPV-Impfprojekt, sind ernst zu nehmen. Das Unterzeichnen einer informierten Zustimmung ist keine bloße Formalität. Ein argentinisches Gericht beispielsweise hat dies ausdrücklich anerkannt, als es im Jahr 2011 eine Geldstrafe gegen *GlaxoSmithKline Argentina S.A* bestätigte, weil es dem Unternehmen nicht gelungen war, eine hinreichende Zustimmung darzulegen.⁴⁶ Das Pharmaunternehmen hatte versucht sich zu verteidigen, indem es die vermeintlichen Fehler und Nachlässigkeiten in der Dokumentation der Einwilligung als eine reine Formalität darstellte, die zu keinem Gesundheitsrisiko für die Testpersonen geführt habe. Der vorsitzende Richter wies die Argumentation, derzufolge „formale“ Fehler und mangelhafte Dokumentation kein Gesundheitsrisiko

43 The Medicines for Human Use (Clinical Trials) Amendment Regulations 2006, No 1928 (United Kingdom), unter (3)b.

44 Interview mit Novartis, 10.11.2010, zitiert in *Huijstee/Schipper*, Contract Research Organizations 73.

45 The Medicines for Human Use (Clinical Trials) Regulations 2004, No 1031 (United Kingdom), part 4, unter 28(2).

46 *Gerlin*, Glaxo to Appeal Fines in Argentina Case Over Synflorix Trial, Bloomberg Businessweek, 3.1.2012, www.businessweek.com/news/2012-01-03/glaxo-to-appeal-fines-in-argentina-case-over-synflorix-trial.html (17.4.2014).

für die Beteiligten darstellten, scharf zurück. Stattdessen argumentierte er, das Vorgehen dürfe nicht die geringsten Mängel aufweisen, da selbst vermeintlich formelle Unregelmäßigkeiten später größere Bedeutung erhalten könnten.⁴⁷

Nach Ansicht von *Cees van Dam* sind Gerichte in Fällen falscher ärztlicher Behandlung „immer häufiger gewillt, Patientenrechte zu verteidigen, insbesondere in Form von Schadensersatz für immaterielle Schäden, die allein auf Verstöße gegen die Informationspflicht zurückgehen.“⁴⁸ Beispielsweise argumentierte ein irischer Richter in einem Fall von Zwangsbehandlung, dass „die Voraussetzung der Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung Teil des Rechts auf körperliche Unversehrtheit gemäß Artikel 40, Abschnitt 3 der Verfassung darstellt.“⁴⁹ Auch wenn kein physischer Schaden entstanden ist, wird eine fehlende Zustimmung als unrechtmäßig und an sich schädigend erachtet. Dies wurde auch im Fall *Lugenbuhl vs Dowling* anerkannt. Hier konnte eine unzureichend informierte Einwilligung nachgewiesen werden; ein physischer oder finanzieller Schaden war jedoch nicht entstanden. In diesem Fall führte das Oberste Gericht von Louisiana (USA) an, dass „Schäden durch den Entzug der Selbstbestimmung, Kränkungen der persönlichen Integrität, die Verletzung der Privatsphäre, Angst, Sorge und psychische Leiden reale Schäden darstellen, die entschädigungspflichtig sind.“⁵⁰

Dieses Prinzip wurde auch im Rahmen einer Sammelklage von fast 5.000 schwangeren Frauen im Fall *Diaz vs Hillsborough County Hospital Authority* anerkannt.⁵¹ Die Klage bezog sich auf die Beteiligung von 384 Frauen an einer klinischen Studie, als sie zur Geburt ihrer Kinder im *Hillsborough County Hospital* eintrafen. Die Klägerinnen gaben an, dass aus dem komplex formulierten Formblatt zur Einwilligungserklärung nicht eindeutig erkennbar war, dass sie nicht zur Teilnahme verpflichtet waren.⁵² Der Fall führte zu einer Abfindung von 3,8 Millionen US-Dollar. Die Klägerinnen argumentierten, dass eine fehlende „medizinische Wahl“⁵³ und der Autonomieverlust als solcher eine Verletzung der Menschenwürde darstellten. Der Fall ist ein Beispiel für sogenannte „*dignitary torts*“.⁵⁴ Die richterliche Bestätigung der Abfindung verwies explizit auf diese Theorie.⁵⁵

47 Nacionales Gericht für Wirtschaftsstrafrecht No 2, Buenos Aires, Rechtssache No 925/2011, *GlaxoSmithKline Argentina S.A. – Abate Héctor – Tregnaghi Miguel*, Urteil vom 28.12.2011, unter V.

48 *Dam*, *European Tort Law*² (2013) 258.

49 *In re a Ward of Court* (1996) 2 IR 79, 156.

50 *Lugenbuhl v Dowling*, 701 So 2d 447, 455–56 (La 1997); siehe auch *Haluska v University of Saskatchewan* 53 DLR (2d) 436 (Sask CA 1965).

51 *Hanlon/Shapiro*, *Ethical Issues in Biomedical Research: Diaz v. Hillsborough County Hospital Authority*, *Human Rights Magazine* 2003/2, 16 (16–18), www.americanbar.org/publications/human_rights_magazine_home/human_rights_vol30_2003/spring2003/hr_spring03_biomedicalresearch.html (17.4.2014).

52 *Hanlon/Shapiro*, *Human Rights Magazine* 2003/2.

53 *Maguire Schultz*, *From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest*, *Yale Law Journal* 1985, 219 (260); Bezugnahme darauf auch in *Hanlon/Shapiro*, *Human Rights* 2003/2.

54 *Haavi Morreim*, *Litigation in Clinical Research: Malpractice Doctrine Versus Research Realities*, *The Journal of Law Medicine and Ethics* 2004, 474 (480).

55 *Hanlon/Shapiro*, *Human Rights* 2003/2.

5. Fazit

Wenn ethische Fragen bei klinischen Studien keine ausreichende Berücksichtigung finden, laufen Proband_innen Gefahr, an Experimenten teilzunehmen, die potentiell schädlich oder unnötig sind. Art 7 UN-Zivilpakt und Art 12 UN-Sozialpakt erkennen an, dass eine unzureichende Einwilligung bei medizinischen Versuchen eine Verletzung der Menschenrechte darstellt. Damit ist auch der Staat dazu verpflichtet, gesetzliche Grundlagen zu schaffen, um potentielle Testpersonen zu schützen.

Neben dem Staat haben auch Sponsoren und Arzneimittelhersteller rechtliche Pflichten, ihre klinischen Studien verantwortungsvoll und im Einklang mit nationalen Bestimmungen und internationalen Standards durchzuführen und unter anderem eine hinreichend informierte Einwilligung zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang muss auch der besondere Schutz gefährdeter Teilnehmer_innen berücksichtigt werden. Angesichts der vielen medizinischen Studien, die im Ausland in Auftrag gegeben werden, und mangelnder einschlägiger Rechtsprechung stellte das ECCHR in seinem Amicus-Curiae-Gutachten eine vergleichende Untersuchung zur Verfügung, um das Gericht bei der Festsetzung relevanter Sorgfaltspflichten zu unterstützen, die von einem „*verantwortungsbewussten Unternehmen*“ zu erwarten sind.⁵⁶

Es handelt sich hierbei um ein Beispiel strategischer Prozessführung, in der ein Verfahren nicht nur der Durchsetzung der Rechte Einzelner dient, sondern gleichzeitig auf grundsätzliche Missstände hinweisen möchte, um eine umfassende Justiz- und Gesellschaftsreform anzustoßen. Die indische Verfassung spricht dem Obersten Gerichtshof die Kompetenz zu, notwendige Anordnungen oder Urteile zu erlassen, um Gerechtigkeit in allen behandelten Fällen und Anliegen zu schaffen.⁵⁷ So können Anordnungen erlassen werden, die über ein Einzelurteil hinausgehen. So waren im Zuge einer anderen PIL-Klage zu klinischen Studien die indischen Behörden aufgefordert worden, die Verfahren zu verbessern. Daraufhin veröffentlichte die indische Arzneimittelbehörde (*Indian Central Drugs Standard Control Organization, CDSCO*) am 9. Januar 2014 einen Entwurf der „Leitlinien zur audio-visuellen Aufzeichnung des Vorgehens zur informierten Einwilligung bei klinischen Studien.“⁵⁸ Die Klage im HPV-Fall bietet dem Obersten Gerichtshof nun die Gelegenheit, die Verantwortung (ausländischer) nicht-staatlicher Akteure für den Schutz der Testpersonen festzulegen und möglicherweise einen Präzedenzfall mit Auswirkung auf andere Rechtssysteme zu schaffen.

Dr.ⁱⁿ Carolijn Terwindt ist Referentin am European Center for Constitutional and Human Rights in Berlin; terwindt@ecchr.eu

⁵⁶ Dam, *Journal of European Tort Law* 2011, 244.

⁵⁷ Art 142.1 Indische Verfassung.

⁵⁸ Siehe www.cdsc.nic.in/Guidance_for_AV%20Recording_09.January.14.pdf (21.1.2014).

Unfreiwilliges Outing der sexuellen Orientierung und die Ehre

Petra Smutny

1. 12 Os 90/13x – Drohung mit Outing der sexuellen Orientierung

2013 verurteilte das Landesgericht Wiener Neustadt den Pädagogen Mag. Erich F. (unter anderem) wegen (versuchter) geschlechtlicher Nötigung nach § 202 des Strafgesetzbuches (StGB), weil er einem Jugendlichen gedroht hatte, er werde dessen Eltern erzählen, dass er homosexuell sei, wenn er sich nicht mit ihm zur Durchführung von Oral- und Analverkehr treffe.¹

Den Tatbestand der geschlechtlichen Nötigung begeht, wer – sofern es sich nicht um eine Vergewaltigung handelt – eine andere Person mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung zur Vornahme oder Duldung einer geschlechtlichen Handlung nötigt. Eine gefährliche Drohung ist nach der Legaldefinition des § 74 Abs 1 Z 5 StGB eine Drohung mit einer Verletzung an Körper, Freiheit, *Ehre* oder Vermögen, die geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und seine persönliche Beschaffenheit oder die Wichtigkeit des angedrohten Übels begründete Besorgnisse einzuflößen. Die Liste der angedrohten Übel ist taxativ. Wenn ein mit Penetration verbundener Sexualverkehr mittels Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben abgenötigt wird oder werden soll, liegt Vergewaltigung vor. Das Erstgericht wertete die Drohung mit dem Outing gegenüber den Eltern des Jugendlichen als Drohung mit einer Verletzung an der Ehre, bejahte offenbar die weitere Voraussetzung, dass diese Drohung geeignet war, dem Jugendlichen begründete Besorgnis einzuflößen, sodass es sich um eine gefährliche Drohung handelte, und kam insofern folgerichtig zur Verurteilung wegen (versuchter) geschlechtlicher Nötigung.

Dem trat der Oberste Gerichtshof mit der am 23.1.2014 zu 12 Os 90/13x ergangenen Entscheidung entgegen: Eine gleichgeschlechtliche Orientierung könne nicht anders behandelt werden als eine heterosexuelle; in ihr liege nichts Ehrenrühriges. Die Offenlegung der geschlechtlichen Orientierung begründe somit auch keine Gefahr der Ehrverletzung im Sinn einer verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung, eines unehrenhaften oder eines gegen die guten Sitten verstoßenden Verhaltens nach § 111 Abs 1 StGB.

1 LG Wiener Neustadt 15.4.2013, 42 Hv 91/11t.

2. Begründung mit dem Einstellungswandel der Gesellschaft

Der OGH verfolgte dabei eine zweigliedrige Begründung: Zum einen führte er den „grundlegenden Wandel der Einstellung der Gesellschaft zur Homosexualität in den letzten Jahrzehnten“ ins Treffen. Er berief sich dabei nicht auf Meinungsumfragen oder ähnliches, sondern verwies auf die rechtliche Entwicklung von der früheren Strafbarkeit homosexueller Handlungen auch unter Erwachsenen bis zur aktuell weitgehend schon erfolgten rechtlichen Gleichstellung von homosexuellen Paaren mit Ehepaaren nach dem Eingetragene Partnerschafts-G sowie auf die unionsrechtlichen und nationalen Antidiskriminierungsregelungen (Art 21 EU-Grundrechtecharta; §§ 13 f B-GlBG; §§ 16 f, 43 f, 47 GlBG; § 1 OpferfürsorgeG; §§ 42 f UniversitätsG 2002).

Ziemlich genau 30 Jahre vor dieser Entscheidung war der OGH noch zum gegenteiligen Ergebnis gelangt:² „Der zu Recht oder zu Unrecht erhobene Vorwurf der Homosexualität, mag sie auch seit 1975 unter Erwachsenen straffrei sein, bringt in unserer eindeutig heterosexuell orientierten Gesellschaft einen Verlust an Wertschätzung mit sich. Die Ablehnung der als gleichgeschlechtliche Unzucht bezeichneten Homosexualität ergibt sich auch aus mehreren Strafbestimmungen, wie § 209, 210, 220 und 221 StGB“, hieß es damals noch. Stufenweise abgeschafft (§ 210 1989, §§ 220 und 221 1996, § 209 2002), existiert heute keine der genannten Strafbestimmungen mehr. Bemerkenswert, dass der OGH damals ausführte, dass sich die Ablehnung von Homosexualität *auch* aus diesen Strafbestimmungen ergäbe, womit er auf die darunter liegende gesellschaftliche Ablehnung verwies, die jedenfalls nach Auffassung des OGH damals noch bestanden hat.

Auch zur aktuellen Entscheidung könnte man die Frage aufwerfen, inwieweit – ungeachtet der rechtlichen Entwicklung – immer noch vorhandene Ressentiments in der Bevölkerung zu berücksichtigen wären. Immerhin haben *Bertel/Schwaighofer* in der 12. Auflage ihres Besonderen Teils I zum StGB noch im Jahr 2012 die Meinung vertreten, dass der „Vorwurf“ der Homosexualität „noch“ geeignet sei, das Ansehen herabzusetzen;³ dies, obwohl es sämtliche Bestimmungen, auf die sich der OGH nunmehr zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht berufen hat, auch schon 2012 gegeben hat bzw auch schon 2012 sämtliche Bestimmungen, die der OGH in der Entscheidung aus 1984 für die Begründung der Ehrenrührigkeit des Vorwurfs herangezogen hat, nicht mehr gegolten haben. Dazu könnte man nun darauf verweisen, dass nach einer von der Tageszeitung „der Standard“ am 3.11.2013 präsentierten repräsentativen Meinungsumfrage 56 Prozent der österreichischen Wahlberechtigten „voll und ganz“ oder „überwiegend“ dafür sind, dass homosexuelle Paare Kinder adoptieren dürfen und eine Heirat gleichgeschlechtlicher Paare von 61 Prozent voll oder überwiegend befürwortet wird.

2 OGH 26.1.1984, 13 Os 214/83.

3 *Bertel/Schwaighofer*, BT I², § 111 Rz 7; ebenso *Lambauer* in SbgK StGB § 111 Rz 28, und zwar gleichfalls aktuell (die Kommentierung stammt aus 2009/2010).

Diesem Argument, dass es eine eindeutige Mehrheit in der Bevölkerung gibt, die Homosexuellen nicht ablehnend gegenüber steht (und sogar weiter gehen würde, als es der Gesetzgeber bisher gewagt hat), könnte allerdings eine oberstgerichtliche Entscheidung aus dem Jahr 2005 entgegenstehen. Damals hatte der OGH, wenn auch in einer zivilrechtlichen, § 1330 ABGB (Schadenersatz nach Ehrenbeleidigung) betreffenden Entscheidung zwar auch einen grundlegenden Wandel in der Einstellung zur Homosexualität anerkannt, aber dennoch gemeint, dass es dessen ungeachtet auf das Verständnis eines maßgeblichen Teils des von der Äußerung angesprochenen Publikums ankomme, der keineswegs mehr als 50% ausmachen müsse; danach müsse man immer noch davon ausgehen, dass der Begriff nach wie vor auch negativ verstanden werde und dass ein Vorwurf der Homosexualität als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Ehre aufzufassen sei.⁴

3. Partielles oder gesamtgesellschaftliches Ehrverständnis?

Mit seiner aktuellen Entscheidung hat der OGH diese Sichtweise (und diese Entscheidung) ausdrücklich abgelehnt. Allerdings nicht mit dem Argument, dass die gesellschaftliche Einstellung zur Homosexualität in den acht Jahren seit der früheren Entscheidung weitere emanzipatorische Fortschritte gemacht hätte bzw ein seinerzeit noch maßgeblicher Teil der Bevölkerung nun nicht mehr maßgeblich wäre. Entscheidend ist für den OGH vielmehr – und das ist das zweite Glied seiner Begründung –, dass für den Ehrbegriff die aktuelle *gesamtgesellschaftliche* Werthaltung maßgeblich sei, die von den Vorstellungen über die sozialen, personalen und sittlichen Pflichtenanforderungen abhängt. Dazu bedürfe es des Rückgriffs auf das Durchschnittsempfinden eines sozial integrierten wertbewussten Menschen des Inlands in der Gegenwart. Der „Blickwinkel eines entsprechenden Verständnisses eines *Teils* der Bevölkerung“ ist für den OGH irrelevant, und zwar auch dann, wenn es sich um das „persönliche Umfeld“, das „unmittelbare soziale Naheverhältnis“ der betroffenen Person handelt. „Andernfalls“, so der OGH, „wäre eine sich politisch, religiös oder sonst gesinnungsmäßig besonders rigide definierende Gruppierung in der Lage, für ihren (wie immer auch bestimmbaren) Rechtskreis ein unehrenhaftes Verhalten vorzugeben.“ Eine Bedachtnahme auf ein solches „partielles Ehrverständnis“ lehnt der OGH ab.

Zur Illustration dessen darf darauf verwiesen werden, worum es in der Entscheidung 2005 gegangen ist. Der dortige Kläger war Propst in einem katholischen Kloster und Leiter eines Priesterseminars und wurde von einem Nachrichtenmagazin zumindest implizit als homosexuell bezeichnet. 2005 drang er noch durch, im Lichte der vorstehenden, aktuellen Sichtweise des OGH wäre er wohl abgeblitzt.

4 OGH 15.12.2005, 6 Ob 211/05f.

Anscheinend geneigter, ein „partielles Ehrverständnis“ zu berücksichtigen, schien das OLG Wien in einer 2009 ergangenen Entscheidung.⁵ Dort ging es um einen Politiker, der als homosexuell geoutet wurde und dem das OLG Wien unter Hinweis darauf, dass es schon 2001 (also zu einer Zeit, als noch § 209 StGB in Geltung stand) entschieden habe, dass die Bezeichnung als Homosexueller angesichts geänderter gesellschaftlicher Werte dann nicht ehrenrührig sei, wenn nicht gleichzeitig ein strafbares Verhalten unterstellt werde,⁶ den Ehrenschutz versagte. Den gleichzeitig transportierten Vorwurf der Unaufrichtigkeit als Politiker bzw der Heuchelei durch die Behauptung, der Antragsteller sei, wenngleich selbst homosexuell, offiziell vehement gegen Homosexuelle aufgetreten, wertete das OLG hingegen sehr wohl als einen konkreten Verhaltensvorwurf. Etwas missverständlich scheint es daher, wenn das OLG Wien – auf die OGH-Entscheidung aus 2005 Bezug nehmend – in derselben Entscheidung meinte, dass „in Ansehung von Geistlichen, die sich zum Zölibat verpflichtet haben, dieser Vorwurf ein gänzlich anderes Gewicht habe als gegenüber Personen, die einem weltlichen Beruf nachgehen.“ Wasser predigen, Wein trinken, könnte man freilich den hinter der Behauptung stehenden Vorwurf, ein katholischer Geistlicher gehe seinen sexuellen Neigungen nach, zusammenfassen, ohne den vom OLG Wien vertretenen und nunmehr auch vom OGH geteilten Grundsatz, dass es für die Beurteilung, ob ein Verhalten unehrenhaft sei, auf die Anschauung der Allgemeinheit und nicht auf Gruppenansichten ankomme, relativieren zu müssen.

Unter dem Gesichtspunkt allfälliger kulturell bedingter Auffassungsunterschiede hinsichtlich des Ehrbegriffs erscheint (auch) der Zugang *Lambauers* etwas flexibler als jener des OGH: Erfolge eine allenfalls ehrverletzende Anschuldigung nur unter Angehörigen eines anderen „Kulturkreises“, könne darauf bei der Feststellung des Bedeutungsinhaltes in gewissem Umfang Rücksicht genommen werden; dies dürfe jedoch nicht dazu führen, dass in Österreich anerkannte Grundrechte oder die Vorstellungen der mit den rechtlichen Werten unseres „Kulturkreises“ verbundenen Menschen missachtet werden.⁷

Sowohl im Schrifttum⁸ als auch in der Rechtsprechung⁹ ist bei der Differenzierung zwischen dem (strafrechtlich irrelevanten) subjektiven Ehrgefühl und der (strafrechtlich geschützten) Ehre im objektiven Sinn, dh des Ansehens und der Achtung einer Person in den Augen ihrer Umwelt (Sozietät), die Beifügung anzutreffen, dass es sich hiebei um die „für sie maßgebliche Umwelt“ handelt. Im Lichte der aktuellen Entscheidung scheint nun klar, dass diese Aussage in ihrem Bedeutungsgehalt zu reduzieren ist: gleich welcher Herkunft, gleich welchen Standes – die Frage der Ehre wird aus dem Blickwinkel des/

5 OLG Wien 14.10.2009, 17 Bs 40/09w = MR 2009, 355.

6 OLG Wien 11.6.2001, 18 Bs 97/01.

7 *Lambauer* in SbgK StGB Vorbem zu §§ 111 bis 117, Rz 2.

8 *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Schroll* in WK² StGB § 74 Rz 31; *Nittel* in SbgK StGB § 74, Rz 81.

9 RIS-Justiz RS0092487, zuletzt OGH 15.12.1998, 14 Os 116/98.

der (wertbewussten, sozial integrierten, gegenwärtigen) Durchschnittsösterreicher/Durchschnittsösterreicherin entschieden.

4. Rechtsschutzdefizite beim Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs?

Die gute Nachricht ist, dass der OGH dem Durchschnittsösterreicher/der Durchschnittsösterreicherin attestiert, Homosexuelle nicht abzulehnen. Während es aber wohl mehr als absurd erschiene, wenn ein Mann einem 16-jährigen Mädchen eine sexuelle Handlung mit der „Drohung“ abnötigen wollte, er werde es ansonsten bei dessen Eltern als heterosexuell outen, erscheint das Ansinnen des Täters im vorliegenden Fall als faktisch keineswegs absurd. Ist durch die Entscheidung des OGH ein Rechtsschutzdefizit in Bezug auf ein unfreiwilliges Outing entstanden?

Der OGH hielt ausdrücklich fest, dass die Bekanntgabe der sexuellen Orientierung durch einen Dritten einen Eingriff in höchstpersönliche Rechte mit sich bringe, der ohne Einverständnis des Betroffenen idR rechtswidrig sei. Eine Ehrverletzung stelle dies aber nicht dar. Zwar sieht etwa das Medienrecht ideellen Schadenersatz nicht nur wegen übler Nachrede (§ 6 MedienG) sondern auch im Falle der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs (§ 7 MedienG) vor. Geht ein „Outing“ mit Belästigungen am Arbeitsplatz unter Bezugnahme auf die sexuelle Orientierung einher, sieht das Gleichstellungsrecht gleichfalls ausdrückliche Abhilfemaßnahmen und Schadenersatz vor.¹⁰ Auch Unterlassungsansprüche auf der Grundlage des allgemeinen Zivilrechts sind denkbar, und § 1330 ABGB bietet einen Schadenersatzanspruch wegen Ehrverletzung dann, wenn man die oben wiedergegebene zivilrechtliche OGH-Entscheidung aus 2005¹¹ mangels einer der hier besprochenen strafrechtlichen Entscheidung vergleichbaren zivilrechtlichen OGH-Entscheidung als für den zivilrechtlichen Bereich noch (?) maßgeblich ansieht.

Der strafrechtliche Schutz vor Verletzungen des höchstpersönlichen Lebensbereichs scheint bruchstückhaft. So verlangt etwa § 51 DSG 2000 (Datenverwendung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht), dass das Opfer mit Bereicherungsvorsatz oder in Schädigungsabsicht geoutet wird und kommt als Täter überdies nur in Frage, wem die Daten ausschließlich aufgrund seiner berufsmäßigen Beschäftigung anvertraut oder zugänglich geworden sind oder wer sie sich widerrechtlich verschafft hat. Der strafrechtliche Schutz der Privatsphäre im StGB beschränkt sich grundsätzlich auf die Verletzung des Briefgeheimnisses und die Unterdrückung von Briefen (§ 118), den widerrechtlichen Zugriff auf ein Computersystem (§ 118a), die Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses (§ 119), das missbräuchliche Abfangen von Daten (§119a StGB) sowie den

10 Vgl LG Salzburg 14.7.2006, 18 Cga120/05t, OLG Wien 13.3.2009, 8 Ra 80/08f; *Smutny/Hopf*, Ausgemobbt!² (2012) 40 ff, 167 ff.

11 OGH 15.12.2005, 6 Ob 211/05f.

Missbrauch von Tonaufnahme- oder Abhörgeräten (§ 120). Dazu kommen spezifische Tatbestände betreffend die Verletzung bestimmter Berufsgeheimnisse (§§ 121 ff), verbotene Veröffentlichungen (§ 301) oder die Verletzung des Amtsgeheimnisses (§ 310). Darüber hinaus besteht kein strafrechtlicher Schutz vor Eingriffen in den höchstpersönlichen Lebensbereich.

Im Justizministerium arbeitet eine ExpertInnengruppe an einer Reform des Strafgesetzbuches, bei der auch ein verstärkter Schutz vor Bloßstellungen – dh vor Offenlegungen mit negativen Auswirkungen auf die betroffene Person auch und gerade ohne Minderung ihres Ansehens¹² – in Diskussion steht.¹³ Dieser Weg scheint zum Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs angemessener als ein Festhalten an einem überkommenen Ehrbegriff – zumal ein solches Festhalten für andere Fälle von Eingriffen in den höchstpersönlichen Lebensbereich, die aber schon bisher keine Ehrverletzungen darstellten, nichts bringen würde. Als Beispiele für solche nicht ehrverletzende, aber doch Eingriffe in höchstpersönliche Rechte darstellende Offenlegungen – in die er das unfreiwillige Outing einer gleichgeschlechtlichen Orientierung einreicht – nennt der OGH die Offenlegung eines religiösen Bekenntnisses oder des Fehlens eines solchen, das Eingehen oder den Abbruch einer Lebensgemeinschaft, einer eingetragenen Partnerschaft oder Ehe bzw einer Erkrankung oder Behinderung sowie die Aufnahme von Nacktfotos, allenfalls verknüpft mit deren Veröffentlichung. Unausgesprochen orientiert sich der OGH dabei an der Judikatur zu § 7 MedienG, aus der noch (sonstige) sensible Bereiche des Familienlebens oder der Verlust eines ungeborenen Kindes genannt werden könnten.¹⁴ Während bei manchen dieser Umstände im Wesentlichen schon die bloße Offenlegung als bloßstellend bzw zur Bloßstellung geeignet erachtet wird, kommt es bei anderen auf die Art und Weise der Offenlegung an. Derartige Differenzierungen könnten auch für eine allfällige neue strafrechtliche Regelung nutzbar gemacht werden. Solange noch darüber diskutiert wird, ob ein unfreiwilliges Outing einer geschlechtlichen Orientierung nicht doch ehrverletzend sein könnte, würde eine solche Offenlegung wohl der ersten Kategorie zuzuzählen sein.

Mag² Petra Smutny, LL.M. (Penn Law), RAA, ehem. Richterin des OLG Wien und ua Referentin in der Straflegislativsektion im BMJ sowie Vorsitzende der Gleichbehandlungskommission für die Privatwirtschaft; plaz@datonet.at

12 Vgl *Rami* in WK² MedienG § 7 Rz 6.

13 So der Leiter der ExpertInnengruppe, SChef Mag. Pilnacek, laut Tageszeitung „der Standard“, 7.2.2014.

14 Vgl *Rami* in WK² MedienG § 7 Rz 4.

Insolvenz-Entgelt für Ansprüche nach dem Stichtag unter besonderer Berücksichtigung der Austrittsobliegenheit nach § 3a Abs 2 Z 5 IESG

Jochen Schönberger

Im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers bzw der Arbeitgeberin haben Arbeitnehmer/innen die Möglichkeit, ihre offenen Forderungen aus dem (ehemaligen) Arbeitsverhältnis beim Insolvenz-Entgelt-Fonds (IEF) zu beantragen. Die Prüfung der geltend gemachten Ansprüche erfolgt im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens durch die örtlich zuständige Geschäftsstelle der IEF-Service GmbH, die dann mittels Bescheid über den jeweiligen Antrag entscheidet.

Es kommt dabei in der Praxis immer wieder vor, dass Arbeitnehmer/innen Insolvenz-Entgelt für Ansprüche auf laufendes Entgelt¹ einschließlich der gebührenden Sonderzahlungen beantragen, die nach dem Stichtag – dabei handelt es sich um das Datum der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bzw eines Beschlusses nach § 1 Abs 1 Z 1 bis 6 Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG)² – entstehen. Es geht dabei idR um Masseforderungen. Dieser Beitrag soll in übersichtlicher Form darstellen, inwieweit derartige Masseforderungen IESG-rechtlich gesichert sind, wobei auf die Austrittsobliegenheit nach § 3a Abs 2 Z 5 IESG im Detail eingegangen wird.

Von grundlegender Bedeutung ist das Datum der Berichtstagsatzung – diese hat gemäß § 91a Insolvenzordnung (IO)³ spätestens 90 Tage nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattzufinden. Nach § 3a Abs 2 Z 1 IESG sind Ansprüche auf laufendes Entgelt einschließlich der Sonderzahlungen bis zur Berichtstagsatzung jedenfalls gesichert. Sofern das Arbeitsverhältnis vor der Berichtstagsatzung beendet wurde, sind die Ansprüche jedoch nur bis zu dessen Ende gesichert (§ 3a Abs 2 Z 2 IESG).

Je nachdem, ob eine Berichtstagsatzung stattfindet und ob bei einer Berichtstagsatzung ein Schließungsbeschluss gefasst wird, gibt es mehrere Varianten, welche Ansprüche gesichert sind:

1 In diesem Zusammenhang ist der Begriff „laufendes Entgelt“ nach hM (*Liebeg*, IESG³, § 3a Rz 93) weit auszulegen, er umfasst ua auch Ansprüche auf Provisionen, Zulagen, Prämien und Aufwandersatz.

2 BGBl 1977/324 idF BGBl I 2012/35.

3 RGBI 1914/337 idF BGBl I 2013/109.

Variante 1: Es findet keine Berichtstagsatzung statt

Findet keine Berichtstagsatzung statt (weil das Unternehmen bereits geschlossen wurde), so gebührt gemäß § 3a Abs 2 Z 3 IESG Insolvenz-Entgelt für laufendes Entgelt einschließlich der gebührenden Sonderzahlungen, die bis zum Ende des dritten Monats entstanden sind, der auf den Stichtag folgt. Dies gilt auch im Falle eines Beschlusses nach § 1 Abs 1 Z 2 bis 6 IESG (§ 3a Abs 5 IESG).

Variante 2: Es findet eine Berichtstagsatzung statt

Wenn in der Berichtstagsatzung ein Schließungsbeschluss⁴ gefasst wird, gebührt Insolvenz-Entgelt bis zum rechtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses, sofern dieses nach § 25 IO gelöst wird (§ 3a Abs 2 Z 4 IESG).

Wird jedoch in der Berichtstagsatzung die Fortführung des Unternehmens beschlossen, so gebührt gemäß § 3a Abs 2 Z 5 iVm Abs 4 IESG Insolvenz-Entgelt in Form einer Ausfallhaftung⁵ bis zum rechtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses nur dann, wenn der/die Arbeitnehmer/in infolge der ersten nicht vollständigen Zahlung des ihm/ihr zukommenden Entgelts⁶ seinen/ihren Austritt erklärt oder das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen⁷ gelöst wird. Zweck dieser Regelung ist es, die aus der Fortführung eines Unternehmens trotz weiterer Zahlungsschwierigkeiten resultierende Verpflichtung zur Zahlung des Entgelts nicht zu Lasten des Insolvenz-Entgelt-Fonds gehen zu lassen.⁸

Gemäß § 3a Abs 2 Z 5 letzter Satz IESG findet die Regelung über die bloße Ausfallhaftung nach § 3a Abs 4 IESG dabei keine Anwendung für jenes laufende Entgelt, wegen dessen ungebührlicher Schmälerung oder Vorenthaltung der Austritt erklärt wurde. Der scheinbare Widerspruch dieser Bestimmung zu § 3a Abs 2 Z 5 erster Satz IESG wurde von *Gableitner* aufgeklärt: „Dies bedeutet sohin, daß (...) jenes Entgelt, weswegen der Austritt erfolgte, voll – und nicht nur im Wege der Ausfallhaftung – gesichert sein soll. Bedenkt man nun, daß der Arbeitnehmer ohnedies wegen des ersten nicht ausbezahlten Entgeltes auszutreten hat, so ergäbe sich überhaupt kein Anwendungsbereich für die Ausfallhaftung, da weitere laufende Entgelte ja nicht anfallen können. Die Ausfallhaftung nach § 3a Abs 4 IESG ist daher in diesem Fall nur für das Entgelt für den Zeitraum

4 Eine Schließung des Unternehmens wird vom Insolvenzgericht gemäß § 115 Abs 1 IO dann angeordnet oder bewilligt, wenn aufgrund der Erhebungen feststeht, dass anders eine Erhöhung des Ausfalls, den die Insolvenzgläubiger/innen erleiden, nicht vermeidbar ist. Schließungsbeschlüsse sind gemäß § 114a Abs 3 IO in der Ediktsdatei zu veröffentlichen.

5 Daher nur bei Masseunzulänglichkeit gemäß § 124a IO bzw wenn der/die zuständige Verwalter/in schriftlich erklärt, dass die Insolvenzmasse bzw der/die Arbeitgeber/in zur Zahlung nicht oder nicht vollständig in der Lage ist.

6 Gemeint sind natürlich nur Entgeltrückstände nach der Berichtstagsatzung; vgl *Liebeg*, IESG³, § 3a Rz 101.

7 Darunter fällt zB die Kündigung des Masseverwalters wegen der mangelnden Finanzierbarkeit des laufenden Entgelts unter Einhaltung der Mindestkündigungsfristen (*Liebeg*, IESG³, § 3a Rz 108; so auch RIS-Justiz RS0116201).

8 RIS-Justiz RS0119116.

der Nachfristsetzung⁹ relevant. Diese Bestimmung setzt daher die Zulässigkeit der Nachfristsetzung voraus.“¹⁰

Mit dem IRÄG 2010¹¹ hat der Gesetzgeber nunmehr festgelegt, dass die „Austrittsobliegenheit“ nicht mehr für Sonderzahlungen¹² und bestrittene Ansprüche gilt. Nach stRsp ist die Regelung über die Austrittsobliegenheit europarechtskonform¹³; strittig ist allerdings, wann der berechtigte Austritt wegen Vorenthalt des Entgelts gemäß § 26 Z 2 AngG bzw § 82a lit d GewO genau zu erfolgen hat, wobei schon das OLG Wien zutreffend darauf hingewiesen hat, dass „[w]eder der Gesetzeswortlaut, noch die Gesetzesmaterialien (...) einen Hinweis darauf [geben], ab welchem Zeitraum des Hinnehmens eines Entgeltrückstandes ein Arbeitnehmer die Obliegenheit zum Austritt (...) verletzt“¹⁴. Ob das Entgelt durch den/die Arbeitgeber/in in Benachteiligungsabsicht, aus Nachlässigkeit oder aus Unvermögen zurückbehalten wird, ist nach stRsp unerheblich.¹⁵

In der Lehre¹⁶ wird teilweise eine sehr strenge Ansicht vertreten, während die Praxis einen Austritt bis vor der Fälligkeit des nächsten laufenden Entgelts als rechtzeitig ansieht. Das OLG Wien hat sich dieser – schon von *Gableitner*¹⁷ vertretenen – Rechtsansicht 2006 in der oben bereits zitierten Entscheidung angeschlossen. Im Zuge des verwaltungsbehördlichen Ermittlungsverfahrens ist daher jedenfalls der Fälligkeitstermin des Entgelts zu erheben, wobei dies im anzuwendenden Kollektivvertrag geregelt sein kann – außerdem sind in diesem Zusammenhang die §§ 15 AngG, 1154 Abs 2 ABGB zu beachten.

Hat also zB am 1. März eine Berichtstagsatzung stattgefunden, in der die Fortführung des Unternehmens beschlossen wurde und erhält der/die betroffene Arbeitnehmer/in von der Masse kein Entgelt für März, so muss er/sie spätestens vor der Fälligkeit des Entgelts für April austreten. Für Arbeiter/innen in der Baubranche bedeutet das in diesem Beispiel, dass ein Austritt bis 14. Mai als rechtzeitig anzusehen ist, da der Lohn für April gemäß § 8 Z 4 des Kollektivvertrags für Arbeiter/innen in der Bauindustrie und im Baugewerbe erst am 15. Mai fällig wird.

9 IdR drohen Arbeitnehmer/innen ihren Austritt wegen Vorenthalt des Entgelts zunächst bloß an und setzen dem/der säumigen Dienstgeber/in eine Nachfrist zur Zahlung, bevor sie tatsächlich berechtigt austreten.

10 *Gableitner*, § 3a IESG: Sicherung des laufenden Entgelts – „Austrittspflicht“ und Ausfallhaftung, ZIK 1997, 201.

11 BGBl I 2010/29.

12 Die Entscheidung OGH 24.06.2004, 8 Obs 8/04s zu § 3a Abs 2 Z 5 aF IESG ist somit überholt; nach heutiger Rechtslage wäre dem Klagebegehren bei einem gleich gelagerten Sachverhalt stattzugeben.

13 RIS-Justiz RS0119874, RS0119888.

14 OLG Wien 12.07.2006, 10 Rs 56/06p.

15 RIS-Justiz RS0029257.

16 *Holzer/Reissner/Schwarz* verlangen bloß die Setzung einer „sehr kurzen Nachfrist“ (*Holzer/Reissner/Schwarz*, Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz⁴ 1999, 241); *Liebeg* hält vor dem berechtigten Austritt eine „kurze Nachfrist (ca eine Woche)“ für angemessen (*Liebeg*, IESG³, § 3a Rz 110); ähnlich *Wollinger*, für die eine „mehrwöchige Nachfrist (...) zweifellos zu lange [ist]“ (*Wollinger*, Arbeitnehmeransprüche bei Arbeitgeberinsolvenz nach EG- und österreichischem Recht 2001, 79).

17 *Gableitner*, § 3a IESG: Sicherung des laufenden Entgelts – „Austrittspflicht“ und Ausfallhaftung, ZIK 1997, 201.

In der Praxis wird ein Austritt auch dann als rechtzeitig und berechtigt angesehen, wenn ein/e Arbeitnehmer/in urlaubs- oder krankheitsbedingt den Austritt erst nach Ende des Urlaubs bzw Krankenstands erklärt, sofern er/sie diese Umstände bescheinigen kann. Wesentlich ist, dass eine allfällige Verletzung der Austrittsobliegenheit ausnahmsweise dann nicht anspruchsvernichtend wirkt, wenn dies auf den Umfang der Leistungspflicht des Insolvenz-Entgelt-Fonds keinen Einfluss hatte;¹⁸ die Rechtsprechung beruft sich dabei sinngemäß auf den im Privatversicherungsrecht für zulässig erachteten Kausalitätsgegenbeweis bei der Verletzung von Obliegenheiten.¹⁹ In der Praxis spielt dies vor allem bei Angestellten eine überragende Rolle, da die Kündigungsfristen des § 20 Abs 2 AngG sowie der Kündigungstermin zum Quartalsende²⁰ oft dazu führen, dass in Fällen, in denen die Austrittsobliegenheit verletzt wurde, auch ein fiktiver rechtzeitiger Austritt zu Ansprüchen in derselben Höhe geführt hätte – ob diese als laufendes Entgelt oder als Kündigungsentschädigung deklariert werden, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang.

Zusammenfassend ist anzumerken, dass Arbeitnehmer/innen im Falle eines Vorenthalts des Entgelts durch die Insolvenzmasse auf keinen Fall untätig bleiben sollten, da sie durch eine Verletzung der Austrittsobliegenheit unter Umständen ihre Ansprüche nach dem IESG verwirken.

Mag. Jochen Schönberger ist als IESG-Sachbearbeiter bei der IEF-Service GmbH tätig;
j.schoenberger@insolvenzentgelt.at

18 *Gableitner* in ZellKomm I² § 3a IESG Rz 7.

19 OGH 25.11.2004, 8 Obs 14/04y; 28.04.2005, 8 Obs 7/05w; RIS-Justiz RS0116979.

20 Außer es liegt eine Vereinbarung gemäß § 20 Abs 3 AngG vor.

Das Verhältnis zweier Professionen: Recht und Soziale Arbeit

Nina Eckstein

1. Einleitung

Als ausgebildete Juristin *und* Sozialarbeiterin ist für mich die Frage nach dem Verhältnis dieser beiden Professionen insofern relevant, als ich beruflich und manchmal auch privat mit theoretischen und praktischen Widersprüchen, Gemeinsamkeiten und Irritationen konfrontiert bin. Die intensive Beschäftigung mit beiden Berufsfeldern führt zum einen zu der Frage, in welchem Verhältnis die beiden zu einander stehen, wo sie einander ergänzen, aber auch wo sie sich unterscheiden und generell wie sie voneinander profitieren können. Zum anderen steht die Frage im Raum, welche emanzipatorischen Potentiale und Möglichkeiten sich eröffnen könnten, wenn es eine stärkere wechselseitige Auseinandersetzung und in weiterer Folge da und dort engere Kooperationen beider Professionen gäbe. Beide erfüllen nämlich – wenn auch oft auf sehr unterschiedliche Art und Weise – wesentliche gesellschaftliche Aufgaben und greifen oft unmittelbar in das Leben von Menschen ein.

Um sich der Frage nach den emanzipatorischen Möglichkeiten einer engeren Verbindung beider Professionen annähern zu können, erfolgt in diesem Beitrag eine vergleichende Zusammenschau auf unterschiedlichen Ebenen und unter verschiedenen Aspekten. Vielleicht kann der Beitrag überdies ein größeres Verständnis für die verschiedenen professionellen Handlungs- und Sichtweisen ermöglichen und dazu beitragen, die jeweiligen Perspektiven zu erweitern.

2. Professionsgeschichte

Heute ist Soziale Arbeit durchaus ein Begriff. Am häufigsten assoziiert man sie wahrscheinlich nach wie vor mit dem Jugendamt. Ihre Handlungsfelder sind jedoch breit gestreut. Man findet sie sowohl im Behindertenbereich als auch im Bildungs- oder Suchtbereich und in vielen anderen Aufgabenfeldern. Eine wesentliche Funktion kam ihr in den letzten Jahren ganz besonders auch in arbeitsmarktpolitischen Kontexten zu, wenn es darum geht, Menschen bei der „Wiedereingliederung“ in den Arbeitsmarkt zu unterstützen, und nach wie vor findet man Sozialarbeit auch in klassischen Ämtern, wie den Sozialämtern, wo es um die materielle Sicherung von Menschen geht.

Soziale Arbeit als moderne Profession abseits von Ehrenamtlichkeit und „Samaritertum“ hat aber noch keine allzu lange Vergangenheit. Die Entwicklung hin zu einem Berufsstand war immer eng verknüpft mit den jeweils vorherrschenden gesellschaftlichen Verhältnissen und den daraus resultierenden Problemstellungen und Notwendigkeiten. Als *ein* Kristallisationspunkt für die Herausbildung der Sozialen Arbeit als eigenständiges Berufsfeld wird auf jeden Fall die im Frühkapitalismus entstandene Massenarmut unter den Arbeiter_innen im 19. Jhd gesehen, die eine systematische Bearbeitung der damit verbundenen sozialen Probleme erforderte (vgl Engelke 2004, 67 f). Der Begriff „Soziale Arbeit“ taucht tatsächlich in deutschsprachigen Publikationen erst im 19. Jhd auf. Als wesentliche Quelle dafür ist bezeichnenderweise ein Jurist zu nennen: *Lorenz von Stein*, (1815–1890), Jurist und Nationalökonom, für den „Sociale Arbeit“ unmittelbar mit der „socialen Frage“ verknüpft war und als professioneller Überbegriff für die verschiedenen Bewältigungsmöglichkeiten sozialer Problemstellungen betrachtet wurde (vgl ebd, 41). Die professionelle Entwicklung Sozialer Arbeit steht daher zum einen in engem Zusammenhang mit dem Entstehen sozialer Problemlagen in Folge der zunehmenden Industrialisierung. Im Zuge des politischen Vorantreibens entsprechender Sozialgesetzgebungen, die das soziale Risiko und die Situation der von Armut betroffenen Arbeiter_innen verbessern sollten, erhielt auch Soziale Arbeit ihr Mandat (vgl Hering/Münchmeier 2007, 37 ff; auch Melinz/Ungar 1996).

Die Entwicklung und Etablierung Sozialer Arbeit muss aber zum anderen auch in engem Zusammenhang mit dem Aufkommen der Frauenbewegung im 19. Jhd gesehen werden. Vor allem die bürgerliche Frauenbewegung spielte hier eine tragende Rolle, waren doch die Begriffe *Fürsorge* und *Mitmenschlichkeit* zentral für die bürgerlichen Frauen. Ehrenamtliches, soziales und gesellschaftliche Engagement von (bürgerlichen) Frauen stand am Beginn der Ausdifferenzierung Sozialer Arbeit hin zu einem professionellen, fachlichen Standards entsprechenden Berufsbild (vgl Müller 2013, 22). Es ist daher auch nicht verwunderlich, dass das professionelle Vorantreiben und die fachliche Weiterentwicklung vorrangig auf weibliche Pionierinnen zurückzuführen ist. So gründete beispielsweise 1912 die Wienerin *Ilse Arlt* als erste eine entsprechende Ausbildungsstätte in Wien, die „Vereinigten Fachkurse für Volkspflege“. Diese war die erste Fürsorgeschule in der damaligen Monarchie Österreich-Ungarn und hatte zum Ziel, die Schülerinnen, vor allem Frauen aus gutbürgerlichen Verhältnissen, methodisch darauf vorzubereiten, soziale Ausnahmesituationen von Menschen erkennen und entsprechend einordnen zu können und in weiterer Folge ein methodisches, überlegtes Handeln zu ergreifen (vgl Staub-Bernasconi 2007, 22 f).

Dem gegenüber steht die Entwicklung des juristischen Berufsstandes. Die Frage *Was ist Recht?* beschäftigte schon die Philosophen_innen¹ der Antike als eine der zentralen

1 Obwohl eine geschlechterneutrale Regelung gewählt wurde, werden und wurden vor allem männliche (Rechts-) Philosophen rezipiert.

Grundfragen der Menschheit (vgl Horn 2004, 135 ff). Juristische Termini und rechtswissenschaftliches Denken weisen eine lange Tradition auf, basieren sie doch auf den Eckpfeilern des Römischen Rechts (vgl ebd, 94 f).

Auch die Etablierung entsprechender juristischer Ausbildungsstätten reicht sehr weit zurück. So ist die Stiftungsurkunde der juridischen Fakultät an der Universität Wien mit 1365 und 1385 datiert. Die Professionalisierung und Entwicklung der Juristenausbildung (sic!) – weibliche Studentinnen waren erst Ende des 19. Jhd überhaupt zugelassen – wurde hier über die Jahrhunderte immer mehr verfeinert und erweitert (vgl Reiter 2007, 1 ff). Der Berufsstand der Jurist_innen war lange nahe an den Staatsdienst gebunden. Die Jurisprudenz und deren Ausbildung sollte daher vorrangig die Ausbildung von Staatsbeamten_innen zum Ziel haben (vgl ebd, 5 ff). Zur Professionalisierung und Formalisierung der juristischen Ausbildung gehörte auch eine klare Definition des Gegenstandes, auf den sich die Rechtswissenschaften beziehen sollten, der in der Erforschung des Rechts mit dem Ziel der erläuternden Darstellung und Kritik durch Interpretation und Argumentation lag und liegt (vgl Horn 2004, 29).

Bis weit ins 19. Jhd war die juristische Profession grundsätzlich Männern vorbehalten. Die Beschränkung der Frauen begann schon mit der Verweigerung der Zulassung zum Rechtsstudium. So wurden erst 1919 in Wien die ersten weiblichen Hörerinnen zum rechtswissenschaftlichen Studium zugelassen (vgl Reiter, 18). Die Ausübung praktischer juristischer Tätigkeiten als Richterinnen oder Anwältinnen wurden ihnen sogar noch viele Jahre länger verwehrt. Erst 1947 (!) wurden in Österreich Frauen tatsächlich zu Richterinnen ernannt. Die Gründe hierfür sind insofern erwähnenswert, als es durchaus interessante Parallelen zur Sozialen Arbeit gibt, die deswegen bis heute als Frauenberuf gilt, weil das Fürsorgerische und Soziale verstärkt bei Frauen angesiedelt wurde: Eine entscheidende Überlegung nämlich, Frauen doch zum Richteramt zuzulassen, lag darin, dass 1929 die Jugendgerichtsbarkeit eingeführt wurde und das Fürsorgerische und Helfende im Zusammenhang mit jugendlicher Delinquenz als wichtig erachtet wurde. Hier wurde daher die bessere Eignung von Frauen gesehen, denen man(n) diese Fähigkeiten eher zuschrieb als männlichen Richtern (vgl Schneider 2013, 496 ff).

Alleine in Hinblick auf die Geschlechterfrage unterscheiden sich also die beiden Professionen in ihrer Entwicklung stark voneinander: Auf der einen Seite der juristische Berufsstand, der jahrhundertlang fast ausschließlich eine männliche Domäne darstellte und auf der anderen Seite die Sozialarbeit, die sich als Frauenberuf etablierte.

In Hinblick auf gesellschaftssystematische Zusammenhänge zeigt sich überdies, dass sich die Profession Soziale Arbeit als *Reaktion* auf sich verändernde soziale, gesellschaftliche Entwicklungen etablierte und sich so ein Wesenselement der Profession abzeichnete, nämlich häufig *erst dann* angerufen zu werden, wenn sich gesellschaftliche Problem- und Fragestellungen auftun, die einer Bearbeitung bedürfen. Die Entwicklung des juristischen Berufsstandes hingegen ist eng verknüpft mit dem gesellschaftlichen Bedürfnis bzw der gesellschaftlichen Notwendigkeit nach Verhaltensregulierung, um

dadurch ein gesellschaftliches Miteinander zu ermöglichen. Die juristische Profession übte daher immer eine starke aktive und gestalterische gesellschaftliche Rolle aus.

3. Gesellschaftliche Verortung: Recht und Soziale Arbeit als unterschiedliche Funktionssysteme²

Die Professionen Recht und Soziale Arbeit haben nicht nur eine unterschiedliche Professionsentwicklung, sondern auch unterschiedliche gesellschaftliche Funktionen, wie oben schon kurz angerissen. Nach *Luhmanns* Systemtheorie lassen sich die juristische und die sozialarbeiterische Profession als zwei verschiedene gesellschaftliche Funktionssysteme ausmachen, die grundsätzlich konträre gesellschaftliche Aufgaben zu erfüllen haben, aber gleichzeitig enge Verzahnungen aufweisen und einander oftmals wechselseitig bedingen.

Die Funktion des Systems Sozialer Arbeit liegt vereinfacht ausgedrückt im *Helfen*. Soziale Arbeit wird daher als ein System organisierter Hilfe beschrieben, dessen Funktion es ist, Hilfe anzubieten. Der entsprechende Code besteht demzufolge in der Binarität von *Hilfe* oder *Nicht-Hilfe* (vgl May 2009, 124 ff). Das Spezifische von sozialer Hilfe besteht in einer *Daseinsnachsorge* und nicht – wie in anderen Funktionssystemen wie beispielsweise jenem der Wirtschaft – in einer *Daseinsvorsorge* (vgl Luhmann 1973 b, 35 f). Die *Daseinsnachsorge* stellt demnach genau jene *Leistung* des Systems Sozialer Arbeit dar, die andere Funktionssysteme beziehen können. Mit anderen Worten, die besondere Funktion des Systems Soziale Arbeit besteht darin, Probleme, die durch andere Funktionssysteme verursacht wurden, im Nachhinein wieder zu beseitigen (vgl Merten 2004, 5 f). So zeigt sich beispielsweise an den Aufenthalts- und Asylregelungen in Österreich anschaulich, dass speziell die beiden Systeme *Politik* und *Recht* soziale Probleme „produzieren“, weil die politisch und juristisch restriktive Handhabung von Aufenthalts- und Asylfragen bei den davon betroffenen Menschen zu existenziellen Notlagen, psychischen und physischen Problemen oder möglicherweise deviantem Verhalten führen, deren Bearbeitung häufig dann wiederum Sozialer Arbeit zukommt. Mit der Auseinandersetzung um den Begriff der Hilfe, genauer gesagt der *Daseinsnachsorge*, gehen auch die Begriffe *Inklusion* und *Exklusion* einher (vgl Merten/Scherr 2004, 10). Es ist immer eine gesellschaftliche Tendenz auszumachen, wonach Individuen aus Funktionssystemen – gerade das Recht trägt dazu bei – exkludiert oder in diese inkludiert werden. Soziale Arbeit als Funktionssystem kann vor diesem Hintergrund daher auch als *Inklusionsvermittlung* bzw *Exklusionsvermeidung* oder zumindest *Exklusionsverwaltung* gesehen werden (vgl Wirth 2005, 96).

Demgegenüber bzw damit im Zusammenhang steht Recht als anderes eigenständiges Funktionssystem. Während Soziale Arbeit als Funktionssystem die Aufgabe hat, Hilfe

2 Dieser Abschnitt ist ein stark gekürzter und überarbeiteter Teil meiner Bachelorarbeit am FH Campus Wien.

anzubieten, hat Recht in der Luhmann'schen Systemtheorie die Aufgabe, einerseits Erwartungssicherheit zu garantieren und andererseits bestimmte (soziale) Verhaltensweisen zu steuern (vgl. Luhmann 1999, 73). Der wesentliche Code des Systems Recht besteht im Unterschied zu jenem von Sozialer Arbeit in der Binarität von *Recht* und *Unrecht*. Die *Leistung* des Systems *Recht* lässt sich demnach umschreiben als Bereitstellung von Normen. Diese Normen wiederum garantieren auch in anderen gesellschaftlichen Funktionssystemen ein bestimmtes Maß an Verhaltenssicherheit und Vorhersagbarkeit (vgl. Becker/Reinhardt-Becker 2001, 106 f.).

4. Professionelles Handeln und professionelle Identität

4.1. Professionelles Handeln

Diese gesellschaftstheoretisch-systemische Schieflage zwischen Recht und Sozialer Arbeit und der Umstand, dass die jeweiligen gesellschaftlichen Funktionen sehr verschiedenen ausgeprägt sind, schlägt sich auch im konkreten alltäglichen professionellen Handeln und im jeweiligen eigenen Selbstverständnis nieder.

Bei vielen Unterschieden – schon alleine hinsichtlich ihrer gesellschaftlichen Positionen – weisen beide Professionen jedoch gerade im praktischen Arbeitskontext eine große Gemeinsamkeit auf: das Arbeiten am *Fall*. Dieser macht einen wesentlichen Kern sozialarbeiterischen und juristischen Arbeitens aus. Die juristische Profession hat ihren Ausgang im *juristischen Fall*, während die Soziale Arbeit den Fokus auf den *psychosozialen Fall* legt.

Das Wesen juristischer Fallbearbeitung ist die Betrachtung eines bestimmten (sozialen) Sachverhaltes unter juristischen Gesichtspunkten und Prämissen. Hierfür steht eine eigene juristische Methodik (vgl. Bydlinski 2012) zur Verfügung, die zum Ziel hat, Lebenssachverhalte und Sachprobleme strukturiert und unter konkreten juristischen Gesichtspunkten zu analysieren, um letztlich zu nachvollziehbaren, rechtlichen Begründungen kommen und Rechtsfragen klären zu können.

Soziale Arbeit hat in ihrer Praxis ebenfalls mit Fällen zu tun, in der Form, dass ein sozialer Sachverhalt an die in der Praxis tätigen Sozialarbeiter_innen herangetragen wird. Kern eines sozialarbeiterischen Falles ist nicht primär dessen juristischer Gehalt, sondern das dahinter liegende soziale Problem (vgl. Engelke 2004, 301 f.). Ebenso wie Jurist_innen greifen Sozialarbeiter_innen auf ein professionelles Instrumentarium zurück und bedienen sich gezielter Methoden, um eine soziale Problemlage analysieren, strukturieren und (be)arbeiten zu können (vgl. Galuske 2007, 36 ff.).

Beiden Professionen ist in der Fallbearbeitung gemein, dass im Zentrum immer Menschen stehen, auf die sich das jeweilige Handeln bezieht. Die juristische Profession ist mit Menschen als abstrakten oder konkreten *Normadressat_innen* konfrontiert, auf die das Recht unabhängig von deren persönlichem Hintergrund und deren persönlichen

Beweggründen anzuwenden ist. Der Sozialen Arbeit hingegen begegnen Menschen als *Klient_innen*, die sich in einer Notlage befinden und oftmals den gesellschaftlichen Anschluss nicht von alleine schaffen bzw nicht geschafft haben. Die sozialarbeiterische Fallbearbeitung muss daher – im Unterschied zur juristischen – ihr professionelles Augenmerk auf die Ganzheitlichkeit einer sozialen Problemlage richten, bewusst vernetzt und interdisziplinär ausgerichtet sein und sich grundsätzlich an den konkreten Bedürfnissen ihrer Klient_innen orientieren.

Handeln in der Sozialen Arbeit ist durch eine bewusste Nähe zu ihren Klient_innen gekennzeichnet, weil Hilfeprozesse gerade erst durch die professionelle Beziehungsarbeit mit den Klient_innen möglich werden. Des Weiteren hat professionelles Handeln und sozialarbeiterische Fallbearbeitung zur Aufgabe, materielle und immaterielle Ressourcen für Klient_innen zu erschließen.

Für die juristische Fallbearbeitung bzw juristisches Agieren ist hingegen charakteristisch, dass der Fokus oftmals bewusst eingeschränkt wird, indem er sich ausschließlich auf rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit einem (sozialen) Sachverhalt konzentriert und bewusst andere (interdisziplinäre) Perspektiven bezüglich Bewertung und Beurteilung ausschließt. Juristische Arbeit setzt sich häufig sogar sehr bewusst von den Adressat_innen ihrer Arbeit ab und lässt im Unterschied zur Sozialarbeit gezielt keine Nähe zu diesen zu. Oftmals ist nämlich gerade erst durch diese persönliche und professionelle Distanz ein Höchstmaß an rechtlicher Objektivität und Ausgewogenheit zu erreichen und kann dadurch willkürliche, weil zu individualisierte, Rechtsanwendung ausgeschlossen werden.

Was die beiden Professionen bzw deren professionelles Handeln allerdings verbindet, ist die Tatsache, dass bei beiden (Be)Wertungen vorgenommen werden. Jurist_innen (be)werten, ob rechtmäßiges oder unrechtmäßiges Verhalten vorliegt und verknüpfen dies mit rechtlichen Folgen. Sozialarbeiter_innen (be)werten, ob ein soziales Problem vorliegt und haben in weiterer Folge darüber zu entscheiden, ob sozialarbeiterische Unterstützung zu leisten ist.

Obwohl somit beiden zumindest auf einer Einzelfallebene oftmals große Disziplinierungs- und Zurichtungsmacht zukommt, ist das jeweilige professionelle Selbstbewusstsein unterschiedlich ausgeprägt.

4.2. Professionelle Identität

Die juristische Profession weist nicht nur eine lange historische Tradition auf, sondern hat auch ein äußerst stark ausgeprägtes Standesbewusstsein und einen Habitus, die beide schon im Hochschulstudium mit gelehrt und transportiert werden (vgl Sagmeister/Wöckinger 2013, 478 ff). Eine eigene (Rechts)Sprache hebt sie ab von anderen Professionen und erlaubt es ihr somit, sich von diesen abzugrenzen. Der unmittelbare Einfluss auf das Rechtssystem und der damit automatisch einhergehende Einfluss auf die

Politik und andere gesellschaftliche Machtzentren verleihen der juristischen Profession ein enormes Selbstbewusstsein. Verstärkt wird dieses durch die gesellschaftliche Wahrnehmung, der die Profession unterliegt. Aufgrund dieser daraus resultierenden Definitionsmacht genießt sie gegenüber anderen Professionen und gesamtgesellschaftlich hohe Autorität. Nicht nur die praktischen juristischen Tätigkeiten sind klar abgegrenzt von anderen Professionen, indem konkrete Zugangsvoraussetzungen eingeführt sind, wie beispielsweise im Justizbereich in der Richter_innenausbildung, sondern auch als wissenschaftliche Disziplin ist sie hinlänglich etabliert und weiß um ihren wissenschaftlichen Erkenntnisgegenstand: Sie ist diejenige, die sich mit Recht und dessen Anwendung im weitesten Sinn auseinandersetzt (vgl. Horn 2004, 26 ff.).

Die professionelle Identität Sozialer Arbeit hingegen ist anders ausgeprägt. Sie sieht sich unter einem ständigen professionellen und gesellschaftlichen Rechtfertigungsdruck, erklären zu müssen, was denn nun Sozialarbeit tatsächlich ist, wozu sie da ist und warum es einer eigenen Ausbildung bedarf. Diese Unsicherheiten schlagen nicht nur in der Praxis durch, sondern auch wissenschaftlich-theoretisch. Mit der Umstellung auf ein akademisches Ausbildungsniveau an den Fachhochschulen entwickelt sich im Bereich der Sozialen Arbeit langsam auch eine eigene wissenschaftliche Disziplin: die Sozialarbeitswissenschaften. Auch hier wird der wissenschaftliche Diskurs stark dominiert von den Fragen, was der konkrete praktische und theoretische Erkenntnisgegenstand der Disziplin sei bzw. was denn konkret beforscht und bearbeitet werden soll (vgl. Engelke 2004; Staub-Bernasconi 2007; Lambers 2013 uvm). Hinzu kommt, dass Soziale Arbeit als Profession über wesentlich weniger (gesellschaftliche) Definitionsmacht und Deutungshoheit verfügt als die juristische und sich in öffentlichen Diskursen oft wenig bis gar kein Gehör verschaffen kann.

Die Gründe für die unterschiedlich ausgeprägten professionellen Identitäten von Sozialarbeiter_innen und Jurist_innen sind durchaus mannigfaltig. Im Bereich der Sozialen Arbeit spielt sicherlich stark die Tatsache hinein, dass sie sich professionell zwangsläufig am Rand der Gesellschaft bewegt und ausschließlich mit stigmatisierten Gesellschaftsgruppen konfrontiert ist. Die Stigmatisierung, die ihren Klient_innen anhaftet, färbt auch auf die Profession selbst ab. Ganz anders die juristische Profession, die sich von ihrem gesellschaftlichen Auftrag her meist im gesellschaftlichen Zentrum bewegt und in vielen juristischen Berufsfeldern eher mit gut situierten Gesellschaftsgruppen und Eliten befasst ist, die für juristische Leistungen viel Geld zu zahlen bereit sind.

5. Verbindungslinien und emanzipatorisches Potential

Wie in den vorangegangenen Kapiteln dargestellt, weisen die beiden Professionen in vielen Bereichen Unterschiede und verschiedene Zugänge auf, in wichtigen Punkten jedoch auch entscheidende Gemeinsamkeiten. Beider Handeln ist häufig unmittelbar auf andere Menschen ausgerichtet, und im konkreten Einzelfall überschneiden sich oftmals

juristische und sozialarbeiterische Aspekte. Charakteristisch für beide Professionen ist, dass sie häufig als „Anwält_innen“ im weitesten Sinn fungieren, indem sie vermittelnd oder stellvertretend agieren, um für ihre Klient_innen und Mandant_innen soziale und/oder rechtliche Ressourcen zu erschließen.

Gerade darin liegt ihre große gesellschaftspolitische Relevanz, und eine intensivere Kooperation beider Profession könnte emanzipatorische Möglichkeiten eröffnen: Viele engagierte und kritische Sozialarbeiter_innen³ möchten sich nicht nur darauf beschränken, nach Einzelfalllösungen zu suchen, sondern wollen systemimmanente Hürden und Ausschlüsse ihrer Klient_innen verändern, während auf der anderen Seite sozial engagierte, kritische Jurist_innen und Anwält_innen oftmals zu wenig wissen von den realen Problemlagen und konkreten Lebenssituation von Menschen, um auf einer juristischen und rechtspolitischen Ebene argumentieren zu können, warum und in welcher Form (rechtliche) Veränderungen vonnöten wären.

Aber nicht nur in Hinblick auf gesamtgesellschaftliche und systemrelevante Fragestellungen macht eine engere Vernetzung von Sozialarbeiter_innen und Jurist_innen Sinn, sondern auch im konkreten Arbeitsalltag. So sind viele Sozialarbeiter_innen häufig in ihrer Arbeits- und Fallpraxis gleichzeitig auch mit juristischen Fragestellungen konfrontiert und Jurist_innen wiederum mit psychosozialen Notlagen von Menschen, die zuerst einmal einiges an Beziehungsarbeit erfordern, um überhaupt die Gesamtsituation erfassen und in weiterer Konsequenz die für den Sachverhalt relevanten juristischen Fragestellungen herausarbeiten zu können. Ein gutes Praxisbeispiel ist die Arbeit der *Bettel-Lobby Wien*⁴, die durch psychosoziale und juristische Beratung bettelnden Menschen in Wien konkrete Hilfe ermöglicht.

Was können die beiden Professionen darüber hinaus jeweils voneinander „lernen“? Konkret könnten sich in der Praxis tätige Sozialarbeiter_innen stärker mit juristischem Know-How vertraut machen und dieses einsetzen, wenn es darum geht, ihre Klient_innen dabei zu unterstützen zu ihren Rechten zu kommen. Die juristische Profession wiederum kann von Sozialer Arbeit lernen, dass interdisziplinäres und vernetztes Agieren durchaus auch bei der Klärung von Rechtsfragen relevant sein kann und dass jede Erweiterung des juristischen Horizonts möglicherweise neue oder andere Lösungen ermöglicht. Gerade für in der sozialen Praxis tätige Jurist_innen kann es mitunter hilfreich sein, professionelle Beziehungsarbeit stärker in den Vordergrund zu rücken und mittels entsprechender Gesprächsführungs- und Kommunikationsmethoden – insbesondere bei sprachlich weniger gewandten Menschen – die für die Fallbearbeitung rele-

3 In diesem Zusammenhang ist der Verein Kritische Soziale Arbeit (KriSo) zu nennen, der sich mit den gesellschaftspolitischen Dimensionen und Aufträgen von Sozialer Arbeit kritisch beschäftigt und einen kritischen, interdisziplinären Austausch fördert und unterstützt. Siehe dazu www.kriso.at/ (14.04.14).

4 Die *BettelLobbyWien* tritt ua für ein Grundrecht auf Betteln ein, kämpft gegen Polizei und Behörden und versucht konkret Betroffene im Rahmen von regelmäßig stattfindenden Informationsabenden individuell juristisch und psychosozial zu beraten. Mehr Informationen unter <http://bettellobbywien.wordpress.com> (12.4.14). Siehe dazu auch den Beitrag von *Ronald Frühwirth*, *Das Eisenbahngesetz und die Bettlerin*, *juridikum* 3/13.

vanten Antworten zu erhalten bzw generell eine Verständigungsebene mit den Mandant_innen zu finden. Auch das kritische Reflektieren des eigenen professionellen Handelns ist ein Instrumentarium, das genauso relevant ist für einen juristischen wie für einen sozialarbeiterischen Beruf.

Insgesamt zeigt sich, dass es durchaus viele Verbindungsmöglichkeiten zwischen sozialarbeiterischer und juristischer Arbeit – sowohl im konkreten Berufsalltag, als auch in Bezug auf gesellschaftspolitische Belange – gäbe und daher eine engere Vernetzung beider Professionen durchaus sinnvoll und wichtig erschiene.

Mag.^a Nina Eckstein, BA ist Juristin, studierte Soziale Arbeit am FH Campus Wien und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; nina.eckstein@gmx.at

Literatur

- Bydlinski, Franz (2012): Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl, Wien.
- Becker, Frank/Reinhardt-Becker, Elke (2001): Systemtheorie. Eine Einführung für die Geschichts- und Kulturwissenschaften, Frankfurt a. M.
- Engelke, Ernst (2004): Die Wissenschaft Soziale Arbeit. Werdegang und Grundlagen, 2. Aufl, Freiburg.
- Frühwirth, Ronald: Das Eisenbahngesetz und die Bettlerin, in *juridikum* 3/13.
- Galuske, Michael (2007): Methoden der Sozialen Arbeit. Eine Einführung, 7. Aufl, Weinheim/München.
- Hering, Sabine/Münchmeier, Richard (2007): Geschichte der Sozialen Arbeit. Eine Einführung, 4. Aufl, Weinheim.
- Horn, Norbert (2004): Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Aufl, Heidelberg.
- Lambers, Helmut (2013): Theorien der Sozialen Arbeit. Ein Kompendium und Vergleich, Wien/Köln/Weimar.
- Luhmann, Niklas (1973b): Formen des Helfens im Wandel gesellschaftlicher Bedingungen. In: Otto, Hans-Uwe/Schneider, Siegfried (Hrsg): Gesellschaftliche Perspektiven der Sozialarbeit. Erster Halbband, Neuwied/Berlin.
- Luhmann, Niklas (1999) [1981]: Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a. M.
- May, Michael (2009): Aktuelle Theoriediskurse Sozialer Arbeit. Eine Einführung, 2. überarbeitete u. erweiterte Aufl, Wiesbaden.
- Merten, Roland (2004): Inklusion/Exklusion und Soziale Arbeit. Überlegungen zur aktuellen Theoriedebatte zwischen Bestimmung und Destruktion. In: Merten, Roland/Scherr, Albert (Hrsg) (2004): Inklusion und Exklusion in der Sozialen Arbeit. 1. Aufl, 99–118, Wiesbaden.
- Melinz, Gerhard/Ungar, Gerhard (1996): Wohlfahrt und Krise. Wiener Kommunalpolitik 1929–1938, Wien.
- Müller, Wolfgang C. (2013): Wie Helfen zum Beruf wurde. Eine Methodengeschichte der Sozialen Arbeit, 6. Aufl, Weinheim.
- Reiter-Zatloukal, Ilse (2007): JuristInnenausbildung an der Wiener Universität. Ein historischer Überblick, http://homepage.univie.ac.at/ilse.reiter-zatloukal/RWStud_online_relaunch.pdf (14.04.14).
- Sagmeister, Maria/Wöckinger, Andreas: In der Schreckstarre – Habitus-Training im rechtswissenschaftlichen Studium, in *juridikum* 4/13.
- Schneider, Gabriele: Richterinnen in Österreich, in *juridikum* 4/13.
- Staub-Bernasconi, Silvia (2007): Soziale Arbeit als Handlungswissenschaft. Systemtheoretische Grundlagen und professionelle Praxis – Ein Lehrbuch, Bern/Stuttgart/Wien.
- Wendt, Wolf Rainer (2008): Geschichte der sozialen Arbeit. Die Gesellschaft vor der sozialen Frage, Bd 1, Stuttgart.
- Wirth, Jan Volker (2005): Helfen in der Moderne und Postmoderne. Fragmente einer Topographie des Helfens, Heidelberg.

Strafrechtsreform 2015 – Wohin geht die Reise?

Alois Birklbauer

1. Einleitung

Justizministerin a.D. *Beatrix Karl* hat Ende 2012 eine Reformgruppe zum StGB eingesetzt, die im Februar 2013 ihre Arbeit aufgenommen hat. Die Gruppe besteht aus 18 Expert_innen aus den Bereichen Universität, Justiz und Rechtsanwaltschaft. Laut Aussendung des BMJ vom 27.2.2013 werden diese „in den kommenden 12 Monaten das Strafgesetzbuch auf Modernisierungsbedarf hin untersuchen und konkrete Vorschläge unterbreiten, wie ein ‚StGB 2015‘ aussehen könnte. Das Jahr 2014 wird dann ganz im Zeichen der politischen Diskussion über die Expertenvorschläge sowie der Beschlussfassung im Parlament stehen. Zum 40-Geburtstag (sic!) des StGB im Jahr 2015 soll dann ein runderneueres Strafgesetzbuch zur Anwendung gelangen.“¹ Dabei soll die Evaluierung des StGB „ergebnisoffen“ erfolgen und „das gesamte österreichische StGB“ umfassen. Als Gegenstände der Prüfung wurden „insbesondere die Strafrelationen zwischen Leib und Leben und Vermögensdelikten, die Gesamtsystematik des StGB, möglicher Modernisierungsbedarf bei Tatbeständen sowie die Wertgrenzen bei Vermögensdelikten“ hervorgehoben.²

Der Diskussionsprozess sollte also nach dieser Ankündigung im Laufen sein. Doch soweit ist es noch nicht. Es gab lediglich eine erste Einbindung der Zivilgesellschaft im Rahmen einer Enquete im Mai 2013, bei der seitens der Teilnehmer_innen eine bunte Palette von Wünschen geäußert wurde,³ die von der Einführung eines neuen Straftatbestandes für Kindesentführungen ins Ausland bis zu Verschärfungen bei den Erschwerungsgründen reichten (zB für sexuellen Missbrauch in der Familie oder rassistische bzw andere verhetzende Motive). Es wurden jedoch auch Stimmen gegen eine Verschärfung laut, weil es zum einen für die Kriminalitätsentwicklung nicht relevant sei, ob mehr oder weniger eingesperrt wird, zum andern die Strafhöhe nicht präventiv wirke, sondern eine hohe Entdeckungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit wirksamer sei.

Ohne dass der Autor in den bisherigen Prozess eingebunden war, sollen im folgenden Beitrag mögliche Änderungen für ein StGB 2015 skizziert werden. Es handelt sich dabei um ein Brainstorming ohne Anspruch auf Vollständigkeit, das nicht nur einzelne Straf-

1 www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c9484853d10e3d0013d1c0c751546b2.de.html (21.4.2014).

2 www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c948485398b9b2a013c95f6113e2de6.de.html (21.4.2014).

3 Siehe dazu etwa *Zaunbauer*, Wunschzettel an die Justiz, Wiener Zeitung v 6.5.2013, www.wienerzeitung.at/nachrichten/oesterreich/politik/544265_Wunschzettel-an-die-Justiz.html (21.4.2014).

normen des Besonderen Teils, sondern auch Überlegungen zu den strafrechtlichen Reaktionen umfasst.

2. Reformüberlegungen zum Besonderen Teil des StGB

Im Besonderen Teil des StGB, in dem die einzelnen Delikte normiert sind, drückt sich der Wertekatalog einer Gesellschaft aus, weshalb geänderte Wertvorstellungen zu einer Adaptierung von Strafbestimmungen oder Strafdrohungen führen können. Der gesellschaftliche Wandel in den vergangenen 40 Jahren lässt es nahe liegend erscheinen, das StGB in dem Sinne zu hinterfragen, ob dessen Strafbestimmungen und -drohungen noch dem gesellschaftlichen Wertekatalog entsprechen. Das Anliegen an die Expert_innenkommission ist damit berechtigt.

2.1. Zur Relation von Strafdrohungen allgemein

Bevor exemplarisch auf das Verhältnis von Strafdrohungen einzelner Delikte zueinander eingegangen wird, ist die Frage nach der Vielfaltigkeit der Palette verschiedener Strafdrohungen generell zu stellen. Ein von mir verfasster Beitrag in der Zeitschrift Juridikum vor mehr als zehn Jahren, der im Rahmen der Mitarbeit in der parlamentarischen Enquetekommission zum Thema: „Die Reaktion auf strafbares Verhalten in Österreich, ihre Angemessenheit, ihre Effizienz, ihre Ausgewogenheit“ in den Jahren 2000 bis 2002 entstanden ist,⁴ hat ua vorgeschlagen, die Zahl der Strafraumentypen wesentlich zu reduzieren, um eine bessere Vergleichbarkeit von Delikten zueinander zu ermöglichen:

- *Zwingende Mindestfreiheitsstrafen im unteren Bereich der Kriminalität*, also bei Delikten mit maximalen Freiheitsstrafen von fünf Jahren, sollten *gestrichen* werden. Dadurch könnten die Gerichte im Einzelfall flexibler reagieren und müssten nicht im Wege der ao Strafmilderung (§ 41 StGB) aus dem Regelstrafrahmen aussteigen, um eine unrechts- und schuldangemessene Strafe zu erreichen.
- Die als *Primärsanktion angedrohte kumulative Geld-Freiheitsstrafe*, wie sie etwa bei den – praktisch ohnehin bedeutungslosen – Wucherdelikten (§§ 154 f StGB), der Auskundschaftung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses (§§ 123 f StGB), der Kreditschädigung (§ 152 StGB) oder für bestimmte Tatbestände des Nebenstrafrechts vorgesehen ist, sollte *entfallen*. Der finanzielle Vorteil, den jemand aus solchen Delikten gezogen hat, kann ohnehin durch das eingeführte Instrumentarium des Verfalls (§§ 20, 20a–c StGB) ausgeglichen werden. Darüber hinaus ist eine solche Sanktionskombination im Rahmen der Strafzumessung im weiteren Sinn (§ 43a

⁴ Birklbauer, Entrümpelung des StGB. Auswirkungen des gesellschaftlichen Wertewandels auf das Strafrecht, Juridikum 2001, 29.

Abs 2 StGB) für alle Delikte vorgesehen, wenn im Einzelfall eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verhängt wird, die als Folge der präventiven Prognose nicht zur Gänze bedingt nachgesehen werden kann. Hierbei geht es allerdings nicht um eine Vorteilsabschöpfung, sondern um eine Vermeidung des Vollzugs von Freiheitsstrafen.

- Weiters sollte die bisweilen bei einer *Strafrahmenobergrenze von mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe* ausdrücklich normierte *Möglichkeit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen entfallen*. Die Umwandlung in eine originär zu verhängende Geldstrafe bei konkreten Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten ist ohnehin durch § 37 StGB, der den Grundsatz der möglichsten Vermeidung kurzer Freiheitsstrafen betont, gewährleistet. Insofern ist eine ergänzende Normierung in der Strafdrohung entbehrlich. Umgekehrt sollte bei Delikten mit einer Freiheitsstrafandrohung bis zu sechs Monaten stets eine Geldstrafe alternativ in die Strafdrohung aufgenommen werden, um den Grundsatz von der Schädlichkeit kurzer Freiheitsstrafen zu unterstreichen.

Alleine durch diese Möglichkeiten wären die damals 23 vorhandenen Strafrahmentypen des StGB auf zwölf reduzierbar gewesen, was eine bessere Vergleichbarkeit ermöglicht hätte. Leider wurde dieser Gedanke vom Gesetzgeber nicht weiterverfolgt. Die Reduktionsidee ist aber weiterhin erstrebenswert, weshalb an ihr festgehalten werden sollte.

2.2. Relation zwischen Leib/Leben- und Vermögens- bzw Sexualdelikten

Die Strafrelationen zwischen Leib/Leben- und Vermögens- bzw Sexualdelikten sind ein Aspekt, unter dem das geltende StGB – entsprechend dem Arbeitsauftrag an die Expert_innenkommission – kritisch hinterfragt werden soll. Damit soll offenbar auch der Stimmung weiter Teile der Bevölkerung entsprochen werden, die Strafen bei schwerer bzw dauerhafter Verletzungs- oder Todesfolge im Vergleich zu jenen bei Vermögensdelikten als unangemessen niedrig einstuft.⁵ Tatsächlich lassen sich Beispiele finden, bei denen die Unangemessenheit auf der Hand liegt. Ist etwa für eine aufgebrochene Kassa eines Zeitungsständers mit einer Beute von fünf Euro (Einbruchdiebstahl nach §§ 127, 129 Z 2 StGB) eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren angedroht, kann für eine im Rahmen eines Angriffs dreier Personen gegen einen anderen zugefügte schwere Verletzung, die einen mehrwöchigen Krankenhausaufenthalt zur Folge hat ([vorsätzliche] schwere Körperverletzung nach §§ 83, 84 Abs 1 und Abs 2 Z 2 StGB), lediglich eine Freiheitsstrafe von maximal drei Jahren verhängt werden. Zahlreiche ähnliche Beispiele ließen sich finden.

Für eine Änderung von Relationen gibt es *zwei Wege*: eine *Erhöhung der Strafdrohungen für die Leib/Lebendelikte* oder eine *Adaptierung bei den Vermögens- und Sexualde-*

5 Dazu und zu möglichen Erklärungen siehe etwa mit wN *Hirtenlehner*, Instrumentell oder expressiv? Zu den Bestimmungsfaktoren individueller Straflust, Soziale Probleme 2010, 192.

likten. Angesichts der empirischen Wirkung (bzw besser Wirkungslosigkeit) von Sanktionen sollte der Weg in Richtung Nivellierung der Strafdrohungen nach unten gehen. Weil jedoch Strafdrohungen nicht nur das Spiegelbild kriminologischer Strafwirkungen sein können, sondern letztlich auch kriminalpolitische Wertungen in dem Sinne enthalten, dass die Gesellschaft durch angedrohte Strafhöhen betont, welche Werte ihr besonders wichtig sind, ist es durchaus denkbar, bei geänderten Wertrelationen eine Strafdrohung auszuweiten. Einen Konsens über eine geänderte Wertebedeutung zu finden ist in einer pluralistischen Gesellschaft mitunter schwierig.

2.2.1. Änderungsbedarf bei den „erfolgsqualifizierten Vermögensdelikten“

Manche Strafdrohungen bei Vermögensdelikten sind deshalb so hoch, weil verschiedene andere Rechtsgutsverletzungen – zum Teil auch Verstöße gegen Leib und Leben – mitabgegolten werden („erfolgsqualifizierte Vermögensdelikte“). So beträgt die Strafdrohung für einen Raub (§ 142 StGB), im Zuge dessen jemand eine *schwere Körperverletzung* (§ 84 Abs 1 StGB) erleidet, zu der auch eine schwere psychische Gesundheitsbeeinträchtigung wie eine posttraumatische Belastungsstörung gehört, fünf bis 15 Jahre Freiheitsstrafe. Es versteht sich von selbst, dass für diese Tatfolgen kein eigenständiger Strafanspruch im Hinblick auf die Körperverletzung mehr bestehen kann. Die Frage, ob die Strafdrohungen bei Vermögensdelikten herabgesetzt werden sollen, ist daher primär für solche Delikte zu stellen, die bloß das Vermögen eines anderen schützen. So sind es va vorgesehene Gewerbsmäßigskeitsqualifikationen und die starke Abhängigkeit vom eingetretenen Vermögensschaden, die ein Ungleichgewicht erzeugen, worauf noch gesondert eingegangen werden soll.⁶

Die *angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe beim Raub mit Todesfolge* (§ 143 aE StGB) ist *unsachlich*. Im bereits erwähnten juridikum-Beitrag aus dem Jahre 2001 habe ich mich dafür ausgesprochen, die lebenslange Freiheitsstrafe – sofern man sie überhaupt beibehalten will – generell auf jene Fälle zu begrenzen, in denen der Täter den Tod eines anderen vorsätzlich herbeiführt, also auf Mord (§ 75 StGB), für den es in Österreich ohnehin ausreicht, den Tod eines anderen ernstlich für möglich zu halten und sich damit abzufinden (Eventualvorsatz iS von § 5 Abs 1 StGB). Daher ist bei einem „*Raubmord*“ die Strafdrohung wegen Mordes anzuwenden,⁷ sodass in solchen Fällen eine lebenslange Freiheitsstrafe möglich ist. Insofern könnte die lebenslange Freiheitsstrafe aus der Strafdrohung für Raub mit Todesfolge gestrichen werden, sind doch davon bloß Fälle erfasst, in denen der Täter das Opfer durch die Gewaltanwendung nicht töten wollte, sondern es fahrlässig zu Tode gekommen ist, zB durch einen unglücklichen Sturz im

⁶ Siehe unter 2.2.3 und 2.2.4.

⁷ Idealkonkurrenz zum Grunddelikt, Spezialität des § 75 StGB in Bezug auf die Tötung (*Moos* in WK² § 75 Rz 38) bzw stillschweigende Subsidiarität der Todesfolge gegenüber § 75 StGB (OGH 13 Os 132/10a = RIS-Justiz RS0126577).

Rahmen des Raubgeschehens. Durch eine solche Streichung entstünde somit kein „falsches Signal“, sondern lediglich eine sachgerechte Reduzierung der lebenslangen Freiheitsstrafe auf vorsätzliche Tötungen.

Beim Raub passt auch die *Differenzierung innerhalb der Verletzungsfolgen*, wird doch auch bei der Strafdrohung zwischen *schwerer Körperverletzung* (§ 84 Abs 1 StGB) und *Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen* (§ 85 StGB) im Rahmen von § 143 StGB unterschieden. Stellt sich freilich die Frage, wie hoch die angedrohte Freiheitsstrafe sein soll, wenn – wie vorgeschlagen – die Möglichkeit einer lebenslangen Freiheitsstrafe bei (fahrlässiger) Todesfolge wegfällt. Sollte die für eine Dauerfolgenqualifikation mögliche Freiheitsstrafe von zehn bis 20 Jahren (der höchste im StGB vorgesehene Rahmen für eine zeitliche Freiheitsstrafe) beibehalten und kein neuer zusätzlicher Rahmentyp geschaffen werden, könnte die Lösung darin liegen, für *Todesfolge und Dauerfolge* die *gleiche Strafdrohung* vorzusehen. Erscheint dies auf den ersten Blick als nicht sachgerecht, ist dieser Ansatz bei genauerer Betrachtung insofern überlegenswert, als bei Tötungsvorsatz ohnehin die lebenslange Freiheitsstrafe des Mordes (§ 75 StGB) zur Anwendung kommt und beim Raub das Handlungsunrecht im Vordergrund steht, demgegenüber das Erfolgsunrecht an Bedeutung zurücktritt. Es ist also keineswegs eine „Bagatellisierung“, bei derart hohen Strafdrohungen die – mitunter vorsätzlich verursachten – Dauerfolgen mit einer fahrlässigen Todesfolge von der Strafdrohung her gleichzustellen und die Ausmessung der im Einzelfall angemessenen Strafe dem Gericht zu überlassen.

2.2.2. Einschränkung des Einbruchsdiebstahls auf mitumfasste Hausrechtsverletzungen

Innenministerin *Johanna Mikl-Leitner* hat – unabhängig von den laufenden Arbeiten der Expert_innenkommission zum StGB 2015 – unlängst den Vorschlag gemacht, auf Grund der gestiegenen Wohnungseinbrüche die Mindeststrafdrohung für Einbruchsdiebstahl (§§ 127, 129 Z 1 StGB) von derzeit sechs Monaten auf ein Jahr zu erhöhen, die Höchststrafdrohung jedoch unangetastet zu lassen. Als Begründung führte sie an, dass die derzeit angedrohte Strafe nicht abschreckend genug sei: „Offenbar kostet einige Einbrecher eine Mindeststrafe von sechs Monaten nur ein müdes Lächeln. Wenn dem so ist, dann müssen wir das Strafmaß eben verdoppeln.“⁸ Justizminister *Wolfgang Brandstetter* unterstütze – den erwähnten Medienberichten zu Folge – die Idee „grundsätzlich“ und hat sie der Expert_innenkommission zum StGB 2015 zugewiesen.

Selbst wenn man bedenkt, dass Tagespolitik „eigenen Gesetzen“ folgt, ist es unter kriminologischen Gesichtspunkten die Begründung des Vorschlags, die zum Lachen verleitet. Sie geht nämlich von der – wahrhaft fiktiven – Annahme aus, potentielle Einbrecher_innen sitzen in ihren Heimatstaaten und überlegen, in welchem Land sie einen Einbruch begehen könnten, ohne eine allzu hohe Strafe zu riskieren. Dazu recherchieren

8 Vgl <http://orf.at/stories/2224075/> (21.4.2014).

sie die jeweilige Rechtslage und entscheiden sich für Österreich, weil hier die angedrohte Mindeststrafe sehr gering ist. Dieser Situation müsse nun durch eine Erhöhung der Strafdrohung gegengesteuert werden. Abgesehen davon, dass für die Wirksamkeit ökonomischer Strafrechts-Sichtweisen bislang kein empirischer Beweis gelungen ist,⁹ ruft schon die Vorstellung der penibel die Rechtslage studierenden Einbrecher_innen Schmunzeln hervor. Strafverschärfungen mögen zwar populär und letztlich billig sein, zur Verbrechensprävention taugen sie wenig. Verstärkter Einsatz von Polizeistreifen verbunden mit Straßensperren auf den Ausweichrouten ist vielfach effizienter, um zB Dämmerungseinbrüche zu verhindern, jedoch auch wesentlich teurer als eine Änderung der Strafdrohung. Unabhängig davon gibt es beim *Einbruchsdiebstahl* durchaus *Verbesserungsbedarf*. Der klassische *Wohnungseinbruch* (§§ 127, 129 Z 1 StGB) *verletzt* nämlich nicht nur das geschützte Rechtsgut Vermögen, sondern ebenso das *Hausrecht als Teil der Privatsphäre*. Vor diesem Hintergrund leuchtet die derzeit geltende Strafdrohung des Einbruchsdiebstahls, welche die mögliche Strafe gegenüber dem Diebstahl verzehnfacht, durchaus ein, geht es doch um mehrere Rechtsgutsverletzungen, die abgegolten werden. Insofern besteht für diese Variante – auch in Relation zu den Strafdrohungen bei den Vermögensdelikten – kein Bedarf, etwas zu verändern. Dass dieselbe Strafdrohung auch für das *Aufbrechen eines Behältnisses* (§ 129 Z 2 StGB) oder einer *sonstigen Sperrvorrichtung* (§ 129 Z 3 StGB) vorgesehen ist, mit dem keine vergleichbare Verletzung der Privatsphäre verbunden ist, stößt jedoch auf Unverständnis. Für diese Fälle sollte daher die Strafdrohung gesenkt werden, sofern man sie als Qualifikationsvarianten überhaupt beibehalten will, denn es ist durchaus überlegenswert, hierfür die strafsatzändernde Wertqualifikation ausreichen zu lassen. Eine Strafdrohung über der kleinen Wertgrenze von derzeit 3.000 Euro (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren; § 128 Abs 1 Z 4 StGB) ist jedenfalls unangemessen. Durch eine Differenzierung innerhalb des Einbruchsdiebstahls könnte auch das *gesteigerte Unrecht eines Wohnungseinbruchs hervorgehoben* werden, was letztlich dem Wertverständnis unserer Gesellschaft entspricht, ohne zugleich an der Strafrahmenschraube drehen zu müssen.

2.2.3. Streichung der Gewerbsmäßigkeit

Strenge Strafen bei den Vermögensdelikten werden in der Praxis durch eine großzügige Bejahung der Gewerbsmäßigkeit bewirkt. Gerade bei Menschen ohne festen Wohnsitz in Österreich wird diese Qualifikation nur allzu leichtfertig angenommen. Solche Tatverdächtige wandern wegen Fluchtgefahr in Untersuchungshaft (vgl § 173 Abs 2 Z 1 StPO) und Anwalt_innen erzählen immer wieder, dass im Urteil eine teilbedingte Frei-

⁹ Siehe etwa *Dölling/Entorf/Hermann/Rupp*, Is Deterrence Effective? Results of a Meta-Analysis of Punishment, *European Journal on Criminal Policy* 2009, 201; *Hirtenlehner/Leitgöb/Bacher*, Hängen Abschreckungseffekte vom Ausmaß der Normbindung ab? Das Fallbeispiel Ladendiebstahlsdelinquenz, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 2013, 293.

heitsstrafe (§ 43a Abs 3 StGB) verhängt wird, deren unbedingter Teil bereits durch die U-Haft verbüßt ist. Der/die Angeklagte wird in der Hauptverhandlung freigelassen und verlässt Österreich, wodurch in weiterer Folge das angemeldete Rechtsmittel mangels Erreichbarkeit der Mandant_innen entweder nicht ausgeführt werden kann oder am Interesse des/der Verurteilten scheitert, Geld oder Zeit für „Gerechtigkeit in Österreich“ zu investieren. Schuldsprüche wegen *Gewerbsmäßigkeit* werden daher vielfach nicht angefochten, wobei es ohnehin *schwierig* wäre, dieses *Qualifikationsmerkmal erfolgreich zu bekämpfen*, muss das Gericht doch nur nachvollziehbar begründen, dass der/die Beschuldigte am Vermögensdelikt in der Absicht beteiligt war, sich durch wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (§ 70 StGB). Mangels objektiver Erfordernisse lässt sich bei schlechten finanziellen Verhältnissen eine solche „subjektive Einstellung“ allemal nachvollziehbar begründen, sodass solche Urteile relativ anfechtungssicher sind. Dabei hatte das StGB bei einem geringfügigen Vermögensdelikt aus Not eigentlich das Gegenteil im Sinn, indem es eine Privilegierungsnorm (Entwendung nach § 141 StGB) schuf. Eine ausufernde Annahme der Gewerbsmäßigsqualifikation war keineswegs gewollt.¹⁰

Wegen der Unbestimmtheit der Gewerbsmäßigkeit und der bei Bejahung exorbitant steigenden Strafdrohung (beim einfachen Diebstahl beispielsweise auf das Zehnfache) ist es nur naheliegend, eine Streichung dieser Qualifikation zu fordern.¹¹ Versuche, die Gewerbsmäßigkeit – wie etwa im Bereich des Suchtmittelrechts – mit objektiven Kriterien zu verbinden (so ist zB eine Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Suchtgifthandels nur zulässig, wenn der/die Angeklagte bereits einmal wegen Suchtgifthandels verurteilt wurde; vgl § 28a Abs 2 Z 1 SMG), können zwar bisweilen für sachgerechtere Verurteilungen sorgen, sie lösen aber das Problem nicht, dass es letztlich um eine Beurteilung bloßer subjektiver Kriterien geht, die zu wesentlich höheren Strafdrohungen führt. Auch bei Heranziehen objektiver Kriterien verbleibt ein zu großer Spielraum.

2.2.4. Reduktion der Bedeutsamkeit des Vermögensschadens

In der bereits erwähnten Enquete zum geplanten StGB 2015 wurde auch die „überhöhte Rolle der Schadenssumme bei Vermögensdelikten“ kritisiert und in diesem Zusammenhang die Höchststrafe für *Helmut Elsner* im Bawag-Prozess als „unmöglich“ bewertet, sei doch *Elsner* schließlich nicht vorbestraft gewesen und habe er nicht in die eigene Tasche gearbeitet. „Da stimmen die Relationen nicht“, äußerte sich der Präsident der Österreichischen Juristenkommission *Roland Miklau* kritisch.¹² Die Abhängigkeit

10 Die EBRV 1971, 183 betonen, dass Gewerbsmäßigkeit nur dann angenommen werden darf, wenn der Täter beabsichtigt, eine gleichartige Tätigkeit regelmäßig zu entfalten und darin eine ständige Einnahmequelle finden will.

11 Siehe dazu etwa *Bertel*, Die Gewerbsmäßigkeit. Eine kriminalpolitische Betrachtung, JRP 1998, 265; *Graß ua*, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft, JRP 2004, 61.

12 Siehe dazu etwa den Bericht in der Wiener Zeitung (FN 3).

des österreichischen Vermögensstrafrechts vom eingetretenen Schaden ist in der Tat durch die im Gesetz vorhandenen Wertqualifikationsgrenzen von 3.000 bzw 50.000 Euro groß. Dies zeigten auch andere jüngst entschiedene „clamoröse Fälle“, in denen bei einer zB zehnfach überschrittenen Wertqualifikationsgrenze eine mehrjährige Haftstrafe unausweichlich erschien.¹³ Bei einer derartigen Schadensabhängigkeit geraten andere Qualifikationsmerkmale, wie zB die Ausnützung einer Bedrängnis oder Hilflosigkeit (vgl § 128 Abs 1 Z 1 StGB), nur allzu leicht in den Hintergrund, sodass über die Bedeutung des Schadenselements nachzudenken ist. Mag die „kleine Wertgrenze“ von 3.000 Euro eine gewisse Berechtigung haben, wenn zB bei den Einbruchsklassifikationen rückgebaut oder die Gewerbsmäßigekeitsqualifikation gestrichen wird, ist die *große Wertqualifikation* von 50.000 Euro jedenfalls viel *zu niedrig* angesetzt. Will man eine solche überhaupt beibehalten, sollte sie *nicht unter 500.000 Euro* liegen.

Auf der anderen Seite ist es bei bestimmten Vermögensdelikten nur schwer zu vermitteln, warum hier die *Strafbarkeit* nicht überhaupt erst *bei Überschreitung eines bestimmten Wertes* eingreift. Wer juristischen Lai_innen zu erklären versucht, dass das Delikt der *Unterschlagung* (§ 134 StGB) auch verwirklicht, wer die auf einem Gehsteig gefundene 5-Cent-Münze nicht beim Fundamt abliefern, riskiert, als „lebensfremd“ abgestempelt zu werden. Die Erklärung zur gleichsam „Ehrenrettung des Strafrechts“, dass die Justiz bei derartigen Bagatellen ohnehin kein Verfahren führen wird, vermag zwar die Gemüter zu beruhigen, nicht jedoch das Grundproblem zu beseitigen. Insofern wäre es überlegenswert, gerade die Unterschlagung *auf nicht-geringwertige Sachen* (zB bis 300 Euro als einem Zehntel der kleinen Wertgrenze¹⁴) zu begrenzen. Ob dieser Gedanke auch auf andere Vermögensdelikte übertragen werden kann, ist unter rechtspolitischen Gesichtspunkten genauer zu überlegen. Sie könnte etwa im Bereich des Ladendiebstahls als falsches Signal missverstanden werden,¹⁵ zumal es auch wertungsmäßig einen Unterschied macht, ob Gewahrsam gebrochen (Diebstahl nach §§ 127 ff StGB), anvertrauter Gewahrsam missbraucht (Veruntreuung nach § 133 StGB) oder eine Gewahrsamsübertragung erschlichen wurde (Betrug nach §§ 146 ff StGB). Das vorteilhafte Ausnützen zufällig erlangten Gewahrsams wie bei der Unterschlagung (§ 134 StGB) hebt sich davon wesentlich ab, sodass hier jedenfalls eine Zurückdrängung der Strafbarkeit angebracht erscheint.

2.2.5. Veränderungsbedarf bei den Sexualdelikten

Die Strafdrohungen für die Sexualdelikte wurden in den vergangenen Jahren mehrmals verschärft und liegen bereits in der *Grundvariante* der Gewalt- und Missbrauchsdelikte mit einem bis zu zehn Jahren für Vergewaltigung bzw schweren sexuellen Missbrauch

¹³ Vgl OGH 11.3.2014, 11 Os 51/13d.

¹⁴ Zur Geringfügigkeitsgrenze von 300 Euro siehe auch *Bertl/Schwaighofer*, BT I² § 141 Rz 4.

¹⁵ Zu Reformideen in puncto Strafbarkeit von Ladendiebstahl bei Jugendlichen *Hirtenlehner/Leitgöb/Birklbauer*, Ladendiebstahlskriminalität von Kindern und Jugendlichen. Befunde aus Österreich, *SIAC-Journal* 2013, 45.

von Unmündigen (§§ 201 Abs 1, 206 Abs 1 StGB) bzw sechs Monaten bis zu fünf Jahren für geschlechtliche Nötigung oder sexuellen Missbrauch von Unmündigen (§§ 202 Abs 1, 207 Abs 1) *erheblich über jenen der Körperverletzungsdelikte*. Selbst wenn man – wie hier vorgeschlagen – vorsätzlich zugefügte schwere Körperverletzungen durch den Rückbau des Absichts-Erfordernisses in § 87 StGB¹⁶ einer erhöhten Strafdrohung unterwirft, bleiben die Relationen zu den Sexualdelikten stimmig. Dies gilt insbes im Hinblick auf die hohen Strafdrohungen, wenn Verletzungsfolgen zu jener der Sexualsphäre hinzutreten (vgl §§ 201 Abs 2, 202 Abs 2, 206 Abs 3 und 207 Abs 3 StGB). Das Abstellen auf § 84 Abs 1 StGB ist insofern ausreichend, als psychische Folgen, soweit sie Krankheitswert im medizinischen Sinn besitzen, darunter subsumierbar sind.

In Fortsetzung der Überlegungen zum schweren Raub (§ 143 StGB) wäre es bei den Sexualdelikten durchaus angebracht, *innerhalb der Verletzungsfolgen zwischen § 84 Abs 1 und § 85 StGB zu differenzieren*. Die *lebenslange Freiheitsstrafe bei der fahrlässigen Todesfolge* (§ 201 Abs 2 aE StGB) sollte *gestrichen* werden. Beim „Sexualmord“ wäre auf Grund der Anwendbarkeit des § 75 StGB unabhängig davon eine lebenslange Freiheitsstrafe weiterhin möglich.

2.2.6. Erhöhung der Strafdrohungen bei den Verletzungsdelikten

Die angedachten Änderungen bei den Vermögens- und Sexualdelikten können den bei manchen vorhandenen Wunsch, zur Betonung des Rechtsgüterschutzes gegenüber Leib und Leben auch dort Strafdrohungen zu erhöhen, wohl nur zT befriedigen. Insofern könnte man etwa andenken, *fahrlässige Körperverletzungen* (§ 88 StGB) *oder Tötungen* (§§ 80 f StGB) *unter erheblichem Alkoholeinfluss* (zB ab mehr als 1,2 Promille Blutalkohol) einer *höheren Strafdrohung* zu unterwerfen und gleichzeitig im unteren Bereich besonders gefährliche Verhältnisse iS von § 81 Abs 1 Z 2 StGB bereits bei einer Alkoholisierung von mehr als 0,5 Promille annehmen.¹⁷ Dadurch könnte die seit den 1970er Jahren gesunkene Akzeptanz gegenüber Alkohol am Steuer ausgedrückt werden und die Gerichte hätten hinreichend Spielraum, bei besonders gravierenden Alkoholunfällen, im Zuge derer mehrere Personen schwer verletzt oder getötet wurden, entsprechend streng zu reagieren.

Denkbar wäre es auch, bei der *vorsätzlich zugefügten schweren Körperverletzung* insofern nachzubessern, als für die derzeit in § 87 Abs 1 StGB normierte absichtliche schwere Körperverletzung ein *schlichtes Vorsatzerfordernis* ausreicht. Wer es also ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, dass ein anderer schwer am Körper verletzt wird, soll unter die gleiche Strafdrohung fallen wie der/die Täter_in eines Einbruchsdiebstahls

¹⁶ Dazu sogleich unter 2.2.6.

¹⁷ Für die strafrechtliche Qualifikation des § 81 Abs 1 Z 2 StGB gilt nach wie vor die Grenze von 0,8 Promille; siehe dazu zB Kienapfel/Schroll, BT F § 81 Rz 60.

(nach derzeitigem Recht Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren). Kommen Dauer- oder Todesfolge hinzu, sollen die derzeit in § 87 Abs 2 StGB normierten Strafsätze zur Anwendung gelangen. Insgesamt ist aber bei der Erhöhung von Strafdrohungen auf Grund ihrer bislang nicht nachgewiesenen Wirksamkeit Zurückhaltung angebracht.

2.3. Entrümpelung des StGB

Im bereits erwähnten Juridikum-Beitrag¹⁸ habe ich auch Vorschläge zur „Entrümpelung“ des StGB gemacht, die zu einem geringen Teil umgesetzt wurden. Das Wertebewusstsein der Bevölkerung würde nicht darunter leiden, wenn daran angeknüpft wird.

- Eine Strafbarkeit von *mehrfacher Ehe bzw eingetragenen Partnerschaft* (§ 192 StGB) ist überflüssig, zumal es sich hier um ein formelles Statusdelikt handelt und Ehe-/Partnerschaftstäuschung in §§ 193, 193a StGB eigens pönalisiert sind.
- Strafbestimmungen für *Handlungen gegen den religiösen Frieden* (§§ 188 f StGB) bedarf es nicht mehr, zumal es nicht Aufgabe einer liberalen und säkularisierten Demokratie ist, Glaubensgrundsätze von Religionen durch Strafnormen zu schützen. Lücken entstehen keine, denn sofern durch Angriffe auf Religionsgesellschaften das Zusammenleben in der Gesellschaft empfindlich gestört wird, greift ohnehin die Verhetzung (§ 283 StGB) als Delikt des öffentlichen Friedens ein.
- Auf Grund des in Österreich erstarkten Demokratiebewusstseins und des Vertrauens in den Rechts- und Gesetzesstaat ist es mittlerweile auch unnötig, die *Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze* (§ 281 StGB) oder die *Aufforderung bzw Gutheißung mit Strafe bedrohter Handlungen* (§ 282 StGB) als eigene Delikte vorzusehen. Die Strafbarkeit solcher „Unruhestifter_innen“ im Rahmen der Tatbeteiligung (§ 12 StGB) reicht unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten aus.¹⁹ Politisch anders Denkende, die ihren Ansichten mehr oder minder öffentlich freien Lauf lassen, brauchen nicht durch das Strafrecht diszipliniert und zu „politischen Märtyrer_innen“ gemacht zu werden.
- Zu überdenken wäre auch die Streichung der *Verbreitung falscher, beunruhigender Gerüchte* (§ 276 StGB), zumal in Zeiten wacher Medienkontrolle und der leichten Verfügbarkeit von Informationen via Internet ohnehin kaum eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu befürchten ist.
- Das in Österreich herrschende Staatsbewusstsein macht in der heutigen Zeit auch die *Herabwürdigung des Staates bzw seiner Symbole* (§ 248 StGB) entbehrlich. Das Singen der österreichischen Bundeshymne mit einem gehässigen Text oder das Verbrennen der österreichischen Fahne auf einer Demonstration gegen die Regierung

¹⁸ Birklbauer, Juridikum 2001, 29.

¹⁹ Gleiches gilt hinsichtlich terroristischer Straftaten (§ 282a StGB).

vermag das Staatsbewusstsein nicht in einer Weise zu erschüttern, dass eine strafrechtliche Reaktion erforderlich wäre.

- Bei den Sexualdelikten geht es um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmungsfreiheit und dem Entgegenwirken von Missbrauch. Vor diesem Hintergrund passt die Strafbarkeit der *Blutschande* (§ 211 StGB) nicht dazu, stehen hinter der Strafbarkeit von Sexualkontakten unter Verwandten doch letztlich nur „überlieferte Moralvorstellungen“²⁰. Nicht mehr zeitgemäß ist auch die Strafbarkeit der *Werbung für Unzucht mit Tieren* (§ 220a StGB), denn es ist keine Aufgabe des Staates, Verstöße gegen den „guten Geschmack“ zu kriminalisieren. Durch die Reduktion der Sexualdelikte auf wirklich strafwürdige Fälle wird im Übrigen mittelbar auch dem Opferschutz gedient.

Die Liste möglicher Entrümpelungstatbestände ließe sich fortsetzen. Die für den Beitrag erforderliche Kürze erlaubt nur ein paar Anregungen. Insofern kann auch der Gedanke, Delikte des Nebenstrafrechts in das StGB zu integrieren, um es zu einem echten Strafbuch auszubauen und „Doppelgleisigkeiten und Inkonsistenzen“ zu vermeiden, nur in den Raum gestellt werden. Hier gäbe es wahrlich viel zu tun.

3. Reformüberlegungen zum Sanktionenrecht iWS

Reformüberlegungen im Bereich des Sanktionenrechts können aus Platzgründen in diesem Beitrag ebenso nur angedeutet werden. Interessant ist, dass zwar durchwegs das Problem des *Maßnahmenvollzugs* bekannt ist,²¹ die Expert_innenkommission aber dieses Thema nicht auf ihrer Agenda hat. BM a.D. *Karl* betonte im Rahmen einer Diskussion in Linz, dass dieser Bereich sehr komplex sei und die Kommission damit nicht überfrachtet werden solle. Bedenkt man, dass das zweispurige Sanktionensystem, das schuldangemessene Strafen und gefährlichkeitsangemessene freiheitsentziehende vorbeugende Maßnahmen kennt, eine wesentliche Neuerung des StGB 1975 war, wäre es an der Zeit, auch über allfällige Reformen gegen eine ausufernde Anwendung des Maßnahmenrechts, insbes solcher nach § 21 Abs 2 StGB gegen „Nötiger und Droher“²², nachzudenken. Das Thema findet sich auch im Regierungsprogramm. Bleibt die Frage, wie hier der Diskussionsprozess erfolgen soll.

Eine weitere anzudenkende Maßnahme im Rahmen einer großen StGB-Reform wäre die *Streichung des Diversionsverbots für Delikte in der schöffen- bzw geschworenengerichtlichen Zuständigkeit* (vgl § 198 Abs 2 Z 1 StPO), insbes für politische Delikte, nachdem seit 2014 durch die Neufassung des § 198 Abs 3 StPO das generelle Verbot für

20 Vgl Kienapfel/Schmoller, BT III² § 211.

21 Siehe dazu etwa Birklbauer, Der Umgang mit psychisch kranken Rechtsbrechern: Auf dem Weg zur lebenslangen Sicherungsverwahrung?, JSt 2013, 141.

22 Siehe dazu die Studie des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie (IRKS), Welcher organisatorischer Schritte bedarf es, um die Zahl der Einweisungen in den Maßnahmenvollzug zu verringern? (2012) 25 f, www.irks.at/assets/irks/Publikationen/Forschungsbericht/IRKS%20MNV%20Bericht.pdf (21.4.2014).

leichte Fälle von Amtsmissbrauch (§ 302 StGB) beseitigt wurde. Vor diesem Hintergrund ist nicht mehr einzusehen, warum das Delikt der Herabwürdigung des Staates und seiner Symbole (§ 248 StGB), das lediglich eine Freiheitsstrafe bis maximal ein Jahr androht, auf Grund der geschworenengerichtlichen Zuständigkeit (vgl § 31 Abs 2 Z 5 StPO) nicht diversionell erledigt werden kann, obwohl ein solches Vorgehen in zahlreichen Fällen von der Bevölkerung akzeptiert würde. Ähnliches gilt für das Grunddelikt der fahrlässigen Tötung (§ 80 StGB), das trotz bezirksgerichtlicher Zuständigkeit von der Diversion ausgenommen ist (§ 198 Abs 2 Z 3 StPO).

4. Zusammenfassung

Im vorliegenden Beitrag wurden Überlegungen zur geplanten Reform des StGB 2015 angestellt. Generell sollte, um eine bessere Vergleichbarkeit des Unrechtsgehalts zu gewährleisten, die *Anzahl der vorhandenen Strafrahmentypen* auf etwa zehn bis zwölf *reduziert* werden. Im Bereich des Besonderen Teils des StGB sollte die Möglichkeit einer *lebenslangen Freiheitsstrafe bei fahrlässiger Todesfolge gestrichen* und durchgehend innerhalb der Verletzungsfolgen *zwischen* solchen nach § 84 Abs 1 und § 85 StGB *differenziert* werden. Bei den *Vermögensdelikten* ist die Strafdrohung beim *Einbruchsdiebstahl* (§ 129 StGB) nur *angemessen, soweit* es um *Wohnungseinbrüche* geht. Andere Qualifikationen sollten zurückgestuft werden. Die *Gewerbsmäßigsqualifikation* ist wegen ihrer ausschließlich subjektiven Ausrichtung und dem damit verbundenen (zu) großen Beurteilungsspielraum *zu streichen*. Hinsichtlich der Abhängigkeit vom eingetretenen Vermögensschaden ist die *große Wertgrenze* jedenfalls *deutlich nach oben zu verändern*, für Delikte wie die *Unterschlagung* (§ 134 StGB) ein *Entfall des Tatbestands bei Geringfügigkeit des Vermögensschadens* zu überlegen. Bei den *Leib/Lebendelikten* besteht *wenig Nachbesserungsbedarf*. Ein solcher könnte allenfalls in einer *verschärften Alkoholqualifikation* (zB ab 1,2 Promille) bei den Fahrlässigkeitsdelikten sowie in einer *Herabsetzung des Vorsatzerfordernisses* bei § 87 StGB bestehen.

Das StGB könnte auch *um zahlreiche Delikte entriumpelt* werden. Als Bsp wurden Religionsdelikte oder einzelne politische Delikte genannt. Eine echte Reform würde es auch verdienen, Bestimmungen des Nebenstrafrechts in das StGB aufzunehmen, um Doppelgleisigkeiten und Inkonsistenzen zu vermeiden.

Im Bereich strafrechtlicher Reaktionen sollte verstärkt über eine *Reform der freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen* nachgedacht sowie das *Diversionsverbot für schöff- und geschworenengerichtliche Verfahren* gänzlich *beseitigt* werden. Insofern wäre viel zu tun. Bleibt abzuwarten, wie sich die Reformdiskussion im laufenden Jahr entwickeln wird, und die Hoffnung auf einen sachlichen Diskurs.

Thema: Körper im Recht

Vorwort

Ilse Koza / Caroline Voithofer / Ronald Frühwirth

Der Schwerpunkt dieses Hefts widmet sich den Verstrickungen zwischen menschlichen Körpern und dem Recht. Das Recht gibt vor, Körper fertig vorzufinden und nicht daran beteiligt zu sein, sie herzustellen. Dabei ist das Recht als eine Ausprägungsform sozialer Strukturnormen auch darin involviert, die Kategorien zu (re)konstruieren, die den sozialen Blick auf Körper formen.¹

Recht mischt sich ein, indem es reguliert. Im Zusammenhang mit dem menschlichen Körper setzt die Regulierung schon bei seiner Entstehung an. Nicht alles, was auf natürlichen, künstlichen oder sonstigen Wegen zur Menschwerdung führen könnte, ist dem Recht geheuer und damit recht. Der Schwerpunkt setzt angesichts dessen bei diesem frühestmöglichen Zeitpunkt an und beginnt mit einer Auseinandersetzung zur Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik. *Caroline Voithofer* problematisiert die damit verbundene Möglichkeit der pränatalen Selektion abweichender Körper und verweist auf den gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Während sich die UN-Behindertenrechtskonvention zu dieser Frage neutral verhält, attestiert die Autorin der derzeitigen nationalen Rechtslage gegen die EMRK zu verstoßen.

Recht definiert aber auch und schafft dadurch Ein- oder Ausschlüsse. Das tut es oft im Stillen, kommt ganz unscheinbar daher und meint etwa in Bezug auf Geschlechter, bloß ohnehin vorhandene Kategorien zu übernehmen. Dabei ist längst gezeigt, dass das Recht Geschlecht nicht vorfindet, sondern es ab der Geburt eines Menschen miterzeugt.² *Nicole Zilberszac* führt diese Auseinandersetzung auf theoretischer Ebene fort und nimmt dabei die Auswirkungen, Bedingungen und Grenzen für Autonomie im Genderdiskurs in den Blick. Sie zeigt, dass über die binären Geschlechterkategorien künstliche Grenzen geschaffen werden, die einer Betrachtung entgegenstehen, die auf die verbindenden Elemente von Körperlichkeit Bezug nehmen. Verbindende Körperelemente gibt

1 Vgl. *Foucault*, Die Ordnung der Dinge¹³ (1995).

2 Etwa *Greif*, In Trans/Formation. Geschlechtswechsel zwischen staatlicher Kontrolle und rechtsfreiem Raum, *juridikum* 2009, 68; *Holzleitner*, Spannungsfeld: Sexualität, geschlechtliche Identität und Menschenrechte, in *Heißl* (Hg.), Handbuch Menschenrechte (2009), 271; *dieselbe*, Recht – Macht – Geschlecht (2002) 134.

es so einige. Körper sind ständiger Veränderung ausgesetzt, reagieren und agieren, nehmen von anderen Körpern auf, geben ab, beeinflussen andere, schwingen mit ihnen, sind geleitet von Empfindungen, Trieben, Bedürfnissen, sind Quelle von Freude oder Schmerz. Dies außer Acht lassend, wird der Körper zum Symbol der Trennung stilisiert.

Recht trennt damit also Verbindendes/Verbundenes oder pönalisiert Verbindungen von Körpern. Dem selbstbestimmten Umgang mit dem eigenen und anderen Körper(n) sind zum Teil auch strafrechtliche Grenzen gesetzt. *Margarethe Flora* arbeitet in ihrem Beitrag aus, welche Formen von Sexualität derart unerwünscht sind, dass sie der Staat mit den Mitteln des Strafrechts zu sanktionieren trachtet – und weist unter Hinweis auf die steten Änderungen in diesem Bereich auf gesellschaftlichen Wandel, auf Vorstellungen von Moral und auf Rigidität hin. *Floras* Beitrag macht augenscheinlich, dass das Sexualstrafrecht eine Überarbeitung und ein Überdenken nötig hätte. Die Schaffung immer neuer Straftatbestände – jüngst etwa die Pönalisierung des *Grooming*³ – sowie die regelmäßigen Verschärfungen im Sanktionsbereich lassen fürchten, dass sich auch im Zuge der derzeit laufenden Reformarbeiten zum StGB 2015 kein grundsätzliches Überdenken dieser Entwicklungen ergeben wird.

Recht setzt somit Grenzen – überlässt zugleich aber bewusst oder unbewusst manches auch ungeregelt sich selbst. *Hanna Hacker* führt uns in ihrem Beitrag in den rechtsfreien Raum der Utopie. Sie skizziert am Beispiel ausgewählter feministischer Figuren die Grenzziehung zwischen den Dichotomien Mann/Frau (Feministin), Mensch/Maschine (Cyborg) sowie Zentrum/Peripherie (Mestíza) und geht dabei der Frage nach, in welcher Weise „Verkörperungen“ auf diese feministischen Selbstentwürfe einwirken und sich auch real äußern.

Recht gerät mitunter also auch mit seiner Intention zu trennen, zu definieren und zu kategorisieren an seine Grenzen. Der allen Körpern innewohnende, jede Trennung und Kategorisierung überwindende Aspekt ist ihr steter Verfall. Der Schwerpunkt widmet sich gegen Ende hin daher auch dem körperlichen Ende, dem Tod. *Solvita Olsena* verschafft einen Überblick darüber, wie mit dem toten Körper und seinen Bestandteilen umgegangen wird. Anhand europäischer und lettischer Normen und unter Heranziehung von Beispielen aus der Rechtsprechung macht sie deutlich, warum und wie tote Körper vom Recht geschützt werden sollten. Sie erteilt – mit Verweis auf die Biomedizin-Konvention des Europarats – der bloßen ökonomischen Verwertung von Körperteilen, darunter auch Zellmaterial, eine Absage. Österreich ist der Biomedizin-Konvention nicht beigetreten. Überlegungen dazu keimen allerdings immer wieder auf. Was nicht bedeutet, dass der Umgang mit toten Körpern hierzulande nicht reguliert würde. *Ines Rössl* wirft Schlaglichter auf den Umgang des österreichischen Rechts mit der Leblosigkeit. So weisen neben dem Interesse am Leichnam als verwertbarer Versorgungsressource, besondere Vorschriften den toten Körper sowohl als Objekt der Angst (zB in

3 Darunter wird die Anbahnung von Sexualkontakten mit Unmündigen verstanden (vgl § 208a StGB).

Hygienevorschriften) als auch der medizinischen und kriminologischen Neugier (zB in der Regelung von Obduktionen) aus. Der Umgang mit dem Körper wird somit auch post mortem geregelt, was unter anderem mit Angehörigeninteressen oder dem Sittlichkeitsempfinden der Allgemeinheit gerechtfertigt wird.

Der Schwerpunkt verdeutlicht, dass sich das Recht keineswegs neutral gegenüber menschlichen Körpern verhält und will dazu einladen, weitere Reflexionen über diese grundsätzlichen Aspekte unseres Menschseins anzustellen.

MMag.^a Ilse Koza ist Richteramtsanwältin im Sprengel des OLG Wien und Redaktionsmitglied des juridikum; ilse.koza@justiz.gv.at

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

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwaltsanwältin in Graz sowie Mitherausgeber des juridikum; r.fruhwirth@kocher-bucher.at

Unerwünschte Körper?

Zur Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik in Österreich im Lichte des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen

Caroline Voithofer¹

Mit dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (RMBÜ), das am 3.5.2008 in Kraft getreten ist und von Österreich unter Erfüllungsvorbehalt ratifiziert wurde, könnte sich ein Wandel in Bezug auf die Wahrnehmung der biologischen Determiniertheit von Körpern innerhalb des juristischen Diskurses ankündigen. Dem Übereinkommen liegt nämlich ein sozialer Begriff von Behinderung zugrunde. In seiner Präambel wird statuiert, dass „[...] das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt und dass Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern.“² Im Sinne *Foucaults*³ wird damit ausgedrückt, dass zumindest die Einteilung von Menschen in Kategorien – behindert und nicht behindert – das Ergebnis eines sozialen Zuschreibungsprozesses und nicht qua Natur vorgegeben ist.⁴ Dieser Beitrag zeigt, dass das Recht trotz der Betonung der sozialen Dimension von Behinderung gewünschte Körper selektiert, da auch das Übereinkommen nicht geeignet ist, eine pränatale Selektion abweichender Körper zu verhindern.

1. Die Rechtslage zur Präimplantationsdiagnostik (PID) in Österreich⁵

Im österreichischen Recht findet sich keine ausdrückliche Regelung über die (Un-)Zulässigkeit der PID,⁶ weshalb sich auch der Versuch einer Definition an Stimmen aus der

1 Ich danke Magdalena Flatscher-Thöni für den stetig fruchtbaren Gedankenaustausch auch in Bezug auf die in diesem Beitrag behandelten Themen.

2 BGBl III 155/2008.

3 *Foucault*, Die Ordnung der Dinge (1974).

4 Dazu passt auch die Erweiterung von „sex“ und „gender“ um „sex category“: Vgl *Gildemeister*, Doing Gender: Soziale Praktiken der Geschlechterunterscheidung, in Becker/Kortendiek (Hg), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung (2013)³ 137 (138).

5 Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Präimplantationsdiagnostik medizinisch bald als überholt gelten könnte, da eine Vielzahl genetischer Erkrankungen mittlerweile durch Bluttests der Schwangeren erfasst werden können. Dazu: *Huber*, Präimplantationsdiagnostik: Hat man bioethisch relevante reproduktionsmedizinische Innovationen übersehen?, *SoZi* 2011, 528–533.

6 Die §§ 96 ff StGB kommen nicht zur Anwendung, da Embryonen in vitro noch keine Schwangerschaft begründen. Vgl *Köck*, Die strafrechtliche Behandlung „vorgeburtlichen Lebens“, *ÖJZ* 2011, 546 (547) mwN.

Literatur orientieren muss. Die Definition der PID umfasst „zellbiologische und molekulargenetische“⁷ „Untersuchungen an im Zusammenhang mit einer In-vitro-Fertilisation außerhalb des Körpers der Frau befruchteten Embryonen, die vor dem Transfer des Embryos in die Gebärmutter vorgenommen werden“⁸. Die PID „[...] zielt darauf ab, jene Embryonen vom Transfer auszuschließen, die aufgrund bestimmter genetischer Anlagen entweder keine Schwangerschaft auslösen können, zu Fehlgeburten führen oder zur Geburt von Nachkommen mit schweren genetischen Erkrankungen führen.“⁹ Sie stellt eine Entscheidungshilfe für die Implantation oder Nicht-Implantation eines Embryos dar. Die PID ist von der Pränataldiagnostik (PND) zu unterscheiden. Bei der PND wird nicht der Embryo, sondern der Fötus im Mutterleib im Rahmen des Behandlungsvertrages auf Erkrankungen hin untersucht.¹⁰ Anders formuliert, bezwecken sowohl die PID als auch die PND „die Verhinderung der Geburt kranker und/oder behinderter Kinder [...]“.¹¹

Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung der PID im österreichischen Recht geht die hM von ihrem Verbotensein aus.¹² Diese Meinung wird durch Auslegung des FMedG erzielt. § 9 Abs 1 FMedG¹³ bestimmt, dass entwicklungsfähige Zellen lediglich für „fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen“ verwendet und nur insoweit untersucht werden dürfen, als dies für die „Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist“ und dem Stand der medizinischen Wissenschaft entspricht. Fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen sind laut § 1 FMedG medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft und dürfen – derzeit¹⁴ – gem § 2 Abs 2 FMedG nur als ultima ratio bei Infertilität¹⁵ zur Anwendung kommen. In den Gesetzesmaterialien zu § 9 FMedG¹⁶ heißt es ausdrücklich: „Eine Untersuchung oder Behandlung zur Abwehr einer möglichen

7 *Hinghofer-Szalkay*, Präimplantationsdiagnostik: friend or foe? in Wenda/Kierein/Lanske (Hg), Jahrbuch Gesundheitsrecht (2012) 97 (97).

8 *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik: Bedarf Österreich einer ausdrücklichen Regelung nach deutschem Vorbild? in Wenda/Kierein/Lanske (Hg), Jahrbuch Gesundheitsrecht (2012) 109 (110 f).

9 *Hengstschläger*, Grundlagenforschung im Spannungsfeld zwischen Forschungsfreiheit und Kontrolle in Körtner/Kopetzki/Druml (Hg), Ethik und Recht in der Humanforschung (2010) 206 (207 f).

10 *Hinghofer-Szalkay*, Präimplantationsdiagnostik 98.

11 *Hufen*, Pränatales Leben und Behindertendiskriminierung in Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald (Hg), Körper-Codes (2010) 33 (34).

12 Etwa: *Bernat*, Entwicklungslinien des Medizinrechts. Eine Bestandsaufnahme aus Anlass von 20 Jahren „Recht der Medizin“ (1994–2014), RdM 2014, 36 (46). *Hinghofer-Szalkay*, Präimplantationsdiagnostik 102; *Kopetzki*, Altes und Neues zur Präimplantationsdiagnostik, JRP 2012, 318 f mwN; *Mayerhofer*, Recht der Fortpflanzungsmedizin: Reformen verfassungsrechtlich geboten? Jahrbuch Öffentliches Recht (2011) 349 (356) mwN; *Tiefenthaler*, Das Recht auf ein gesundes Kind in Frick/Mbongo/Schallhart (Hg), Pluralismuskonflikte – Le pluralisme en conflits (2010) 257 (259).

13 BGBl 275/1992 idF BGBl I 111/2010.

14 Vgl zum Änderungsbedarf: VfGH 10.12.2013, G 16/2013, G 44/2013, iFamZ 2014/3 (*Meinl*) = *Fischer-Czermak*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung für lesbische Paare, EF-Z 2014, 61 = *Kopetzki*, Fortpflanzungsmedizin im Umbruch, RdM 2014/1 = RdM 2014/69 (*Kopetzki*); *Voithofer/Flatscher-Thöni*, VfGH vereinfacht Zugang zu Fortpflanzungsmedizin. Was passiert, wenn nichts passiert, iFamZ 2014, 54.

15 *Hinghofer-Szalkay*, Präimplantationsdiagnostik 102; *Kopetzki*, JRP 2012, 321; *Mayerhofer*, Recht 357.

16 ErläutRV 216 BlgNR 18. GP, 20.

Gefahr für die Frau oder das gewünschte Kind soll – wie bei der natürlichen Fortpflanzung – nicht in Betracht kommen.“ Darin kommt scheinbar der eindeutige Wille des historischen Gesetzgebers zum Verbot der PID zum Ausdruck. In der neueren Literatur¹⁷ wird jedoch zunehmend eine zumindest tw Zulässigkeit diskutiert. Anknüpfungspunkte dafür bilden die Auslegung des Begriffs „entwicklungsfähige Zellen“ sowie der Passage „für die Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich“ in § 9 Abs 1 FMedG.

Entwicklungsfähige Zellen sind gem § 1 Abs 3 FMedG befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen, die grundsätzlich geeignet sind, sich zu einem Menschen zu entwickeln.¹⁸ Ein Embryo ist jedenfalls als entwicklungsfähige Zelle iSd FMedG zu qualifizieren.¹⁹ Die PID wird aber nicht nur an Embryonen, sondern auch an Polkörpern von Eizellen, die später befruchtet werden sollen, durchgeführt.²⁰ Da die Eizellen in diesem Stadium noch nicht befruchtet sind und die Polkörper an der Eizelle haften, aber nicht immer Teil der Eizelle bleiben und für die Entwicklung des Embryos grundsätzlich verzichtbar sind,²¹ sind sie nicht unter den Begriff „entwicklungsfähige Zellen“ iSd § 1 Abs 3 FMedG subsumierbar. Daher wird diese Variante der PID als zulässig erachtet.²² Die Polkörperanalyse lässt nur einen eingeschränkten Kreis an Untersuchungen zu und erfasst das genetische Material der Mutter. Dafür ist das Risiko sehr gering, dass es durch diese genetische Untersuchung zu einer Schädigung der Eizelle und damit später des Embryos kommt.²³

Neben der Polkörperanalyse ist auch die Blastomerzellenanalyse des 8-zelligen Embryos medizinisch etabliert und wird damit offenbar in der Praxis als rechtlich zulässig angesehen. Dabei wird der in vitro befruchteten Eizelle im 8-Zellstadium eine Blastomerzelle entnommen und diese genetisch untersucht.²⁴ Blastomerzellen sind entwicklungsfähige Zellen iSd § 1 Abs 3 FMedG, sofern sie totipotent sind, sich also zu einem ganzen Menschen entwickeln können.²⁵ Damit dürfen sie gem § 9 Abs 1 FMedG nur insoweit untersucht werden, als dies für die „Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist“. Dies scheint fraglich. In der Lehre wird die Erforderlichkeit zT verneint, da die in vitro Fertilisation für ihre erfolgreiche Durchführung keine Blastomerzellenunter-

17 Etwa: *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik; *Dujmovits*, Reproduktionsmedizin – Gesetzgebung im Wandel? in *Kopetzki/Mayer* (Hg), Biotechnologie und Recht (2002) 99 f; *Kopetzki*, JPR 2012; *derselbe*, Zur Lage der embryonalen Stammzellen in Österreich, in *Ahrens et al* (Hg), Medizin und Hoffnung, FS-Deutsch (2009) 297.

18 Etwa: *Kopetzki*, JPR 2012, 319; *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik 113; *Kopetzki*, Zur Lage 297 (300); *derselbe*, RdM 2014, 70.

19 *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik 112.

20 *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik 112.

21 *Hengstschläger*, Grundlagenforschung 209.

22 *Kopetzki*, JPR 2012, 319; *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik 112; *Hengstschläger*, Grundlagenforschung 208.

23 *Hengstschläger*, Grundlagenforschung 209 f.

24 *Hengstschläger*, Grundlagenforschung 208.

25 *Mayerhofer*, Recht 355 f; *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik 113.

suchung voraussetzt.²⁶ Zulässig sind demnach Untersuchungen, die Defekte des Embryos erkennen lassen, die dazu führen würden, dass keine Schwangerschaft entsteht und auch solche bei denen der Embryo in der Gebärmutter absterben würde.²⁷ Alle übrigen PID-Maßnahmen blieben, wenn man sich dieser Meinung anschließt, verboten.

Aus der nicht expliziten Regelung erwächst – wie die Verweise auf die hA zeigen – Rechtsunsicherheit, weshalb eine Regelung durch den Gesetzgeber notwendig wäre. Dabei könnte auf Vorschläge aus der Literatur zurückgegriffen werden, für welche Personengruppen²⁸ die PID zugelassen werden sollte. Dabei werden etwa Paare mit genetischen Vorbelastungen genannt, bei denen ein erhöhtes Risiko einer schweren Erkrankung oder Behinderung des Kindes bestünde; weiters Paare in fortgeschrittenem Alter mit erhöhtem Risiko von Chromosomenveränderungen beim Kind;²⁹ sodann Paare mit Fertilitätsstörungen, um durch die PID die Erfolgswahrscheinlichkeit einer in vitro Fertilisation zu erhöhen; und schließlich Frauen, die bereits mehrere Frühaborte erlebt haben. An den Befund, dass dem Embryo mit erhöhter Wahrscheinlichkeit eine genetische Erkrankung anhaftet, müsste nicht zwangsläufig die Entscheidung geknüpft sein, diese Embryonen nicht zu implantieren. Praktischerweise wird dies jedoch meist der Fall sein, da die PID solange gerade darauf abzielt, als Kinder mit Behinderungen für die potentiellen Eltern als Belastung erscheinen, weil sie von der gesellschaftlichen Norm abweichen und folglich die gesellschaftlichen Strukturen noch nicht im Sinne der RMBÜ so gestaltet sind, dass eine volle Inklusion erfolgt ist – Behinderung also normal und folglich als Begriff sinnlos geworden wäre. Die PID könnte jedoch auch darauf gerichtet sein, dass Eltern lediglich mehr Vorbereitungszeit hätten, sich auf die potentiellen Eigenschaften ihrer Kinder vorzubereiten. Dem könnte der Gesetzgeber Rechnung tragen, indem er die PID zulässt und zugleich neue – EMRK-konforme – Regeln erlässt, wie die Entscheidung zu erfolgen hat, welche Embryonen transplantiert werden. Die österreichische Rechtslage steht ohnedies seit dem Urteil des EGMR in der Rechtsache *Costa/Pavan vs Italien*³⁰, unter dem Verdacht, der EMRK zu widersprechen.³¹ Der EGMR befand, dass die italienische Rechtslage zum generellen Verbot der PID bei gleichzeitiger Zulässigkeit von pränatal diagnostischen Untersuchungen (PND) und daran anschließenden Schwangerschaftsabbrüchen in unverhältnismäßiger Weise gegen das in Art 8 EMRK geschützte Entscheidungsrecht, sich fortzupflanzen oder nicht fort-

26 Dujmovits, Reproduktionsmedizin 99 f; Kopetzki, in Körtner/Kopetzki (Hg), Embryonenschutz Hemmschuh für die Biomedizin (2003) 54; Bernat, Schutz vor genetischer Diskriminierung und Schutzlosigkeit wegen genetischer Defekte, Jahrbuch für Ethik und Recht 2002, 210 f.

27 Bruckmüller, Präimplantationsdiagnostik 114 mwN; Mayerhofer, Recht 357; Tiefenthaler, Das Recht 259.

28 Zu den genannten Beispielen mit Ausnahme des erhöhten Risikos von Chromosomenveränderungen beim Kind bei Paaren im fortgeschrittenem Alter: Hinghofer-Szalkay, Präimplantationsdiagnostik 103.

29 Hufen, Pränatales Leben 45.

30 EGMR 28.8.2012, *Costa/Pavan vs Italien*, Nr. 54270/10 = RdM 2013, 195 (Kopetzki).

31 So bereits: Kopetzki, Der Streit um die Präimplantationsdiagnostik, RdM 2011/83; Bernat, RdM 2014, 46; Kopetzki, RdM 2014, 70.

zupflanzen, das Ausdruck des Privat- und Familienlebens ist, verstoße.³² In der Begründung heißt es: „On the one hand it bans implantation limited to those embryos unaffected by the disease of which the applicants are healthy carriers, while on the other hand it allows the applicants to abort a foetus affected by the disease [...].“³³ Auch in Österreich sind PND zulässig und die daran anschließenden Schwangerschaftsabbrüche gemäß § 97 Abs 1 Z 2 StGB straffrei, sofern das Erfordernis des Bestehens der „ernsten Gefahr [...], dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde“ gegeben ist. Genau diese Gefahr wird durch die PND erhoben. Der Schutz eines Embryos ist damit in vitro größer als in vivo³⁴ und die österreichische Rechtslage damit der italienischen vergleichbar.³⁵

Betrachtet man jedoch die Begründungen, die für eine Zulassung der PID in Österreich vorgebracht werden, drängt sich die Frage der Vereinbarkeit der PID mit dem RMBÜ förmlich auf. Zur Verdeutlichung sei nur als ein Beispiel etwa folgendes Argument von *Tiefenthaler* angeführt:

„Hingegen wäre eine Zulassung der PID in jenen Fällen, in denen ein erhöhtes Risiko einer schwerwiegenden Behinderung oder Krankheit aufgrund erblicher Belastungen besteht, nicht nur rechtspolitisch erwünscht, sondern verfassungsrechtlich geradezu geboten.“³⁶

2. Die PID im Lichte des RMBÜ

2.1. Verlangt das RMBÜ die Einführung der PID?

Die Frage der Vereinbarkeit der PID mit dem RMBÜ wurde bislang in Österreich noch nicht ausführlich erörtert.³⁷ Es finden sich lediglich kursorische Bemerkungen der folgenden Art: „[Die] UN-Konvention über die Rechte Behinderter gilt erkennbar nur für geborene und lebende Menschen, nicht für das werdende Leben im Mutterleib oder gar vor Implantation [...].“³⁸ *Kopetzki* spricht davon, dass die Zulassung der PID völkerrechtlich und unionsrechtlich nicht problematisch wäre, ohne aber ausdrücklich auf das RMBÜ einzugehen.³⁹ Eine Notwendigkeit der PID könnte aus Art 25 lit b) des RMBÜ ableitbar sein. In Art 25 RMBÜ wird ein individuelles Menschenrecht auf Gesundheit

32 Zu diesem Wertungswiderspruch etwa auch: *Klein*, Anmerkungen zur Diskussion über die Präimplantationsdiagnostik, *SozSi* 2012, 103; *Kopetzki*, *JRP* 2012, 324 f; *Waldhauser*, Präimplantationsdiagnostik in Österreich – eine vertane Chance!, *SozSi* 2012, 466; *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik 119; *Mayerhofer*, *Recht* 371; *Tiefenthaler*, *Das Recht* 266.

33 EGMR 28.8.2012, *Costa/Pavan vs Italien*, Nr. 54270/10, Rn 57.

34 *Bernat*, *RdM* 2014, 46; *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik 120; *Mayerhofer*, *Recht* 371.

35 *Ofner*, PID-Verbot kann gegen Art 8 EMRK verstoßen, *ZfRV* 2013/20. So bereits: *Tiefenthaler*, *Das Recht* 264.

36 *Tiefenthaler*, *Das Recht* 270.

37 Zur Änderungsbedürftigkeit aufgrund der jüngsten VfGH-Entscheidung zum FMedG: *Kopetzki*, *RdM* 2014, 70.

38 *Hufen*, *Pränatales Leben* 45.

39 *Kopetzki*, *JRP* 2012, 334 f.

von Menschen mit Behinderung verankert. Es handelt sich dabei um ein soziales Recht. Für soziale Rechte sieht Art 4 Abs 2 RMBÜ einen Progressionsvorbehalt vor, wonach die Vertragsstaaten verpflichtet sind, lediglich jene Maßnahmen zur Verwirklichung der Rechte zu setzen, die ihnen im Rahmen der jeweils zur Verfügung stehenden Mittel möglich sind.⁴⁰ Überspitzt formuliert kommt in Zeiten der Budgetknappheit dem Recht auf Gesundheit nachrangige Bedeutung zu. Der Progressionsvorbehalt wird aber durch das in Art 25 RMBÜ verankerte Diskriminierungsverbot relativiert: „Dies hat deshalb praktische Bedeutung, weil der Progressionsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 dann nicht greift, wenn das Vorenthalten von Leistungen de[r] Gesundheitsfürsorge, mit denen das Recht auf Gesundheit verwirklicht wird, Menschen mit Behinderungen diskriminiert.“⁴¹ In Bezug auf die PID könnte innerhalb des Rechtes auf Gesundheit Art 25 lit b) zum Tragen kommen, da dort gefordert wird, Maßnahmen zur „Früherkennung und Frühintervention“ zu setzen. Dagegen ist vor allem das in Art 10 RMBÜ verankerte Recht auf Leben ins Treffen zu führen. Auch wenn die Frage der Vereinbarkeit der PID mit dem Recht auf Leben nach Art 10 „nicht so einfach zu beantworten“⁴² ist, so ist es dennoch Beleg dafür, dass das RMBÜ nicht zur Legitimation der Einführung der PID als Früherkennungs- und Frühinterventionsmaßnahme herangezogen werden kann. Gegen die zwingende Zulassung der PID spricht der Wortlaut von Art 25, der sich lediglich auf „Menschen mit Behinderungen“ bezieht. Embryonen⁴³ – speziell vor Implantation – kommt jedoch kein grund- und menschenrechtlicher Schutz zu. Sie sind – weil noch nicht „Menschen“ iSd RMBÜ – vom persönlichen Anwendungsbereich daher nicht umfasst, von der fehlenden wissenschaftlichen Nachweisbarkeit des Zeitpunkts des Beginns des menschlichen Lebens ganz abgesehen.⁴⁴ Es mangelt daher auch am Schutzsubjekt, das einen Anspruch auf Früherkennung und -intervention geltend machen könnte. Die notwendige Zulassung der PID kann daher mE nicht mit dem RMBÜ begründet werden.

2.2. Verbietet das RMBÜ die Zulassung der PID?

Zu prüfen ist ferner, ob das in Art 10 RMBÜ normierte Recht auf Leben einer Zulassung der PID entgegenstehen würde. Art 10 lautet: „Die Vertragsstaaten bekräftigen, dass jeder Mensch ein angeborenes Recht auf Leben hat, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um den wirksamen und gleichberechtigten Genuss dieses Rechts durch Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten.“ Der Wortlaut von Art 10 bedient sich

40 Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis (2013) 93.

41 Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention 256.

42 Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention 139.

43 Vgl auch zur fehlenden Grundrechtsträgereigenschaft von Embryos: Kopetzki, JPR 2012, 321 f mwN.

44 Waldhauser, SozSi 2012, 470.

der Formulierungen „jeder Mensch“, „every human being“, „la personne humaine“, „Menschen mit Behinderungen“, „persons with disabilities“, „personnes handicapées“. Der geschützte Personenkreis wird damit spezifiziert und es wird nicht etwa „das Leben“ selbst geschützt, sondern konkrete Personen. Auch hier gilt, dass davon auszugehen ist, dass Embryonen rechtlich noch nicht als Menschen oder Personen anzusehen sind. In der Schattenübersetzung des Übereinkommens⁴⁵ wird zwar dafür plädiert, „innewohnendes“ statt „angeborenes“ Recht auf Leben zu verwenden, die Personenbezeichnungen bleiben aber unverändert. Zudem ist nicht die PID lebensbedrohlich, sondern die „Entscheidung der Nichtvornahme der Implantation des Embryos in vitro.“⁴⁶ Für diese Auslegung spricht, dass der Entwurf des International Disability Caucus, der zu diesem Artikel vorgelegt worden ist, abgelehnt wurde. Der Entwurf lautete auszugsweise: „1. States Parties recognize and protect the inherent right to life of all persons with disabilities, and shall take all necessary measures to ensure its effective enjoyment by girls and boys, women and men in all stages of life. [...] 3. Disability is not a justification for the termination of life. [...]“⁴⁷

Hier wäre ausdrücklich die Rede davon gewesen, in allen Stadien des Lebens das Recht auf Leben zu schützen. Ein solcher Text würde begrifflich weiter gehen als das Mensch- oder Person-Sein. Der Entwurf fand aber – vor allem aufgrund befürchteter Einschränkungen von Schwangerschaftsabbrüchen – keine Zustimmung.

In den Concluding Observations des Ausschusses zu den Staatenberichten von Spanien⁴⁸ und China⁴⁹ wurde die dort erlaubte PID-Praxis nicht kritisiert. Dies untermauert das bisherige Ergebnis, wonach Art 10 des RMBÜ nicht prinzipiell alle Varianten der PID ausschließt.

Denkbar wäre noch, dass bereits geborene Menschen mit Behinderungen in ihrer in Art 3 RMBÜ geschützten Würde durch die Zulassung der PID verletzt sein könnten. Bei dem Recht auf Achtung der Würde handelt es sich um eines von acht allgemeinen Grundsätzen des RMBÜ, die jedem einzelnen Menschen mit Behinderung zukommen. Der allgemeine Grundsatz wird aber für sich genommen vor dem skizzierten Hintergrund nicht ausreichen, ein gänzliches Verbot der PID aufrecht zu erhalten.⁵⁰ Um *Kopetzki* zu zitieren: „Eine Beschränkung könnte allerdings auch durch den Schutz der Rechte Geborener – insb behinderter Menschen – gerechtfertigt werden. [...] Eine pränatale oder präimplantative Diagnosemaßnahme berührt nicht allein deshalb die Rechte (geborener) behinderter Menschen, weil diese möglicherweise an eben jener Krankheit oder Behinderung leiden, auf deren Diagnose eine PID abzielt. Ein davon losgelöster Schutz

45 <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/?id=467> (13.5.2014).

46 *Tiefenthaler*, Das Recht 267.

47 *Lex Grandia*, Imagine: To Be a Part of This in Sabatello/Schulze (Hg), Human Rights & Disability Advocacy (2014) 146 (152).

48 19.10.2011, CRPD/C/ESP/CO/1.

49 15.10.2012, CRPD/C/CHN/CO/1.

50 *Hufen*, Präntales Leben 45 f; *Tiefenthaler*, Das Recht 266.

vor symbolischen ‚Kränkungen‘ trägt noch kein Verbot zum Schutz der ‚Rechte anderer‘.⁵¹

Das Ergebnis würde sich ändern, wenn „PID die ernsthafte Gefahr mit sich brächte, dass dadurch künftig auch der rechtliche Schutz (geborener) behinderter Menschen bedroht wird.“⁵²

3. Conclusio

Die PID und PND zielen darauf ab, genetische Erkrankungen von Embryonen oder Föten zu erkennen und den Eltern in spe damit eine Entscheidungsbasis zu liefern, ob der Embryo transplantiert oder ob eine Schwangerschaft fortgeführt werden soll. Die österreichische Rechtslage ist mit einigen Unsicherheiten behaftet, da der Gesetzgeber bisher keine ausdrückliche Regelung der PID vorgenommen hat. Die historisch-teleologische Interpretation von § 9 FMedG würde das generelle Verbot der PID in Österreich begründen. Die Stimmen in der juristischen Literatur für die tw Zulässigkeit der PID mehren sich jedoch. *Kopetzki* weist grundlegend darauf hin, dass in einem demokratischen Rechtsstaat für die Bürger_innen alles erlaubt ist, was nicht ausdrücklich verboten ist, womit der Begründungsaufwand des Verbots der PID erheblich erhöht werde.⁵³ Das gänzliche Verbot der PID bei gleichzeitiger Zulässigkeit von PND mit anschließend straffreiem Schwangerschaftsabbruch lässt eine EMRK-widrige Rechtslage in Österreich vermuten. Der Gesetzgeber ist also mehrfach aufgefordert, tätig zu werden. Obwohl man vermuten könnte, dass das RMBÜ der Zulässigkeit der PID entgegensteht, verhält es sich ihr gegenüber – wie gezeigt – neutral. Das führt dazu, dass unerwünschte Körper unter Mithilfe des Rechts auch vor dem Hintergrund des RMBÜ selektiert werden können. Die EMRK-Widrigkeit des Verbots der PID könnte der Gesetzgeber freilich auch dadurch lösen, dass er die „ernste Gefahr [...], daß das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde“⁵⁴ nicht mehr als eigenen Straffreiheitstatbestand zulässt. Die Selektion von erwünschten Körpern wäre damit zwar nicht beseitigt, jedoch in der Fristenlösung integriert, sodass auch der in Art 8 EMRK mitumfassten Entscheidungsfreiheit sich fortzupflanzen oder nicht,⁵⁵ Rechnung getragen würde.

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

⁵¹ *Kopetzki*, JRP 2012, 329 f.

⁵² *Kopetzki*, JRP 2012, 330.

⁵³ *Kopetzki*, JRP 2012, 318. Vergleichbar auch: *Waldhauser*, SozSi 2012, 473; *Hufen*, Pränatales Leben 33 (35).

⁵⁴ § 97 Abs 1 Z 2 StGB idgF.

⁵⁵ Vgl EGMR 3.11.2011, *S. H. ua vs Österreich*, Nr 57813/00, Rn 80 mwN.

Autonomie und das Körpersubjekt

Von der Problematik der Essentialisierung von Differenz

Nicole Zilberszac

*There's definitely, definitely, definitely no logic
To human behaviour
But yet so, yet so irresistible
And me and my fear can
And there's no map
and a compass
wouldn't help at all
Björk – Human Behaviour*

1. Einleitung

Eine eindeutige Antwort auf die Frage, ob und unter welchen Umständen ein Individuum sich selbst bestimmen kann, lässt sich schwer formulieren. Die dominierenden Vorstellungen von Autonomie spielen aber in einer Gesellschaft, in der die Fähigkeit sich selbst zu bestimmen Grundlage von Exklusion und Inklusion, Anerkennung und Verantwortungstragung ist, eine große Rolle. In diesem Beitrag setze ich mich mit den Implikationen auseinander, die eine Bewusstmachung von Körperlichkeit in Selbstbestimmungsprozessen für unser Verständnis von Autonomie und für die Bewertung des Einflusses von Gendernormen hätte. Letztlich soll dazu angeregt werden, neue Lösungen zu formulieren, wie die Rechtsordnung auf Diskriminierungen und Einschränkungen aufgrund herkömmlicher Zuschreibungen zum Geschlecht reagieren kann, ohne diese zugleich selbst vorauszusetzen.

Eine Definition von Autonomie steht dabei vor der Herausforderung sowohl den Prozess der Selbstbestimmung eines Individuums begreiflich zu machen, als auch die kausalen Voraussetzungen für einen solchen zu beschreiben. Gemäß der in der analytischen Tradition geläufigen Definition von Autonomie, wird diese in einem kritisch reflexiven Prozess realisiert, der gewisse prozessuale Anforderungen erfüllen muss, wie beispielsweise Freiheit von Zwang, Nötigung oder Manipulation.¹ Der Fokus liegt auf rationalen Denkvorgängen. Seit den 1980er Jahren gibt es feministische Bestrebungen, die dichotome Vorstellung von Körper und Geist zu überwinden. Sie entwickelten sich unter anderem im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung um die Unterscheidung zwischen Sex und Gender und waren Grundlage für non-dualistische Konzeptionen von Subjektivität.²

¹ Friedman, Autonomy, Gender, Politics (2013) 87.

² Siehe: Grosz, Space Time and Perversion: essays on the politics of bodies (1995) 83: „Given the overwhelming emphasis on mind within classical and even contemporary philosophy and consciousness in political and social theory,

In Anlehnung an diese vertrete ich die Ansicht, dass eine Theorie der Selbstbestimmung nicht ohne die Bewusstmachung von Körperlichkeit auskommen kann. Autonomie kann nicht unabhängig davon betrachtet werden, wie das handelnde Subjekt sich selbst in seinem Körper fühlt und beschreibt und nicht unabhängig davon, wie es beschrieben wird. Der Körper ist einerseits ein Bedeutungsträger, der Subjektpositionen vermittelt und andererseits ein Leib, durch den wir die Welt erfahren. Die aus diesem Verhältnis resultierenden Spannungen sind ausschlaggebend dafür, inwiefern wir unser Selbst als kohärent wahrnehmen können. Die Subjektpositionen vermitteln zugleich eine unterschiedliche Quantität, Qualität und Plausibilität von Handlungsoptionen.

Die Bewusstmachung von Körperlichkeit im Prozess autonomer Entscheidungsfindung hat einerseits Implikationen für unser Verständnis von Autonomie, andererseits aber auch für die Bewertung des Einflusses und der Funktionsweise von Normen, die den Körper beschreiben und regulieren. Besonders Gendernormen wirken sich in vielfältiger und einschneidender Weise auf Autonomiekapazitäten und -potentiale von Körpersubjekten aus. Der Rechtsordnung kommt hierbei eine entscheidende Bedeutung zu, denn diese kann entweder zur Verfestigung bestehender Machtverhältnisse und Strukturen beitragen oder/und als Instrument gesellschaftspolitischer Veränderung nutzbar gemacht werden.³ In einem demokratischen Rechtsstaat, der zumindest in einem deklarativen Sinn auf dem Willen des Volkes basiert, muss die Rechtsordnung den Schutz und die Achtung der Autonomie und in diesem Sinne auch eine spezifische Freiheit der Einzelnen gewährleisten. Dies erfordert Strategien zur Befreiung von Beschränkungen basierend auf Essentialisierung und Biologisierung von Differenz und eine Abkehr von der auf Geschlechterbinarität basierenden Diskriminierung und Einschränkung der (er-)lebbarsten Subjektpositionen.

2. Autonomie: Ein umstrittenes Ideal

Autonomie wird im Sinne einer faktischen Entscheidungsfreiheit in einer sich als liberal und demokratisch bezeichnenden Gesellschaft als schützenswert betrachtet. Der Wille muss sich frei bilden können, damit er „zählt“. Nur so wird gewährleistet, dass staatliche Macht durch jene legitimiert erscheint, auf die sie sich bezieht. Gleichzeitig sollen Freiheitsräume geschützt werden, in denen Fremdbestimmung an sich nicht bestehen soll. Hier soll Autonomie in einem substantiellen Sinne gewährleistet sein.⁴ Gleichzeitig ist Autonomie als Ideal die Grundlage institutionalisierter und nicht-institutionalisierter

(this) growing interest in the corporeal has been largely motivated by an attempt to devise an ethics and politics adequate for non-dualist accounts of subjectivity“; siehe dazu: *Grosz, Volatile Bodies* (1994); *Jaggar/Bordo*, (1989), *Gender, body, knowledge: feminist reconstructions of being and knowing* (1989); *James, Feminism in philosophy of mind: The question of personal identity*, in Fricker/Hornsby, *The Cambridge companion to feminism in philosophy* (2000) 29 (48).

3 *Baer, Geschlecht im Recht. Eine Einleitung, Figuren* (2000) 9–14.

4 *Öhlinger, Verfassungsrecht* (2012) 357.

Formen von Respekt, Anerkennung und Verantwortung.⁵ Sei es in Form von Geschäftsfähigkeit, oder in Form von Wahlberechtigung, PatientInnenautonomie oder Strafmündigkeit, die Kompetenz zur Selbstbestimmung ist Grundlage für Inklusion oder Exklusion.

Wie wir Autonomie verstehen, was wir als deren Hindernisse und Voraussetzungen betrachten, hat weitreichende Bedeutung für die an diese Konzeption geknüpften Rechtsvorschriften und gesellschaftlichen Praktiken. Autonomie ist in diesem Sinne ein normativer Standpunkt, von dem aus Unterdrückungsmechanismen in der Gesellschaft analysiert werden können. Je nach Definition wird klar, welche Normen Autonomie ver- oder behindern und welcher Normen es bedarf, um die faktischen Bedingungen für Autonomie zu schaffen. Wie *Friedman* es ausdrückt: „the ultimate revolutionary act is to repudiate not merely the trappings of power, not merely the lust for power and not merely the injustices of power, the ultimate revolutionary act is to repudiate the ideals in the name of which power claims its legitimacy“⁶.

In den 1970er Jahren kritisierten Feministinnen zunächst, dass Autonomie als eine männliche Errungenschaft idealisiert werde, die Frauen nicht zugänglich sei. In den 1980er Jahren begann Frau aus verschiedenen Gründen den herrschenden Autonomiebegriff zu verwerfen. Dieser sei einerseits unrealistisch in seiner Vorstellung von der menschlichen Psyche, da diese einer klaren rationalen Reflexion ihrer selbst nur begrenzt zugänglich sei und propagiere ein überindividualistisches Idealbild des Menschen, der sich in Unabhängigkeit selbst konstruiert und von sozialen Bindungen löst. Der Fokus feministischer Kritik am Autonomiebegriff lag nunmehr vor allem darauf, diesen zu relationalisieren und aufzuzeigen, wie das Selbst von sozialen Beziehungen abhängig ist und von diesen konstruiert wird. Frau versuchte Autonomie so zu definieren, dass auch Praktiken der sozialen Verantwortung und Fürsorge mit dem Ideal vereinbar sind. Parallel dazu bemühten sich Feministinnen wie *Susan Bordo* und *Elisabeth Grosz* in der Auseinandersetzung mit der traditionellen Geistesphilosophie, der Phänomenologie von *Merleau Ponty* und der psychoanalytischen Theorie von *Lacan* und *Freud*, die Dichotomie zwischen Körper und Geist aufzubrechen, die Emotionen, Triebe und Körperlichkeit dem Geist unterordnet. Sie entwickelten integrative Ansätze, um bewusst und öffentlich und diskutierbar zu machen, welche Ebenen der Persönlichkeit über Zuschreibung zum Körper exkludiert werden.⁷

In Anlehnung an diese Kritik lässt sich schlussfolgern: Bleibt unsere Körperlichkeit unberücksichtigt, so können wir weder die Unterdrückungsmechanismen beschreiben, die über Körperbeschreibung und Zuschreibung wirken, noch das Potential, das aus einer Bewusstmachung von Körperlichkeit resultiert.

⁵ *Friedman*, Autonomy 73 ff.

⁶ *Friedman*, Autonomy 53.

⁷ *Jaggar/Bordo*, Reconstructions 3 ff; *Grosz*, Perversion 31 ff; *James*, Mind 29 ff.

2.1. Autonomie und Embodiment

Der Körper spielt in mehrerlei Hinsicht eine wesentliche Rolle für die Möglichkeiten und Grenzen von Autonomie. Die Verortung des Subjekts im Körper macht bewusst, dass es in seiner Autonomie schon durch den Körper an sich begrenzt ist. Der Tod lässt sich zwar hinauszögern, aber nicht verhindern. Die Grenzen der Kognitionsfähigkeit lassen sich zu einem gewissen Grad erweitern, aber nicht vollständig überwinden. Die Erfahrungen der Begrenztheit betreffen jede und jeden. Sie sind ein verbindendes Element. *Deborah Creamer* schreibt dazu in Bezug auf die Disability Studies: „key to the limits model is the recognition that disability is actually more normal than any other state of embodiedness.“⁸

Normen, die unsere Grenzen beschreiben wollen und von derlei begrenzten Körpersubjekten geschaffen werden, betonen aber im Gegensatz dazu Unterschied und Trennung. Wie Ideologien und Religionen resultieren auch die Geschlechtsunterscheidung und die daran angeschlossenen Grenzdiskurse zum Großteil aus der Unwissenheit und dem Unbehagen, die eine solche Begrenztheit auslösen. Ordnung und Hierarchie sollen eine antizipierbare Umwelt erzeugen, in der der Körper nicht ungeschützt und unvorhersehbar dem Einfluss anderer Körpersubjekte ausgesetzt ist. Die Bewusstmachung von Körperlichkeit entschärft daher meiner Ansicht nach, jene Normen, die versuchen Grenzen außerhalb unserer Kognitionsbefugnis zu beschreiben und betont das Verbindende an unserer Körperlichkeit, wie zB das Empfinden von Hunger, Durst, Schmerz, Angst, Lust, und Müdigkeit.

Die Bewusstmachung von Körperlichkeit ist zugleich auch die Bewusstmachung von Relationalität. Ganz im Gegensatz zum Wunschdenken von *Hobbes*, der vorschlug „to consider men as mushrooms that come to full maturity without all kind of engagement to each other“⁹, lassen uns Triebhaftigkeit, Emotionalität, Verletzbarkeit und Todesangst in Relation treten, so sehr wir dies auch angsterfüllt vermeiden wollen. In diesem Sinne können wir Selbstbestimmung nur im Kontext sozialer Beziehungen verorten, in der diese nie bloß eigenen rationalen Zielsetzungen entspringt, sondern auch aus dem Wunsch nach und zugleich aus der Angst vor Beziehungen zu anderen Körpersubjekten. Aus der Selbststellung und der Gegenstandsstellung des Selbst in seinem Körper resultieren zudem gewisse Spannungen. Diese Doppelstellung umschreibt *Plessner* nach *Riegler/Ruck* in seiner Unterscheidung von Körper und Leib, wonach der Mensch ein „Leib ist“, der an das nicht relativierbare Hier und Jetzt gebunden ist und einen „Körper hat“, zu dem er sich in reflexivem Bezug zu seinem Leibsein wie zu einem Gegenstand verhalten kann.¹⁰ In Weiterentwicklung dieses Konzepts und in Anlehnung an die

8 *Mawson*, Subjectivity and Embodied Limits: Deborah Creamer's Disability and Christian Theology, *Journal of Religion, Disability & Health* 2013, 410 f.

9 *Friedman*, Autonomy 86.

10 *Riegler/Ruck*, Dressur des Körpers und Widerstand des Leibes? Der schöne Körper und der sexuelle Leib als Orte gegenwärtiger Selbstdisziplinierung, in *Wiedlack/Lasthofer*, Körperregime und Geschlecht (2011) 37.

Körperhistorikerin *Barbara Duden*, versteht *Gesa Lindemann* das „Körper haben“ als eine Form der Selbstdisziplinierung.

Seit dem die Arbeitskraft zum Produktionsgut wurde und der Körper zu einem ökonomischen Wert, setzten Disziplinierung und Überwachung zunehmend an diesem an und wurden schließlich in Form von Körnernormen internalisiert. Das Subjekt übernimmt auf diese Weise selbst die Aufgabe sich zu erziehen. Das gesellschaftliche, kulturelle, historisch spezifische Körperwissen wird über die Gegenstandstellung wirksam und der Körper bilde so einen „normativen Code leiblicher Erfahrung“ ein „Empfindungs- und Aktionsprogramm“ anhand dessen der Leib gespürt und erfahren wird. Das leibliche Empfinden lässt sich aber nicht vollständig unter diese Dressur unterwerfen, und wird somit zu einem Ort des Widerstandes.¹¹

So kann der Versuch sich ein bestimmtes Begehren oder ein bestimmtes Sein aufzuoktroieren zu Depressionen, und der Versuch einem bestimmten Körperideal zu entsprechen zu einem Versagen von Funktionen des Organismus führen. Das Körpersubjekt kann motiviert durch leibliche Erfahrungen wie seelische oder körperliche Schmerzen versuchen, in selbstbestimmter Weise zwischen Selbststellung und die Gegenstandstellung zu vermitteln. Autonomie entspringt in diesem Sinne, aus der leiblichen Korrektur der internalisierten Normalisierungsverfahren. Je weiter die Bedürfnisse des Leibes und die internalisierten Normalisierungswünsche in der Gegenstandstellung des Körpers auseinanderdriften, desto schwieriger fällt es dem Körpersubjekt zwischen diesen beiden Ebenen zu vermitteln.¹²

2.2. Der Körper im Autonomiebegriff

Wie soll nun aber Körperlichkeit in den Autonomiebegriff integriert werden? Als Ansatzpunkt für die Bewusstmachung von Körperlichkeit im Autonomiebegriff sollen hier das Autonomieverständnis von *Marilyn Friedman* und das Konzept von Agency von *Carisa R. Showden* kurz dargestellt werden, da in beiden Konzeptionen Subjektivität und Identität sowie die Bedingungen von (Entscheidungs-)Freiheit eine zentrale Rolle einnehmen. Nach *Marilyn Friedman* ist eine Entscheidung dann autonom, wenn sie in Einklang mit reflexiv affirmierten tiefergehenden Werten und Überzeugungen getroffen wurde und diese Überzeugungen und Werte Teil eines relativ beständigen Kerns solcher reflexiv affirmierten Überzeugungen sind.¹³ *Carisa R. Showden* unterscheidet in ihrem Konzept von Agency zwischen Autonomie als der inneren Handlungskapazität und Freiheit als den Bedingungen, die Handlungen erleichtern. Während sie Ersteres als die Fähigkeit betrachtet, sich in kritisch reflexiver Weise zu Normen zu verhalten, beschreibt

11 Riegler/Ruck, Dressur 38 ff.

12 Riegler/Ruck, Dressur 38 ff.

13 Friedmann, Autonomy 3 ff.

sie Freiheit als die diskursiven, politischen und rechtlichen Bedingungen, die dieses Verhalten ermöglichen.¹⁴

In beiden Konzeptionen nehmen Subjekt und Identität als Basis von Autonomie oder Agency eine zentrale Bedeutung in dem Sinne ein, dass relative Kohärenz des Subjekts Voraussetzung und Hindernis für Autonomie bzw Agency zugleich ist.¹⁵ Geht man vom Subjekt als Körpersubjekt aus, wird klar, dass sich die Bedingung der Kohärenz nicht allein auf eine Selbstbeschreibung im Hinblick auf eigene Werte und Ziele beziehen kann, sondern auch das jeweilige Verhältnis betrifft, in dem „Leib sein“ und „Körper haben“ zueinander stehen.

Eine Selbstbeschreibung im Hinblick auf eigene Werte und Ziele setzt voraus, dass wir eine relativ stabile Vorstellung des Selbst besitzen. Diese ist wiederum von der Anerkennung und Spiegelung durch andere abhängig. Verstehen wir uns als Körpersubjekte, so vergegenwärtigt uns das die Möglichkeit, dass „a persons ability to sustain psychological continuity may depend on other people recognizing and affirming the properties and potentialities of their embodied selves and that where this possibility is removed, their psychological continuity may be damaged.“¹⁶ So können beispielsweise Gendernormen zu Autonomie behindernden Dissonanzen zwischen Annerkennungsmöglichkeiten und Selbstbezug führen, indem sie die Möglichkeiten der Annerkennung der eigenen Körperlichkeit einschränken.

Im Prozess der Selbstreflexion spielt Körperlichkeit insofern eine Rolle, als aus dem leiblichen Sein resultierende Empfindungen auch Grundlage für reflexive Affirmation von relevanten Aspekten des Körperselbst sein können. Selbstreflexion sollte also einerseits die Vermittlung von Selbststellung und Gegenstandsstellung des Körpers anstreben, andererseits sollten leibliche Empfindungen als solche auch als Grundlage selbstbestimmten Verhaltens respektiert werden.

3. Autonomie und Geschlecht

Welche Rolle spielt nun das Geschlecht für unsere Selbstbestimmungsfähigkeit und verfügbaren Selbstbestimmungsoptionen?

Geschlechterkategorien vermitteln durch die Zuschreibung von körperlichen, psychischen und charakter- bzw identitätsspezifischen Attributen verschiedene Autonomiepotentiale. Die binäre Ordnung „realisiert sich also, als biologische rollengebundene und nicht zuletzt, als ungleiche nämlich hierarchische Realität“.¹⁷ Gendernormen wirken sich zudem unmittelbar auf die relative Kohärenz des Körperselbst aus. Indem sie dem

14 *Showden*, *Choices Women Make. Agency in Domestic Violence, Assisted Reproduction and Sex Work* (2011) 3 ff.

15 *Friedman*, *Autonomy* 3 ff; *Showden*, *Choices* 2 ff.

16 *James*, *Mind* 39.

17 *Baer*, Grundrechtstag 2013 Innsbruck – Zukunft der Geschlechter: Geschlecht und Recht. Zur Diskussion um die Auflösung der Geschlechtergrenzen, RZ 2014, 6.

Körpererleben und der Selbstwahrnehmung Bedeutung geben noch bevor diese aus eigener Erfahrung entstehen können, wirken sie direkt auf Leiblichkeitserfahrung und Selbstbeschreibung ein. Während beispielsweise bei Intersexuellen etwas wahrnehmbar Existierendes für korrekturbedürftig erklärt wird, wird bei Transsexuellen der Wunsch nach Veränderung von etwas wahrnehmbar Existierendem pathologisiert.¹⁸ In beiden Fällen ist die eigene Körperwahrnehmung und Selbstbeschreibung der rationalisierten normalisierenden Geschlechterordnung unterworfen. Die aus der Mann/Frau-Dichotomie resultierenden Geschlechterpositionen und Relationen vermitteln gleichzeitig weiterhin unterschiedliche Gehälter und Aufstiegschancen und sind Grundlage für Gewalt und Unterdrückung von Frauen.¹⁹

Gendernormen verhindern Selbstbestimmung aber nicht, denn Autonomie kann sowohl aus den Spannungen zwischen der Leiblichkeitserfahrung des Subjekts und den internalisierten Normen resultieren, als auch aus Widersprüchen in den geschlechterkonstruierenden Normen und Diskursen. Diese Lücken bieten Freiheitsräume. Insofern haben Identitätskategorien auch ein emanzipatorisches Potential. Durch die Sichtbarmachung von Zuschreibungen machen sie diese angreifbar. Sie sind Ausgangspunkt für die Auseinandersetzung mit deren Inhalt und somit auch für dessen Verwerfung. Je flexibler solche Kategorien ausgestaltet sind, desto eher können sie dem Selbst auch als Stütze dienen, um sich in Auseinandersetzung mit diesen zu beschreiben. Geschlechterkategorien aber erschweren es dem Körpersubjekt gleichzeitig durch ihren Natürlichkeitsanspruch, eine andere als die ihm zugeordnete Fremdbeschreibung einzufordern oder gespiegelt zu bekommen und somit auch das eigene Selbstbild als nicht dem Natürlichkeitsanspruch entsprechend zu akzeptieren. Zudem schränken sie die Quantität, Qualität und Plausibilität von Optionen für beispielsweise als Frauen bezeichnete Körpersubjekte und für Individuen ein, deren Anpassung an diskursive Normen für sie mit einem Verlust an Kohärenz im Selbstbild und somit an Selbstbewusstsein und Autonomiekapazitäten einhergeht.

4. Ansatzpunkte zur Überwindung der Naturalisierung von Geschlechterdifferenzen durch Recht

Über die binären Geschlechterkategorien werden somit künstliche Grenzen geschaffen. Anstatt das Verbindende zu betonen, wird der Körper so zum Symbol der Trennung stilisiert. Die Geschlechtsunterscheidung liegt der Rechtsordnung in vielerlei Hinsicht zu Grunde, etwa im Personenstandsrecht, im Namensrecht, im Familienrecht oder im Partnerschafts- und Eherecht. Auch die Rechtspraxis geht von einer binären Geschlech-

¹⁸ Butler, *Undoing Gender* (2004) 6.

¹⁹ Baer, *Zukunft*, 7 ff.

terordnung aus.²⁰ Der österreichischen Rechtsordnung liegt dabei ein biologisches Verständnis von Geschlecht zugrunde, dass sich an Zuschreibungen zu Körpermerkmalen orientiert, denn die Kategorie Geschlecht wird gemäß § 9 iVm § 2 Abs 2 PStG innerhalb einer Woche nach Geburt registriert.²¹

Erste Ansätze dieser Essentialisierung entgegenzusteuern zeigten sich im Antidiskriminierungs- und Gleichbehandlungsrecht. Zunächst jedoch ohne die Legitimität der Kategorien selbst zu hinterfragen. In den letzten Jahren haben vermehrt Entwicklungen mit bedeutendem antiessentialisierendem Potential stattgefunden. Dazu zählen etwa die Bemühungen um Antidiskriminierung von gleichgeschlechtlichem Begehren und in letzter Zeit auch um die Gleichbehandlung in familienrechtlichen Belangen.²² Geschlechterkategorien rechtlicher Konstruktionen wie beispielsweise der Ehe, die bisher auf Heterosexualität und somit der Polarität der Geschlechter basierten, werden durch deren Öffnung für Personen des gleichen Geschlechts in Widersprüchlichkeiten verstrickt und somit destabilisiert.²³ Auf materieller Ebene wirkt das Recht auf diese Weise antiessentialisierend. Das formelle Festhalten an der Zweigeschlechtlichkeit führt jedoch zur Pathologisierung Transsexueller und zur Legitimation der Zwangsoperation Intersexueller und trägt zur diskursiven Perpetuierung und Neuformulierung differenzierender Zuschreibungen bei.

Wie soll nun aber eine Rechtspolitik aussehen, die bestrebt ist, der Essentialisierung von Differenz entgegen zu wirken? Ist eine formelle Beseitigung der Geschlechterkategorien zum jetzigen Zeitpunkt erstrebenswert? Welche Implikationen hätte dies für das Antidiskriminierungsrecht, das auf Basis dieser Kategorien Schutz vor Ungleichbehandlung bietet und Grundlage für positive Diskriminierung zur Beseitigung struktureller Diskriminierung ist?

Dazu ist zunächst anzumerken, dass es nicht darum geht, Identitätskategorien zu beseitigen. Diese können Stütze und Orientierungsmaßstab für das eigene Selbstbild sein. Zudem sind Kategorien „Grundlage jeder auf Rechtsregeln basierender Entscheidungsfindung“²⁴. Das Recht soll diesen aber nicht einen Natürlichkeitsanspruch verleihen, der ihnen nicht zukommt und damit im Falle der Geschlechterkategorien gleichzeitig auch

20 Besonders anschaulich zeigte sich dies an der erfolgreich beim EGMR bekämpften Entscheidung des OGH zur Frage der Zulässigkeit der Stiefkindadoption eines gleichgeschlechtlichen Paares, in der die Möglichkeit zweier Mütter oder Väter für die österreichische Rechtsordnung verneint wurde. Nach der Verurteilung durch den EGMR wurde die Bestimmung des § 197 ABGB (§ 182 aF) mit dem AdRÄG 2013 korrigiert. Vgl EGMR 19.2.2013, *X uaf/Österreich*, 19010/07.

21 Vgl dazu *Liebscher/Baguib/Remus*, Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht (2011) 1.

22 *Baer*, Zukunft 5 ff.

23 „Jede politische Praxis die auf Transformation der herrschenden Ordnung ausgerichtet ist und *Neues* hervorbringen will, trägt gleichzeitig die Spuren des *Alten*“, siehe: *Holzleitner*, Zwischen Subversion und Normalisierung. Zur Debatte um die rechtliche Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Beziehungen, *juridikum* 2011, 216.

24 *Liebscher/Naguib/Remus*, Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht (2011) 1.

die diesen inhärenten Muster von Diskriminierung und Exklusion stärken. Die Beseitigung des Geschlechts aus dem Gesetz sollte zudem nicht bedeuten, dass die Kategorie Geschlecht dem Recht nicht weiter zur Verfügung stünde, um auf dieser Unterscheidung aufbauende Praktiken einzugehen. *Baer* schlägt in diesem Zusammenhang vor, zwischen einer Anrufung von Geschlecht und einer Adressierung geschlechtsspezifischer Problemlagen sowie zwischen Regulierung und Rechtsanwendung zu unterscheiden.²⁵ Das Antidiskriminierungsrecht könnte weiterhin geschlechterspezifische Tatbestände formulieren ohne die ihnen zugrunde liegende Unterscheidung als natürlich vorauszusetzen. Das Gesetz selbst sollte nicht von diesen Kategorien ausgehen, sondern auf diese reagieren. „So sollen Regeln gegen häusliche Gewalt durchaus thematisieren, dass praktizierte Geschlechterrollen Abhängigkeit erzeugen, die Gegenwehr und Flucht erschweren, müssen aber nicht [nur] „die Frauen“ schützen.“²⁶ Dies ist lediglich eine Frage der Formulierung, die aber eine große Symbolkraft hätte und so wichtige Impulse für eine Veränderung in der gesellschaftlichen Konzeption von Geschlecht mit sich bringen könnte. Dabei bedeuten „neutrale Regeln nicht Blindheit, insbesondere nicht in ihrer Anwendung. Ganz im Gegenteil: In der Rechtspraxis kommt es darauf an, Geschlechterverhältnisse sehr genau zu betrachten.“²⁷

Wie lassen sich nun aber Regeln formulieren, die nicht in idealistischer Weise individualisieren, sondern sensibel gegenüber den in der Alltagspraxis gelebten Unterscheidungen und Zuschreibungen sind und so eine gute Grundlage für die Rechtsanwendung bieten? Eine Möglichkeit wäre es, die Kategorien Mann und Frau im Gesetz auch als solche Kategorien zu bezeichnen und nicht als der Natur entspringende Wahrheiten. Dies würde eine Sichtbarmachung dieser Kategorien bedeuten ohne ihnen aber einen Anschein essentieller Wahrheit zu verleihen. Der Vorteil läge darin, dass die Rechtsanwendung nicht an einer Auseinandersetzung mit einer kategoriespezifischen Diskriminierung vorbeikäme. Die derzeitige Ausgestaltung der Diskriminierungsmerkmale zwingt die Betroffenen dazu, sich in die jeweilige Merkmalsgruppe einzuordnen.²⁸ Ein postkategoriales Diskriminierungsrecht sollte sich „nicht am Diskriminierungsbetroffenen (als „Opfer“) sondern an gesellschaftlichen Hierarchisierungen („Strukturen“ und „Täter“) und an individuellen Fähigkeiten bzw Einschränkungen“²⁹ orientieren. Die weitere Verwendung der Kategorie, auch bei gleichzeitiger Bezeichnung als Kategorie, könnte die Aufmerksamkeit aber wiederum auf die Bezeichneten statt auf den Bezeichnenden legen. In diesem Sinne sollte auch von einer Nennung der Kategorie abgesehen und stattdessen die kategoriespezifische Diskriminierung näher spezifiziert werden. Hierbei besteht aber

²⁵ *Baer*, Zukunft, 8 ff.

²⁶ *Baer*, Zukunft, 8.

²⁷ *Baer*, Zukunft, 5.

²⁸ *Liebscher/Naguib/Remus*, Essentialismusfalle 1.

²⁹ *Naguib*, Postkategoriale Gleichheit und Differenz: Antidiskriminierungsrecht ohne Kategorien denken? in *Ast/Häni/Mathis/Zabel*, Gleichheit und Universalität (2012) 179 (195).

die Gefahr, dass sich die essentialisierenden Zuschreibungen perpetuieren und eine allzu akribische Tatbestandsformulierung zu einer positivistischen Blindheit führt.³⁰ Umgekehrt bietet frau_man durch eine zu vage und idealisierende Regelsetzung der Rechtsanwendung Gelegenheit, alltagsrelevante Umstände außer Betracht zu lassen.³¹

Ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht zu formulieren stellt sichtbar eine Herausforderung dar, würde aber einen wesentlichen und wichtigen Beitrag zu Erweiterung der Autonomiepotentiale von Körpersubjekten beitragen, deren Körperlichkeit aufgrund von biologisierenden und essentialisierenden Normen beschränkend auf ihre Selbstbestimmungsfähigkeiten und Selbstbestimmungsoptionen wirkt. Gemäß dem Vorschlag von *Susanne Baer*, die eine Orientierung an Strukturen anstelle einer Fokussierung auf die Diskriminierungsbetroffenen vorschlägt³², sollte also weiter daran gearbeitet werden, Tatbestände frei von essentialisierenden Zuschreibungen zu formulieren. Parallel dazu sollten das Personenstandsrecht, das Namensrecht, Familienrecht vom Geschlechterzwang befreit und neutral formuliert werden.

Derartige Vorstöße scheitern derzeit jedoch noch am Festhalten bestimmter Natürlichkeitsvorstellungen, die sich vor allem in den Bemühungen um den Schutz der traditionellen Familie und des damit assoziierten „Kindeswohls“ widerspiegeln.³³ So ließ sich der österreichische Gesetzgeber beispielsweise erst auf Klage dazu bewegen, eine grundrechts- und verfassungskonforme Ausgestaltung der unterverfassungsgesetzlichen Rechtsordnung, in Bezug auf das Fortpflanzungsmedizingesetz und in Bezug auf die Möglichkeit zur Stiefkindadoption anzustreben.³⁴ Denn wie sollen sich die Kinder nur zu Recht finden, wenn sie nicht mehr wissen, wer Mama und wer Papa ist und sie im Supermarkt keine Überraschungseier für Mädchen³⁵ mehr finden? In einer Zukunft der antiessentialistischen Destabilisierung eines normalisierenden Diskurses um Geschlecht und Familie sollten solcherlei Verteidigungsstrategien der Vergangenheit angehören.

Nicole Zilberszac ist Studierende der Rechtswissenschaften an der Universität Wien; nicole.zilberszac@gmail.com

30 *Liebscher/Naguib/Remus*, Essentialismusfälle 1.

31 ZB wird „[N]eutrales Recht, das insbesondere Frauen vor sexueller Gewalt als Ausdruck geschlechtsbezogener Hierarchisierung schützen soll, [...] in strafgerichtlichen Verfahren wegen des Vorwurfs der Vergewaltigung immer noch und immer wieder sexistisch ausgelegt, individualisierend und idealisierend verbrämt.“, siehe *Baer*, Zukunft, 9.

32 *Baer*, Chancen und Risiken positiver Maßnahmen. Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts und drei Orientierungen für die Zukunft (2010) 6 ff.

33 Siehe ua *Helmuth Kohls* Äußerung in Bezug auf die Möglichkeit einer Verurteilung Österreichs vor dem EGMR wegen Diskriminierung Homosexueller bei der Fremdkindadoption: „Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand. Aber die Fremdkindadoption ist EU-weit eine Seltenheit.“ in: *Riss*, Vater, Mütter, Kinder – Da sind wir halt sensibel, Der Standard 10.3.2014, 1; siehe zudem: *Zulehner*, Sollen gleichgeschlechtliche Paare adoptieren können, Die Presse 12.3.2014, 2.

34 VfGH 10.12.2013, G 16/2013, G 44/2013; EGMR 19.2.2013 *X ua/Österreich*, 19010/07.

35 Vgl www.ferrero.de (27.4.2014).

Die strafrechtliche Regulierung von einvernehmlichen Sexualkontakten

Margarethe Flora

1. Einleitung

Ohne Zweifel gehört die Frage, ob und wie das Strafrecht in den Bereich der Sexualität eingreifen soll, zu den komplexesten Problemen der Kriminalitätspolitik.¹ Dabei gilt es abzuwägen, inwieweit Sexualität frei ausgeübt werden darf bzw ab wann ein unzulässiger Eingriff in die sexuelle Integrität des Partners_der Partnerin vorliegt.

Das Sexualstrafrecht schützt vor unfreiwilligen Sexualkontakten und vor finanzieller Ausbeutung in Bezug auf sexuelle Handlungen. Ebenso normiert es einen Belästigungs- und Konfrontationsschutz.² Unter bestimmten Voraussetzungen untersagt es aber auch einvernehmlich vorgenommene Sexualkontakte.

Dieser Beitrag beleuchtet die Strafrechtsentwicklung und beschäftigt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen das Strafrecht in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht eingreift.

2. Vom StGB 1974 zum StRÄG 2004

Zum Zeitpunkt der großen österreichischen Strafrechtsreform 1974 stand der Schutz der „(geschlechtlichen) Sittlichkeit“ im Vordergrund des Sexualstrafrechts. Zweck der Sexualdelikte war die „Bekämpfung der sozialen Schädlichkeit der einzelnen Verfehlungen gegen diese Sittlichkeit“.³ Gegen dieses Rechtsgut verstießen auch gewisse freiwillige Sexualkontakte unter Erwachsenen bzw einvernehmliche homosexuelle Kontakte von Erwachsenen mit mündigen Minderjährigen.

1 *Schmoller*, Unzureichendes oder überzogenes Sexualstrafrecht, JRP 2001, 64 = Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (2001) 17.

2 *Hinterhofer* SbgK Vorbem §§ 201 ff Rz 14 ff; *Hinterhofer/Rosbaud* BT II⁵ Vorbem §§ 201 ff Rz 2 ff; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT III² Vorbem §§ 201 ff Rz 18; *Philipp* WK-StGB Vor §§ 201 ff Rz 3; *Schmoller*, JRP 2001, 70 f = Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (2001) 35 ff.

3 EB zum StGB 1974, 30 BlgNR 13. GP 339; dazu *Schmoller*, JRP 2001, 69 f = Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (2001) 32 ff.

Einvernehmliche Sexualkontakte unter Erwachsenen waren bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen als „Ehebruch“ (§ 194 StGB)⁴ und als „Gewerbsmäßige gleichgeschlechtliche Unzucht“ (§ 210 StGB) strafbar. Die „Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Personen unter achtzehn Jahren“ (§ 209 StGB) verbot Sexualkontakte von Erwachsenen mit mündigen Minderjährigen.

Alle drei Delikte existieren heute nicht mehr. Der Prozess, der zu ihrer Aufhebung führte, verdeutlicht, dass die Reform des Sexualstrafrechts nur zum Teil auf gesellschaftliche Veränderungen zurückgeführt werden kann. Nur sehr zögerlich wurden die Sexualdelikte dem gesellschaftlichen Wertewandel angepasst.⁵ Die Straflosigkeit des Ehebruchs ab dem Jahr 1996 beruhte auf der Einsicht, dass es unangemessen ist, in einen höchstpersönlichen Lebensbereich mittels einer strafrechtlichen Norm einzugreifen. Es wurde deutlich, dass das Strafrecht nicht geeignet ist, zwischenmenschliche Beziehungen zu regeln.⁶ Bereits davor wurden ab dem Jahre 1989 die Begriffe „Unzucht“ und „unzüchtige Handlung“, denen eine moralisierende Wertung innewohnt,⁷ zT durch „geschlechtliche Handlung“ ersetzt.⁸ Die begriffliche Veränderung gipfelte im StrÄG 2004 in der Umbenennung des 10. Abschnitts des StGB von „Strafbare Handlungen gegen die Sittlichkeit“ in „Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung“.⁹ Ebenfalls im Jahre 1989 wurde die Strafbarkeit der homosexuellen Prostitution (§ 210 StGB) aufgehoben.¹⁰ Dieses Delikt wurde aber nicht aufgrund eines gesellschaftlichen Wandels abgeschafft, sondern zur besseren Durchsetzbarkeit von gesundheitspolitischen Maßnahmen, die im Zusammenhang mit der Verhinderung der Verbreitung der HIV-Infektion getroffen wurden. Denn das Verbot lief der Möglichkeit der behördlichen Registrierung von männlichen Prostituierten und den damit verbundenen verpflichtenden gesundheitlichen Kontrollen zuwider.¹¹ Auch die Abschaffung des § 209 StGB geht nicht auf liberaleres Denken zurück, sondern der VfGH hob das Delikt als verfassungswidrig auf.¹² Der VfGH setzte sich aber weder mit der zum damaligen Zeit-

4 Der Straftatbestand des Ehebruchs war zwar nicht als strafbare Handlung gegen die Sittlichkeit sondern als Delikt gegen die Ehe und Familie im StGB verankert, aber die strafbare Handlung war der außereheliche Beischlaf. Interessant war bei diesem Delikt, dass der_ die betrogene Ehegatte_in dem_ der Partner_in „verzeihen“ konnte, damit dieser_ diese einer Strafverfolgung entging. Der_ die Sexualpartner_in blieb strafbar.

5 Hinterhofer SbgK Vorbem §§ 201 Rz 43 f; so wurde zB in Deutschland die Strafbarkeit des Ehebruchs schon 1969 abgeschafft: Kienapfel/Schmoller StudB BT III^e Vorbem §§ 192 ff Rz 5.

6 BGBl 1996/762; EBRV zum StrÄG 1996, 33 BlgNR 20. GP 59. Mit diesem BGBl wurde durch entsprechende Änderungsanträge im Plenum des NR auch das Werbe- und Vereinsverbot im Zusammenhang mit gleichgeschlechtlichen Handlungen (§§ 220, 221 StGB) aufgehoben. Eine Aufhebung des § 209 StGB war nicht durchsetzbar (StProt 47. Sitzung GP 20, 41 ff).

7 Hinterhofer SbgK Vorbem §§ 201 Rz 45.

8 StGNov 1989 BGBl 1989/242; StrÄG 1998 BGBl I 1998/153; Die Begrifflichkeit „Unzucht“ findet sich immer noch in § 219 und § 220a StGB.

9 StrÄG 2004 BGBl I 2004/15.

10 BGBl 1989/243.

11 JAB 928 BlgNR 17. GP 1.

12 BGBl I 2002/102; VfGH 21.6.2002, G 6/02-11 = VfSlg 16.565/2002.

punkt schon wissenschaftlich widerlegten Prägungstheorie¹³ auseinander, noch mit der Frage der Ungleichbehandlung von schwulen gegenüber lesbischen und heterosexuellen Beziehungen.¹⁴ Die Aufhebung des § 209 StGB war nur dadurch veranlasst, dass es „in sich unsachlich sei“, dass homosexuelle Kontakte aufgrund der Erreichung von gewissen Altersgrenzen durch die Sexualpartner straflos, strafbar und dann wieder straflos sein konnten.¹⁵ Die Folgen dieser Diskriminierung sind bis heute nicht beseitigt.¹⁶ So wurde Österreich im November 2013 vom EGMR verurteilt, weil es nicht möglich war, bestehende Strafurteile bezüglich § 209 StGB aus dem Strafregister streichen zu lassen.¹⁷

3. Grenzen der sexuellen Selbstbestimmung

3.1. Allgemeines

Die Änderung der Bezeichnung des 10. Abschnitts des StGB in „Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung“ durch das StRÄG 2004 verdeutlicht den vollzogenen Wertewandel im Hinblick auf die von diesem Abschnitt geschützten Rechtsgüter. Dabei wird die sexuelle Selbstbestimmung als Unterfall der sexuellen Integrität in der Überschrift noch einmal eigens betont.¹⁸ Um den Schutz der sexuellen Integrität zu gewährleisten, greift das Sexualstrafrecht aber auch in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht bestimmter Personengruppen ein. Entweder weil es diese Personen aufgrund ihres Alters vor jeglichen Sexualkontakten schützen will und/oder weil es ihnen aus verschiedenen Gründen die freie sexuelle Selbstbestimmungsfähigkeit abspricht. Diese Personengruppen werden vor bestimmten Sexualkontakten – den sogenannten „geschlechtlichen Handlungen“ – geschützt.

13 Die Triebfixierungs- bzw Prägungstheorie ging davon aus, dass ein Jugendlicher aufgrund eines gleichgeschlechtlichen Sexualkontaktes mit einem Erwachsenen zum Homosexuellen geprägt werden könnte: S dazu *Murschetz/Ebensperger*, Zur Legitimation des § 209 StGB, RZ 2002, 151 f mwN.

14 Hatte doch der EGMR schon 1997 entschieden, dass eine Differenzierung hinsichtlich des Mindestalters hinsichtlich heterosexuellen und homosexuellen Geschlechtsverkehrs gegen Art 8 und Art 14 EMRK verstößt. Dazu: *Murschetz/Ebensperger*, RZ 2002, 152. Der EGMR hat Österreich in den folgenden Jahren auch wiederholt wegen der Anwendung von § 209 StGB verurteilt: *L. & V. vs. Austria*, Appl. 39392/98, 39829/98 9.1.2003 = ÖJZ-MRK 2003/19, 394 = NL 2003/1, 16; *S.L. vs. Austria*, 9.1.2003, Appl. 45330/99; *Wolfgang Wilfling & Michael Woditschka vs. Austria*, 21.10.2004, Appl. 69756/01, 6306/02 = ÖJZ-MRK 2005/10, 396; *F.L. vs. Austria*, 3.2.2005, Appl. 18297/03; *Thomas Wolfmeyer vs. Austria*, 26.5.2005, Appl. 5263/03 = NLMR 2005/3, 121; *H.G. & G.B. vs. Austria*, 2.6.2005, Appl. 11084/02, 15306/02 = NLMR 2005/3, 126; *R.H. vs. Austria*, 19.1.2006, Appl. 7336/03.

15 VfGH 21.6.2002, G 6/02-11 = VfSlg 16.565/2002: § 209 StGB verbot den sexuellen Kontakt von über neunzehnjährigen männlichen Personen mit männlichen Personen, die zwar das vierzehnte aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatten. Damit war es möglich, dass der ältere Sexualpartner zunächst straflos blieb, bis er das neunzehnte Lebensjahr vollendete, sich dann strafbar machte, solange der jüngere Partner das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hatte und ab diesem Zeitpunkt wieder in die Straflosigkeit übergang.

16 Siehe zur Frage der Begnadigungen *Murschetz/Ebensperger*, Die Aufhebung des § 209 StGB durch den VfGH, JAP 2002/2003, 176.

17 *E.B. ao v. Austria*, 7.11.2013, Appl 31913/07, 38357/07, 48098/07, 48779/07, 48779/07 = NLMR 6/2013, 403.

18 *Kienapfel/Schmoller* StudB BT III² Vorbem §§ 201 ff Rz 15.

3.2. Geschlechtliche Handlungen

Eine geschlechtliche Handlung liegt vor, wenn ein unmittelbar zur Geschlechtssphäre gehöriger Körperteil des Opfers oder des Täters¹⁹ – der weibliche Genitalbereich, die entwickelte weibliche Brust oder der Penis – berührt wird.²⁰ Auch intensive Berührungen im Analbereich sind aufgrund der Nähe zum Geschlechtsteil als geschlechtliche Handlung anzusehen.²¹

Zu den qualifizierten geschlechtlichen Handlungen zählen der Beischlaf und die dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlungen. Das sind Handlungen, die „in der Summe ihrer Auswirkungen und Begleiterscheinungen dem Beischlaf vergleichbar“ sind.²² Eine solche Handlung ist jede Form der oralen oder analen Penetration mit dem Penis.²³ Auch Vaginalpenetrationen mit einem Finger, der Zunge oder mit Gegenständen werden heute einhellig und als dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlungen angesehen.²⁴ Das Eindringen mit dem Finger, der Zunge oder mit Gegenständen in den Anus wird von der Rsp und einem Teil der Lehre zu Recht als dem Beischlaf gleichzusetzend beurteilt.²⁵ Andere gehen nur von einer unqualifizierten geschlechtlichen Handlung aus.²⁶ Die Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, als qualifizierte geschlechtliche Handlungen mit einem höheren Strafsatz bedroht sind.²⁷

3.3. Unmündige Personen

Personen, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, werden vom Gesetz durch § 207 StGB („Sexueller Missbrauch von Unmündigen“) vor geschlechtlichen Handlungen

19 Aufgrund der Tatsache, dass Sexualdelikte zum überwiegenden Teil von Männern begangen werden, wird hier die männliche Form beibehalten: So wurden im Jahre 2012 1184 Personen wegen eines Sexualdeliktes verurteilt: 1160 Männer und 24 Frauen: Gerichtliche Kriminalstatistik 2012, 72.

20 Kienapfel/Schmoller StudB BT III² Vorbem §§ 201 ff Rz 29.

21 Philipp WK-StGB § 202 Rz 10; Stummer, Zur Auslegung des Begriffes der geschlechtlichen Handlung und ihren Auswirkungen im Geschlechterverhältnis, RZ 2012, 79 ff; Kienapfel/Schmoller StudB BT III² § Vorbem §§ 201 ff Rz 29, 35 nur für Berührungen des weiblichen Analbereichs; die geschlechtliche Handlung wegen der fehlenden Nähe zu geschlechtsbezogenen Körperpartien verneinend: Hinterhofer SbgK § 202 Rz 27; Hinterhofer/Rosbaud BT II⁵ § 202 Rz 13.

22 JAB zur StGNov 1989, 927 BlgNR 17. GP 3; EBRV zum StRÄG 1998, 1230 BlgNR 20. GP 21. Das Eindringen mit dem Finger, der Zunge oder mit Gegenständen in den Anus wird von der Rsp und einem Teil der Lehre als dem Beischlaf gleichzusetzende Handlung angesehen. Zur Frage ob eine geschlechtliche Handlung an sich selbst beischlafähnlich sein kann, siehe pointiert zusammenfassend Schmoller, Korrespondenz zu OGH 29.8.2013, 13 Os 54/13k = JBl 2014, 125, JBl 2014, 135 f.

23 Bertel/Schwaighofer BT II¹⁰ § 201 Rz 2, Hinterhofer SbgK § 201 Rz 46; Hinterhofer/Rosbaud BT II⁵ § 201 Rz 19; Kienapfel/Schmoller StudB BT III² Vorbem §§ 201 ff Rz 45.

24 Bertel/Schwaighofer BT II¹⁰ § 201 Rz 2; Hinterhofer SbgK § 201 Rz 47; Hinterhofer/Rosbaud BT II⁵ § 201 Rz 19; Kienapfel/Schmoller StudB BT III² Vorbem §§ 201 ff Rz 48; Philipp WK-StGB § 201 Rz 25. Siehe zur früher dazu geführten Diskussion in der Lehre: Holzleitbner, Habermas, Unbestimmtheit und „beischlafähnliche Handlungen“, juridikum 1996, 23 ff; Schwaighofer, Materielle und formelle Probleme des Sexualstrafrechts, ÖJZ 2003/30, 533 ff.

25 OGH 6.3.1996, 13 Os 191/95 = JBl 1997, 403 mit Anm Beclin; Philipp WK-StGB § 201 Rz 25; Stummer, RZ 2012, 80.

26 Bertel/Schwaighofer BT II¹⁰ § 201 Rz 2 mwN, § 202 Rz 2; Kienapfel/Schmoller BT III² § Vorbem §§ 201 ff Rz 29.

27 Insb § 201 und § 206 StGB.

gen²⁸ geschützt. Wird das Opfer iZm qualifizierten geschlechtlichen Handlungen missbraucht, ist die Tat nach § 206 StGB („Schwerer sexueller Missbrauch von Unmündigen“) strafbar.

Diese Sexualkontakte stellen per se einen sexuellen Missbrauch dar. Daher schützen diese Delikte gerade nicht die sexuelle Selbstbestimmung der unmündigen Person, sondern ihre sexuelle Integrität.²⁹ Bei unmündigen Personen wird gesetzlich vermutet, dass ihnen die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt, in die oben genannten Sexualkontakte rechtsgültig einzuwilligen.³⁰ Daher sind diese Kontakte absolut verboten, um die ungestörte sexuelle und allgemein psychische Entwicklung von Unmündigen zu gewährleisten.³¹

Auch etwaige sexuelle Erfahrungen des Opfers ändern nichts an der Strafbarkeit.³² Die Schutzaltersgrenze von 14 Jahren gilt demnach absolut. Das ist im Sinne der Rechtssicherheit, die bei einer Einzelfallbetrachtung nicht mehr gewahrt wäre, zu befürworten.³³ Nach der in § 206 Abs 4 und § 207 Abs 3 StGB verankerten Alterstoleranzklausel bleiben einvernehmliche geschlechtliche Handlungen von annähernd Gleichaltrigen hingegen straflos.³⁴ So ist der Beischlaf bzw die dem Beischlaf gleichzusetzende Handlung nicht strafbar, wenn der _die ältere Sexualpartner_in höchstens 16 und der _die Unmündige mindestens 13 Jahre alt ist. Bei anderen geschlechtlichen Handlungen muss der _die Unmündige mindestens 12 Jahre alt sein. Das Mindestalter muss objektiv vorliegen, auf die subjektiven Vorstellungen des Täters kommt es nicht an.³⁵

Bei unqualifizierten geschlechtlichen Handlungen wurde dieser persönliche Strafausschließungsgrund schon 1974 im StGB verankert. 1998 kam es zu einer Ausdehnung dieser Klausel auf § 206 StGB.³⁶ Richtigerweise müssen Sexualkontakte verliebter und/oder auf sexuelle Aktivitäten neugieriger junger Menschen straffrei sein.³⁷ Eine solche

28 Die Rsp sieht auch das Küssen oder Betasten der noch nicht entwickelten Brust einer Unmündigen als geschlechtliche Handlung an, wenn das Mädchen insgesamt eine solche Reife hat, dass sie die Handlung als grob störend und sexuell motiviert empfindet: OGH 28.8.2012, 12 Os 80/12z; *Bertel/Schwaighofer* BT II¹⁰ § 207 Rz 2 mwN.

29 *Hinterhofer* SbgK § 206 Rz 3, 5; *Hinterhofer/Rosbaud* BT II⁵ § 206 Rz 1; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT III² §§ 206–207 Rz 3 f; *Philipp* WK-StGB § 206 Rz 1.

30 *Philipp* WK-StGB § 206 Rz 3.

31 *Hinterhofer* SbgK § 206 Rz 3; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT III² §§ 206–207 Rz 3; *Philipp* WK-StGB § 206 Rz 1.

32 *Hinterhofer* SbgK § 206 Rz 3 f, 24; *Hinterhofer/Rosbaud* BT II⁵ § 206 Rz 1; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT III² §§ 206–207 Rz 3 f, 15; *Philipp* WK-StGB § 206 Rz 2, 9.

33 *Hinterhofer* SbgK § 206 Rz 6.

34 Die Straflosigkeit greift nicht, wenn das Opfer längere Zeit hindurch in einen qualvollen Zustand versetzt wird, in besonderer Weise erniedrigt wird bzw die Tat eine Körperverletzung oder den Tod des Opfers zur Folge hat. Als besondere Erniedrigung gilt auch die Ejakulation in den Mund und das Gesicht bzw die Penetration mit Gegenständen. Experimentieren die jungen Menschen zB mit Sexspielzeug, greift die Alterstoleranzklausel nicht mehr: Zu Recht kritisch *Philipp* WK-StGB § 206 Rz 19; *Messner*, Stellungnahme zum Entwurf eines Sexualstrafrechtsänderungsgesetzes 2013, 23/SN-462/ME.

35 OGH 16.9.2010, 12 Os 110/10h = JBl 2012, 740 mit Anm *Schütz*.

36 StRÄG 1998, BGBl 1998/153; *Schwaighofer*, Zur Reform des Sexualstrafrechts durch das StRÄG 1998, JAP 1998/99, 156 ff.

37 *Philipp* WK-StGB § 206 Rz 16.

Tat lässt weder auf einen zukünftigen Sittlichkeitstäter schließen³⁸, noch gefährden sie die sexuelle oder allgemeine psychische Entwicklung des_der Sexualpartner_in. Natürlich kommt es aufgrund der starren Altersgrenzen immer wieder zu Härtefällen. Auch der einvernehmliche Sexualkontakt zwischen einem_er Siebzehnjährigen und einem_er Dreizehnjährigen ist nicht zwingend entwicklungsgefährdend. Dann ist die Rechtsprechung gefordert, die verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten, die das Jugendstrafrecht bietet, auszunützen.³⁹

3.4. Minderjährige Personen

3.4.1. Sexueller Missbrauch Jugendlicher

Nachdem der VfGH im Jahr 2002 § 209 StGB aufgehoben hatte, wurde mit § 207b StGB ein neuer Missbrauchstatbestand als „Lückenfüller“ geschaffen.⁴⁰ Dieser soll jene Fälle sanktionieren, in denen die minderjährigen Opfer ihr sexuelles Selbstbestimmungsrecht aufgrund besonderer Situationen nicht oder nur erschwert ausüben können. Auch hier spielt eine etwaige Einwilligung des Opfers in den Sexualkontakt keine Rolle. § 207b StGB enthält drei selbständige Missbrauchsfälle, die sowohl homosexuelle als auch heterosexuelle Handlungen erfassen. Verboten sind geschlechtliche Handlungen mit Personen unter 16 Jahren, denen es entwicklungsbedingt an der sexuellen Reife fehlt,⁴¹ wenn der Täter seine altersbedingte Überlegenheit ausnützt (Abs 1). Personen unter 18 Jahren werden vor geschlechtlichen Handlungen geschützt, die unter Ausnutzung einer Zwangslage⁴² des Opfers (Abs 2) bzw entgeltlich (Abs 3) erfolgen. Aufgrund des fehlenden Begutachtungsverfahrens und der Unbestimmtheit der verankerten Tatmodalitäten (insb in Abs 1) sowie des breiten Anwendungsbereiches von Abs 3 blieb Kritik an dieser Regelung nicht aus.⁴³

Zu Abs 1 wird gefordert, dass der Altersunterschied mindestens 10 Jahre betragen muss, damit der Tatbestand erfüllt ist.⁴⁴ Längerfristige und auf gegenseitiger Zuneigung beruhende Sexualkontakte sind jedenfalls nicht tatbildlich.⁴⁵ Problematisch ist auch die

38 EBRV 1230 BlgNR 20. GP 23.

39 JAB zum StRÄG 1998, 1359 BlgNR 20. GP 3; s dazu *Graupner*, Teenagersex, anwaltaktuell 01/11, 30.

40 StRÄG 2002 BGBl 2002/134.

41 *Hinterhofer* SbgK § 207b Rz 18; *Hinterhofer/Rosbaud* BT II⁵ § 207b Rz 4; *Murschetz/Ebensperger*, JAP 2002/2003, 177; *Philipp* WK-StGB § 207b Rz 11.

42 Darunter sind zB unterstandslose, drogensüchtige oder von zu Hause ausgerissene Jugendliche zu verstehen. Bis zum StRÄG 2013 (BGBl I 2013/116) waren von Abs 2 nur Personen bis zum 16. Lebensjahr geschützt. Die Erweiterung geht auf die RL 2011/93/EU zurück: EBRV 2319 BlgNR 24. GP 16.

43 *Bertel/Schwaighofer* BT II¹⁰ § 207b Rz 1; *Hinterhofer* SbgK § 207b Rz 15; *Hinterhofer/Rosbaud* BT II⁵ § 207b Rz 6; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT III² zu § 207b; *Murschetz/Ebensperger*, JAP 2002/2003, 177 f; *Philipp* WK-StGB § 207b Rz 9.

44 *Bertel/Schwaighofer* BT II¹⁰ § 207b Rz 3; *Hinterhofer* SbgK § 207b Rz 21; *Hinterhofer/Rosbaud* BT II⁵ § 207b Rz 6; *Philipp* WK-StGB § 207b Rz 15.

45 *Bertel/Schwaighofer* BT II¹⁰ § 207b Rz 3.

„Entgeltlichkeit“ in Abs 3. Darunter ist jede in Geld bewertbare Zuwendung zu verstehen.⁴⁶ So erfüllt schon eine Einladung zum Essen, ins Kino oder das Schenken von Zigaretten oder Alkohol den Tatbestand.⁴⁷ Befürchtet wird auch, dass dieses Delikt als Ersatz für § 209 StGB überwiegend auf homosexuelle Kontakte Anwendung findet. Eine parlamentarische Anfrage aus dem Jahr 2011⁴⁸ zum Verhältnis von Strafverfahren und Verurteilungen wegen gleichgeschlechtlicher Kontakte einerseits und heterosexueller Kontakte andererseits in den Jahren 2003–2010 wurde im Gegensatz zu den Anfragen 2002–2005⁴⁹ aufgrund „des übermäßigen Arbeitsaufwandes“ für die betroffenen Staatsanwaltschaften nicht beantwortet.⁵⁰ In weiterer Folge wurde auch eine Auskunft über das zweite Halbjahr 2011 verweigert,⁵¹ weswegen aussagekräftige Zahlen leider fehlen. Es bleibt zu hoffen, dass sich der neue Bundesminister solchen Evaluierungen nicht verschließt. Die Kritiker_innen dieser Regelung gehen davon aus, dass mit dieser Weigerung die unverhältnismäßige Anwendung des Tatbestandes auf homosexuelle Sexualkontakte verschleiert werden soll.⁵²

3.4.2. Ausnützen eines Autoritätsverhältnisses

§ 212 Abs 1 StGB schützt minderjährige Personen vor geschlechtlichen Handlungen, die im Rahmen eines Autoritätsverhältnisses geschehen. Das Opfer ist das leibliche Kind, Wahl-, oder Stiefkind des Täters, es steht unter dessen Obsorge (Abs 1 Z 1) oder der Täter übt im Rahmen der Erziehungs-, Ausbildungs- oder Aufsichtspflicht ein solches Autoritätsverhältnis über die_den Minderjährige_n aus (Abs 1 Z 2). § 212 Abs 2 StGB schützt Minderjährige, die im Rahmen eines berufsmäßigen Betreuungsverhältnisses von Angehörigen eines Gesundheitsberufes, Seelsorgern oder Beschäftigten in Erziehungsanstalten betreut werden oder sich in staatlichem Gewahrsam befinden. Im Rahmen solcher Autoritätsverhältnisse besteht die Gefahr, dass das minderjährige Opfer aufgrund der bestehenden Abhängigkeit nicht sexuell selbstbestimmt handeln kann und der Täter die Abhängigkeitssituation entsprechend ausnützt.⁵³ Bei Autoritätspersonen des Abs 1 Z 1 wird ein solches Ausnützen gesetzlich vermutet.⁵⁴ Im Rahmen des Abs 1 Z 2

46 Jerabek WK-StGB § 74 Rz 43.

47 Bertel/Schwaighofer BT II¹⁰ § 207b Rz 5; Hinterhofer SbgK § 207b Rz 33; Hinterhofer/Rosbaud BT II⁵ § 207b Rz 14. Leider beinhaltet auch die RL 2011/93/EU zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie diesen weiten Begriff der Entgeltlichkeit (Art 2 d).

48 Parlamentarische Anfrage 8419/J 24. GP.

49 Anfragebeantwortungen in 8419/J 24. GP 2.

50 Anfragebeantwortung 8333/AB 24. GP.

51 JUS AMANDI 02/2012, 4.

52 JUS AMANDI 02/2012, 4.

53 Hinterhofer SbgK § 212 Rz 6; Hinterhofer/Rosbaud BT II⁵ § 212 Rz 1, 11; Kienapfel/Schmoller BT III §§ 212-213 Rz 1; Philipp WK-StGB § 212 Rz 1.

54 EBRV zum StRÄG 2004, 294 BlgNR 22. GP 24; Bertel/Schwaighofer BT II¹⁰ § 212 Rz 1; Hinterhofer SbgK § 212 Rz 48; Kienapfel/Schmoller StudB BT III² zu §§ 212–213; Philipp WK-StGB § 212 Rz 9.

besteht ein gewisser Spielraum. Handelt es sich um eine_n mündige_n Sexualpartner_in und ging von ihm_ihr die Initiative aus oder wird die geschlechtliche Handlung von der Autoritätsperson nur passiv geduldet, ist das kein Ausnützen. Auch wenn die sexuelle Beziehung schon vor Eintreten dieses Zustandes begonnen hat oder sie auf echter Zuneigung beruht und längerfristig angelegt ist, wird der_die Sexualpartner_in nicht ausgenützt.⁵⁵

3.5. Volljährige Personen

3.5.1. Selbstbestimmungsunfähige Personen

Neben unmündigen Personen werden auch Personen, bei denen angenommen wird, dass sie aufgrund bestimmter Umstände wehrlos⁵⁶ sind oder an einer psychischen Beeinträchtigung⁵⁷ leiden und daher nicht in der Lage sind, die Bedeutung des Sexualkontaktes einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (§ 205 StGB), geschützt. Nützt der Täter diesen Zustand für die Vornahme der geschlechtlichen Handlung aus, ist er strafbar.

Im Gegensatz zu den unmündigen Opfern ist in diesen Fällen von einer relativen sexuellen Selbstbestimmungsunfähigkeit auszugehen. Eine psychische Beeinträchtigung iSd § 11 StGB darf nicht automatisch dazu führen, dass diesen Personen Sexualkontakte verwehrt werden. Es kommt immer auf den Einzelfall an. Solange die betroffene Person zeitlich und örtlich orientiert ist, kann sie auch die geschlechtliche Handlung einschätzen.⁵⁸ Wie oben liegt kein Ausnützen vor, wenn sich der_die nicht beeinträchtigte Sexualpartner_in nur passiv verhält bzw die Initiative nicht von ihm_ihr ausging oder die sexuelle Beziehung schon vor Eintreten dieses Zustandes begonnen hat bzw auf Zuneigung beruht und auf längere Zeit angelegt ist.⁵⁹

3.5.2. Ausnützen eines Autoritätsverhältnisses

Von § 212 Abs 2 StGB werden – ebenso wie Minderjährige – auch volljährige Personen, die aus verschiedensten Gründen unter Betreuung stehen, vor geschlechtlichen Handlungen im Rahmen dieses Betreuungsverhältnisses geschützt.⁶⁰ Aufgrund der Abhängig-

55 *Hinterhofer* SbgK § 212 Rz 46 f; *Hinterhofer/Rosbaud* BT II⁵ § 212 Rz 12; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT III² zu §§ 212–213; *Philipp* WK-StGB § 212 Rz 10.

56 Dh nicht in der Lage ist, aussichtsreichen Widerstand zu leisten: zB Fesselung, körperliche Gebrechen, Bewusstlosigkeit oder Vollrausch; EBRV zum StRÄG 2004, 294 BlgNR 22. GP 19; *Bertel/Schwaighofer* BT II¹⁰ § 205 Rz 2; *Hinterhofer* SbgK § 205 Rz 23; *Philipp* WK-StGB § 205 Rz 7.

57 Dabei handelt es sich um die in § 11 StGB normierten psychischen Störungen.

58 *Bertel/Schwaighofer* BT II¹⁰ § 205 Rz 3; *Hinterhofer* SbgK § 205 Rz 28; *Philipp* WK-StGB § 205 Rz 9.

59 EBRV zum StRÄG 2004, 294 BlgNR 22. GP 19; *Bertel/Schwaighofer* BT II¹⁰ § 205 Rz 3; *Hinterhofer* SbgK § 205 Rz 42 f; *Hinterhofer/Rosbaud* BT II⁵ § 205 Rz 15 f; *Kienapfel/Schmoller* StudB BT III² § 205.

60 Insbesondere medizinisch, therapeutisch, pflegerisch und seelsorgerisch betreute Personen bzw Personen im staatlichen Gewahrsam.

keit ist von einer Drucksituation auszugehen, in der die betroffene Person nicht frei über die erwünschten Sexualkontakte entscheiden kann, auch wenn der Täter keine Gewalt oder Drohung anwendet.⁶¹ Um die sexuelle Selbstbestimmung dieser Personen nicht grundlos zu beschränken, muss auch hier im Einzelfall geprüft werden, ob es zu einem „Ausnützen“ durch den Sexualpartner gekommen ist.⁶²

3.5.3. In gerader Linie verwandte Personen und Geschwister

Ein weiteres Delikt, das einvernehmliche Sexualkontakte reglementiert, ist die Blutschande (§ 211 StGB). Straftatbestand ist der Beischlaf zwischen einem (Groß-)Elternteil und einem leiblichen Kind (Enkel_in; Abs 1 und Abs 2 StGB)⁶³ und der Beischlaf zwischen leiblichen Geschwistern (Abs 3). Straftatbestand sind beide Sexualpartner_innen, außer es wird eine Person unter 19 Jahren zum Beischlaf verführt (Abs 4).⁶⁴

Welches Rechtsgut mit diesem Delikt geschützt werden soll, ist unklar. Aus historischer Sicht diente diese Bestimmung dem Schutz jüngerer Familienmitglieder vor sexuellem Missbrauch im Rahmen des familiären Abhängigkeitsverhältnisses und damit dem Schutz der sexuellen Integrität.⁶⁵ Dieser Bereich wird heute durch §§ 206 f und 212 StGB abgedeckt.⁶⁶ Wird dieser Aspekt ausgeblendet, dann scheidet die sexuelle Integrität als geschütztes Rechtsgut aus.

Weiters werden von den EBRV als geschützte Rechtsgüter die Gesundheit der Nachkommenschaft und der Bestand der Familie genannt.⁶⁷ Beide Rechtsgüter begründen die Einordnung dieses Deliktes bei den Sexualdelikten nicht und sind auch sonst sehr kritisch zu betrachten. Stünde die Gesundheit der Nachkommenschaft im Vordergrund, müsste die Einordnung bei den Körperverletzungsdelikten erfolgen, und es müssten alle Sexualkontakte, die eine solche Gefahr in sich trügen, verboten werden. Im Übrigen könnte dieses Ziel auch mit Verhütungsvorschriften erreicht werden.⁶⁸

61 *Hinterhofer* SbgK § 212 Rz 6.

62 Siehe Pkt 3.4.2.

63 Abs 1 bestraft den Vollzug des Beischlafs (bis zu einem Jahr FS); Abs 2, der einen Strafraum bis drei Jahre vorsieht, sanktioniert die „Verführung“ einer in absteigender Linie verwandten Person. Unter Verführung ist zB Bitten, Fordern oder Versprechen zu verstehen, aber auch der Beginn sexueller Handlungen, die zum Beischlaf führen. Es wird dadurch eine zu Beginn nicht vorhandene Zustimmung des_r Verführten erreicht: *Hinterhofer* SbgK § 211 Rz 26; *Hinterhofer/Rosbaud* BT II⁵ § 211 Rz 3; *Kienapfel/Schmoller* BT III § 211 Rz 16; *Philipp* WK-StGB § 211 Rz 6.

64 In diesem Fall bleibt der_die verführte Sexualpartner_in straflos. Zur „Verführung“ siehe Fn 63.

65 EBRV zum StGB, 30. BlgNR 13. GP 354. Dieser Hintergrund zeigt sich auch daran, dass der Beischlaf unter Geschwistern nur mit sechs Monaten FS bedroht ist (Abs 3). Ein ausführlicher historischer Rückblick findet sich bei *Abel*, Blut und Schande – Inzest im Strafrecht, *juridikum* 2006/4, 193 ff.

66 *Hinterhofer* SbgK § 211 Rz 1; *Kienapfel/Schmoller* BT III § 211 Rz 8; *Schmoller* JRP 2001, 81 = Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (2001) 71.

67 EBRV zum StGB, 30. BlgNR 13. GP 353.

68 *Hinterhofer* SbgK § 211 Rz 3; *Schmoller*, JRP 2001, 81 = Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (2001) 70; *Kienapfel/Schmoller* BT III § 211 Rz 5.

Auch dem Schutz der Familie ist ein eigener – der neunte – Abschnitt im StGB gewidmet, dem die Blutschande nicht zugeordnet wurde. Zum Schutz eines ungestörten Familienzusammenlebens eignet sich der Tatbestand aber nicht. Dann hätten auch andere innerfamiliäre Sexualkontakte – wie insbesondere zwischen Eltern und ihren Stief- oder Adoptivkindern – in den Tatbestand aufgenommen werden müssen.⁶⁹ Im Übrigen gäbe es in diesem Fall keinen Grund, nur den Beischlaf zu sanktionieren und dem Beischlaf gleichzusetzende qualifizierende Handlungen auszusparen.⁷⁰

In der Praxis wird der Tatbestand kaum angewendet und ist selten strafsatzbestimmend.⁷¹ Es wird allerdings angenommen, dass die Dunkelziffer in diesem Bereich hoch ist.⁷² Das ist damit zu erklären, dass solche Beziehungen aufgrund der Stigmatisierung und der Strafbarkeit grundsätzlich im Geheimen geführt werden und eine Anzeige nur bei Kombination mit einem Missbrauchsdelikt zu erwarten ist, dessen Strafrahmen höher oder zumindest gleich hoch ist. Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass das Ausnützen von Abhängigkeitsverhältnissen durch andere strafrechtliche Normen abgedeckt wird und der Unklarheit, welche sonstigen Rechtsgüter durch dieses Delikt geschützt werden, erscheint es nicht (mehr) notwendig in den höchstpersönlichen Lebensbereich erwachsener Personen mittels dieser strafrechtlichen Norm einzugreifen.⁷³

4. Beschränkung von Sexualpraktiken durch das Strafrecht

4.1. Verbot ungeschützter Sexualkontakte

Nach §§ 178, 179 StGB macht sich strafbar, wer vorsätzlich oder fahrlässig Menschen durch übertragbare Krankheiten gefährdet. Leidet eine am Sexualkontakt beteiligte Person an einer ihrer Art nach beschränkt anzeige- oder meldepflichtigen Krankheit, die durch Sexualkontakte übertragen werden kann⁷⁴, müssen Schutzvorschriften eingehalten werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der/die Partner_in tatsächlich konkret

69 Hinterhofer SbgK § 211 Rz 4; Kienapfel/Schmoller BT III § 211 Rz 6; Schmoller, JRP 2001, 81 = Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (2001) 71.

70 Unerfreulicher Weise besteht aufgrund der herrschenden politischen Stimmung in Österreich die Gefahr, dass die hier angeführten Gegenargumente auch für die Forderung der Ausweitung des Tatbestandes herangezogen werden. Davon distanziert sich die Autorin. S auch Abel, juridikum 2006, 198.

71 Philipp WK-StGB § 211 Rz 3.

72 Hinterhofer SbgK § 211 Rz 13; Philipp WK-StGB § 211 Rz 3.

73 Hinterhofer SbgK § 211 Rz 14; Schmoller, JRP 2001, 81 f = Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (2001) 70 ff; Kienapfel/Schmoller BT III § 211 Rz 10; Schick WK-StGB (31. Lfg) § 211 Rz 3; aM aufgrund der Kombination der medizinischen Risiken und der Gefahr potenzieller Übergriffe im Rahmen des Familienverbandes: Philipp WK-StGB § 211 Rz 3; ebenso Schwaighofer/Hoinkes-Willingseder, Familie und Strafrecht in Harrer/Zitta (Hrsg), Familie und Recht (1992) 139, die davon ausgehen dass die Blutschande den Bestand der Familie gefährden und solche Beziehungen schuldlos Beteiligte in schwere Konflikte stürzen können.

74 Dazu zählen insbesondere: AIDS und die (noch nicht meldepflichtige) HIV-Infektion: AIDS-Gesetz 1993 BGBl 1993/728 idGF; Hepatitis A, B, C: EpidemieG 1950 BGBl 1950/186 idGF und VO des BM Gesundheit betreffend anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2009 BGBl II 2009/359 idGF; Tripper, Syphilis, Weicher Schanker, Lymphogranuloma inguinale: GeschlechtskrankheitenG BGBl 1945/152 idGF.

gefährdet oder infiziert wird, sondern es ist jede Handlung ausreichend, die typischerweise geeignet ist, die Infizierung und daher die Gefahr der Verbreitung einer solchen Krankheit herbeizuführen.⁷⁵

In der strafrechtlichen Praxis spielen vor allem Sexualkontakte mit einem_einer HIV-Infizierten eine Rolle. Werden die allgemein anerkannten „safer-sex“ Regeln eingehalten, dann ist der Tatbestand nicht erfüllt.⁷⁶ Verboten ist der ungeschützte vaginal- oder Analverkehr. Auch ungeschützter Oralverkehr, der an dem_der HIV-Infizierten vorgenommen wird, muss nach diesen Regeln vermieden werden.⁷⁷

Ob ein durchgeführter Sexualkontakt typischer Weise zur Übertragung geeignet war, muss immer anhand der neuesten medizinischen Standards geprüft werden. So ist heute davon auszugehen, dass kein sozial inadäquates Ansteckungsrisiko mehr besteht, wenn sich der_die infizierte Partner_in einer wirksamen antiretroviralen Therapie unterzieht.⁷⁸ Infizierte Personen müssen sich gegenseitig nicht schützen, sie müssen sich aber über den positiven HIV-Status der anderen Person sicher sein.⁷⁹ Ist deren Status wider Erwarten doch negativ, kommt Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung in Betracht.⁸⁰

4.2. Sadomasochistische Praktiken

Von sadomasochistischen Praktiken können die Rechtsgüter der sexuellen Selbstbestimmung und der körperlichen Unversehrtheit betroffen sein. Willigt der_die Sexualpartner_in in die Anwendung von Gewalt oder die Freiheitsentziehung im Zusammenhang mit einer geschlechtlichen Handlung ein, wird kein Sexualdelikt verwirklicht.⁸¹ Gleiches gilt für § 205 StGB, wenn zum Zwecke geschlechtliche Handlungen durchzuführen die Widerstandsunfähigkeit des_der Partner_in herbeigeführt wird oder sich diese_r in einem solchen Zustand zur Duldung solcher Handlungen entscheidet. Die Einwilligung wirkt tatbestandausschließend.⁸² Voraussetzung ist eine unmissverständliche Einwilligung, die sowohl die sadomasochistischen Mittel als auch die in diesem Rahmen durch-

75 Bertel/Schwaighofer BT II¹⁰ §§ 178, 179 Rz 1; Flora SbgK § 178 Rz 14; Hinterhofer, AIDS, HIV und Strafrecht, JRP 2002, 102, 108; Hinterhofer/Rosbaud BT II⁵ §§ 178, 179 Rz 3; Kienapfel/Schmoller StudB BT III² §§ 178–179 Rz 2.

76 Bertel/Schwaighofer BT II¹⁰ §§ 178, 179 Rz 1; Flora SbgK § 178 Rz 17; Kienapfel/Schmoller BT III² §§ 178–179 Rz 9; trotz Restrisiko die soziale Inadäquanz verneinend Hinterhofer JRP 2002, 104; Hinterhofer/Rosbaud BT II⁵ §§ 178, 179 Rz 5.

77 Flora SbgK § 178 Rz 22 f; Hinterhofer JRP 2002, 103. Ungeschützter Oralverkehr ohne Ejakulation wird von der Rechtsprechung laut Medienberichten nicht mehr als übertragungsgeeignet angesehen: <http://derstandard.at/1355459879510/Safer-Sex-Regeln-eingehalten-Freispruch-fuer-HIV-Positiven-in-Wien>.

78 Kienapfel/Schmoller BT StudB III² §§ 178–179 Rz 9 mwN.

79 Flora SbgK § 178 Rz 29; Hinterhofer JRP 2002, 107; vgl auch OLG Graz 16.2.2012, 8 Bs 40/12m nv. Bei heterosexuellem, ungeschütztem Geschlechtsverkehr besteht aber die Gefahr HIV-infizierter Nachkommen: Hinterhofer/Rosbaud BT II⁵ §§ 178, 179 Rz 5.

80 Flora SbgK § 178 Rz 29; Kienapfel/Schmoller StudB BT III² §§ 178–179 Rz 8.

81 Hinterhofer SbgK § 201 Rz 42; Kienapfel/Schmoller StudB BT III² §§ 201–202 Rz 16.

82 Hinterhofer SbgK § 205 Rz 42.

geführte geschlechtliche Handlung umfasst. Eine solche liegt nicht vor, wenn die Entscheidung aufgrund der Anwendung der sadomasochistischen Mittel gar nicht mehr frei getroffen werden kann.⁸³

Das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit ist hingegen nur beschränkt disponibel. Nach § 90 Abs 1 StGB darf die Verletzung oder Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit nicht den guten Sitten widersprechen. Bei leichten Verletzungen ist generell davon auszugehen, dass diese nicht sittenwidrig sind.⁸⁴ Das gilt auch für an sich leichte Verletzungen im Rahmen sadomasochistischer Praktiken, wie Striemen nach Fesselung und Auspeitschung.⁸⁵ Eine Einwilligung in sadomasochistische Handlungen, die eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs 1 StGB) vorhersehen lassen, wird hingegen nicht als sittengemäß angesehen und ist daher nicht zulässig.⁸⁶

5. Schluss

Aufgabe eines modernen Sexualstrafrechts ist der Schutz der sexuellen Integrität eines Menschen und die damit verbundene sexuelle Selbstbestimmung. Unter diesem Aspekt verbietet das Strafrecht auch einvernehmliche Sexualkontakte, wenn angenommen werden muss, dass Personen – insbesondere aufgrund ihres Alters, ihres geistigen Zustandes oder aufgrund bestimmter Lebensumstände – nicht in der Lage sind, sexuell selbstbestimmt zu handeln. Die Sexualkontakte werden in diesen Fällen letztendlich aufgrund der Annahme verboten, dass sie gar nicht freiwillig erfolgen.

Die obigen Ausführungen zeigen, dass es in manchen Fällen sehr schwierig abzuwägen ist, ob ein solcher Schutz wirklich nötig ist oder ob Sexualpartner_innen ohne schutzwürdigen Grund ihr Recht auf ein freies Sexualleben verweigert wird. Sind es bei Sexualkontakten von Kindern und Jugendlichen untereinander die Alterstoleranzgrenzen (§§ 206 Abs 4, 207 Abs 4 StGB), die den Strafrechtseingriff angemessen gestalten sollen, muss in anderen Bereichen (§§ 205, 207b, 212 StGB) dem Einzelfall genaue Aufmerksamkeit geschenkt werden. Die Ausführungen zu § 211 StGB zeigen, dass sich gar kein schutzwürdiges Rechtsgut (mehr) finden lässt, das die Strafbarkeit der freiwilligen Sexualkontakte rechtfertigen würde.

ao. Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Margarethe Flora lehrt am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Universität Innsbruck; margarethe.flora@uibk.ac.at.

83 Hinterhofer, Die Einwilligung im Strafrecht 25; ders SbgK § 205 Rz 42; Leukauff/Steininger StGB3 § 205 Rz 8.

84 Bertel/Schwaighofer BT I¹² § 90 Rz 4; Burgstaller/Schütz WK-StGB § 90 Rz 81; Kienapfel/Schroll BT I³ § 90 Rz 55.

85 OGH 29.6.1989, 12 Os 17/89 = Jus-Extra 1989/56/190; Burgstaller/Schütz WK-StGB § 90 Rz 82 mit ausführlicher Darstellung der früheren gegenteiligen Rsp.

86 Burgstaller/Schütz WK-StGB § 90 Rz 82; so auch OGH 23.1.2007, 11 Os 134/06z = ÖJZ-LS 2007/33. Der OGH setzt sich in diesem Fall, bei dem es offensichtlich um die Misshandlung einer Sexarbeiterin ging, nicht weiter mit der Frage auseinander, ob wirklich im Einvernehmen zugefügte schwere Verletzungen aufgrund eines eingetretenen gesellschaftlichen Wertewandels nicht auch als sittengemäß beurteilt werden könnten.

Körper der Utopie: Feministin, Nicht-Frau, Cyborg, Mestíza

Hanna Hacker

1. Utopien, durch Verkörperung konkret?

Mein Beitrag beschäftigt sich mit feministischen Entwürfen eines utopischen Selbst, wie sie vor allem in der „Neuen Frauenbewegung“ und im Übergang zwischen *second* und *third wave feminism*¹ als viel diskutierte, auch kontrovers rezipierte Identifikationsfiguren ausgearbeitet wurden. Ich thematisiere insbesondere das lesbische Subjekt als „Nicht-Frau“, wie Monique Wittig sie definierte; die feministische „Cyborg“, für deren Begriffsprägung Donna Haraway einsteht; die „Mestíza“ als Handlungs- und Hoffnungsträgerin des *Third world feminism*, poetisch repräsentiert zuerst bei Gloria Anzaldúa – und „die Feministin“ gleichsam als die Akteur_innen-Position, von der aus utopische Subjektentwürfe gestaltet und weitergeschrieben werden. Dass sie allesamt Krisenphänomene repräsentieren, Protest, politische und poetische Neudeutungen der Verortbarkeit von Weiblichkeit/en im Geschlechterverhältnis und feministische Politiken zur Attackierung und Überschreitung von Grenzen: Dies nehme ich vorweg, wurde ihr Potenzial für politische Subjektwerdung seitens feministischer Theoretiker_innen und Kritiker_innen doch schon vielfältig ausgelotet. Teresa de Lauretis preist einige dieser Entwürfe als „eccentric subjects“, die prototypisch für feministisches historisches Bewusstsein stünden.² Paula-Irene Villa wiederum betont (am Beispiel der Figur der „Nomadin“) die Differenz zwischen identifikatorischen Metaphern im Feminismus einerseits und ihrer konkreten Nutzbarkeit als „Identität“ andererseits.³

Gerade angesichts des *body turn*, der zunehmenden Zentrierung sozial- und kulturwissenschaftlicher Aufmerksamkeit auf den Körper, hat mich erstaunt, wie wenig noch die Frage nach feministischen Körperpraktiken und Körperutopien mit den „berühmten“ Entwürfen der Nicht-Frau, der Cyborg und der Mestíza in Verbindung gebracht wurde.

1 Unter *second wave feminism* verstehe ich die Neue Frauenbewegung in westlichen Industrieländern insbesondere in den 1960er, 1970er und frühen 1980er Jahren; die *third wave* umfasste strukturelle Umbrüche ab etwa der Mitte der 1980er Jahre.

2 de Lauretis, Teresa (1990), *Eccentric Subjects: Feminist Theory and Historical Consciousness*, in: *Feminist Studies*, 16, 1, 115–150.

3 Villa, Paula-Irene (2006), *Fremd sein – schlau sein? Soziologische Überlegungen zur Nomadin*, in: Hitzler, Ronald/ Gebhardt, Winfried (Hg), *Nomaden, Vagabunden oder Flaneure? Wissensformen und Denkstile der Gegenwart*, Wiesbaden, 37–50.

Dieser Frage gehe ich im Folgenden nach. In welcher Weise sind „Verkörperungen“, Formen des *embodiment*, utopischen feministischen Selbstentwürfen eingeschrieben? Welche „realen“ Praktiken verbanden sich historisch mit den zu Teilen „fiktionalen“ Entwürfen? Was bedeutet es für Formationen und Figurationen von Körpern, dass sie exemplarisch zwischen hierarchisch angeordneten sozialen Kategorien und Räumen agieren, in Grensräumen, in den Bruchstellen oder hinter den Spiegeln der Dichotomien Mann/Frau, Mensch/Maschine, Zentrum/Peripherie?

2. „Die Feministin“, Ich und Wir: Körper werden, Körper sein

Der feministische Körper ist in den Anfängen der *second wave* ebenso sehr der Körper eines „Wir“ wie der eines „Ich“, das sich erst erfindet. Auch wenn sexuelle Selbsterfahrung nicht eigentlich am Anfang stand, so trifft doch zu, dass das Themenfeld Körperpolitik(en) und Sexualität(en) in westlichen Frauenbewegungen schnell sehr zentrale Position einnahm. In den späten 1960er, in den 1970er Jahren dominierte vielfach ein Feminismus der Selbsterfahrung, des „Aussprechens“ dessen, was als weibliche Erfahrung schlechthin generalisiert wurde, darunter ganz wesentlich Dimensionen sexueller Gewalt und Ausbeutung, die Bestimmung heterosexuellen Geschlechtsverkehrs als potenzielle Vergewaltigung, zugleich die Debatten um Gegenwehr und die „Entwaffnung“ von Vergewaltigern. Feministische Körperpolitik bildete ein Leitmotiv kollektiver politischer Strategien in den Frauenbewegungen. An einem Beginn standen die Bekenntnisse zum „Ich habe abgetrieben“, aber auch die Attacks gegen Schönheitsnormen, gegen Reglementierungen und Zurechtmachungen im „weiblichen“ Styling, in der geschlechtsspezifischen Körpersprache. Kritik am System patriarchaler und imperialistischer Gynäkologie zählte ebenso dazu wie die Polemik gegen den „Mythos vom vaginalen Orgasmus“ und der Gegenentwurf der „klitoralen Frau“. Und nicht zuletzt bedeutete feministische Politik der *second wave* lange Zeit hindurch Destruktion des Ideals monogamer Beziehungsformen und Protest gegen das System der Zwangsheterosexualität.⁴ In der projektionsreichen Gestalt derjenigen, die die Avantgarde verkörperte und mit ihrer sexuellen zugleich eine politische Wahl trifft – die die Wut aller Frauen am Punkt ihrer Explosion verkörpern sollte, wie es die New Yorker Gruppe *Radicalesbians* formulierte⁵ – war die feministische Lesbe ein Produkt der Neuen Frauenbewegung. „Unser Körper“ war „unser Leben“, „unser Selbst“, wie ein internationaler Sammelband sloganförmig titelte;⁶ dieses Selbst wollte sich durch den Schmerz in die

4 Als eine österreichische feministisch-historische Aufarbeitung hiezu siehe Geiger, Brigitte/Hacker, Hanna (1987), Donauwalzer Damenwahl. Frauenbewegte Zusammenhänge in Österreich, Wien.

5 Vgl. *Radicalesbians* (1975 [1970]), Frauen die sich mit Frauen identifizieren, in: *Lesbisches Aktionszentrum* (Hg), Frauenliebe. Texte aus der amerikanischen Lesbierinnenbewegung, Berlin, 13–18.

6 *Boston Women's Health Book Collective* (1978), *Our Bodies Ourselves*. Harmondsworth; deutsch: *Unser Körper Unser Leben*, Reinbek bei Hamburg, 1. Bd. erstm 1980.

Freiheit kämpfen und büßte seine neu gewonnene Ganzheit doch immer wieder in Konstellationen des Widerspruchs ein.

Das Terrain sexueller Produktionen und generell körperpolitischer Strategien wurde und blieb eines der kontroversesten Felder innerhalb westlicher Feminismen. Bekannte Konfliktlinien verliefen etwa zwischen einem „Kampf gegen Pornografie“ und befürworteten „Interventionen für weibliche/lesbische Schaulust“, zwischen „Abschaffung von Prostitution“ und „Maßnahmen für bessere Arbeitsbedingungen für Sexarbeiter_innen“, „Fort mit der ‚Pro-Sex‘-Fraktion“ versus „Her mit lesbischem BDSM“...⁷ Im Verhältnis von „westlichen“ oder „nördlichen“ zu Frauenbewegungen „des Südens“ stellte und stellt Sexualitäts- bzw Körperpolitik ebenso ein zentrales Feld von Konfrontationen, Auseinandersetzungen und komplexen Aushandlungen dar. Auch auf dem Terrain des Sexuellen und seiner Transgressionen gehören die Selbstpositionierung von Vertreterinnen eines *Third world feminism*, die Attacken gegen weißen westlichen Dominanzfeminismus und das Beharren auf Thematisierungen globaler Zusammenhänge ganz unmittelbar in eine Geschichte der Neuen Frauenbewegungen und der Körper ihrer Akteurinnen. Im Jargon von UNO-Konferenzen und weltweiten Frauen-Aktionsplattformen, wie sie für die Begegnungen zwischen Frauenbewegungen des geopolitischen Zentrums und solchen der Peripherie bestimmend waren, setzte sich die Festlegung auf den Wortgebrauch „*reproductive rights*“ durch. Die Rede von *reproductive rights* meint (und verbirgt zugleich) Körperpolitik, Sexualität, autonome Begehrensweisen – und Differenzen in globalem Maßstab. Wie steht es mit der Lust derer, die hungern oder illiterat sind? Universalisieren feministische Sprecherinnen ihre Körpererfahrung dahingehend, dass sie implizit Wohlstand als Bedingung transgressiver, beispielsweise queerer Selbstentwürfe sehen?⁸

3. „Nicht-Frau“: der lesbische Körper, ein Exzess

Auch wenn zutrifft, dass Normalisierungsstrategien wie insbesondere die Ausblendung anderer denn weißer, westlicher (und bürgerlicher) Formen von Erfahrung und Widerstand ihre Kehrseite bildeten:⁹ Es waren grundlegende Überschreitungen und Aneignungen, die die politische Praxis der Neuen Frauenbewegungen prägten; realisiert wurde

7 BDSM: Bondage & Discipline, Dominance & Submission, Sadism & Masochism. Aus der Vielzahl der (vor allem USA-bezogenen) Stellungnahmen und Analysen vgl zB den „klassischen“ Aufsatz von Gayle Rubin; Rubin, Gayle (1992² [1984]), Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality, in: Vance, Carol, Pleasure and Danger. Exploring Female Sexuality. London, 267–319; und Duggan, Lisa/Hunter, Nan. D. (1995), Sex Wars. Sexual Dissent and Political Culture, New York.

8 Vgl dazu zB Hacker, Hanna (2013, Who needs [gender] when they can have [sex]? Für eine Kritik der ‚sexy‘ Strategien im Entwicklungskontext, in: JEP. Journal für Entwicklungspolitik, 29, 1, 8–16.

9 Dies wurde nicht nur von *Third world feminists* in den USA thematisiert, sondern beispielsweise auch in den Debatten zu Rassismus in der Frauenbewegung im deutschsprachigen Raum; als frühe Veröffentlichungen hiezu vgl zB die Beiträge im Schwerpunktheft *Geteilter Feminismus. Rassismus, Antisemitismus, Fremdenhass* der Zeitschrift *beiträge zur feministischen theorie und praxis*, 27 (1990).

ein enormer Tabubruch. Dabei verband sich *enactment* transgressiver Körperpraktiken, also ihr aktives Zur-Darstellung-Bringen, eng mit ihrer Theoretisierung oder Fiktionalisierung. In besonderer Weise radikal (und bis heute offen für differente Deutungen) erscheinen die literarischen und agitatorischen Texte von Monique Wittig. Sie schöpfte neue sprachliche Subjektpositionen, indem sie argumentierte, dass der symbolische Ort von „Lesben“ außerhalb des Herrschaftsverhältnisses zwischen Männern und Frauen stehe, ein „anderer“ Ort sei, eine Negation von Abhängigkeiten, ein „Nicht-Ort“ zugleich. Sie fasste dies in ihr gedoppeltes Diktum „lesbians are not women“¹⁰ und „the designated subject (lesbian) is *not* a woman“.¹¹

Meiner Lesart nach ist dieses Konzept der „Nicht-Frau“ als Subjekt-Ort mit Wittigs etwas älterem Text *Le corps lesbien* (1973) zusammenzuführen. *Le corps lesbien* fiktionalisiert ebenso machtvolle wie gefährdete (so nicht benannte, und doch: lesbische) Subjekte, die am utopischen und zugleich geschichtsträchtigen Insel-Ort weibliche/nicht-weibliche/lesbische Körper erforschen und dabei an keinen Schmerz- oder Schamgrenzen innehalten. Wittig führte hierin das durchkreuzte *i/e* ein, das kursiv gesetzte *I*, das durchgestrichene weibliche *I/ch*, das nur gewaltsam in eine Sprache eintreten kann, in der seine Präsenz nicht vorgesehen war. Mit diesem Eintritt erweist sich das weibliche oder doch nicht-weibliche Ich als so exzessiv, dass es imstande ist, „to attack the order of heterosexuality in texts and assault the so-called love, the heroes of love, and lesbianize them“. Im Sinn einer Aufsprengung des „Minderheiten“-Status kann dieses *I/ch* bei diesem Versuch „be destroyed“ und „resuscitated“.¹² Sprachliche, physische und soziale Utopie verschränken sich eng. *Le corps lesbien* ist eine unnachahmlich kühne Einlassung auf Körper, Körperteile, ihre Verschlingungen, Zerstörungen, auf die Gewalt (zwischen Frauenkörpern) in ihrer zärtlichen Erkundung, auf ein stetes Vernichten und Wiederaufleben.

„*I/ch* entdecke, daß deine Haut sich zart Schicht für Schicht ablösen läßt, *i/ch* ziehe, sie hebt sich ab, sie rollt über deinen Knien auf, angefangen von den Schamlippen ziehe *i/ch*, sie gleitet den Bauch entlang, fein, extrem durchsichtig, von den Hüften an ziehe *i/ch*, die Haut enthüllt die runden Muskeln und die Trapezmuskeln des Rückens, sie hebt sich ab bis zum Nacken, *i/ch* gelange unter deine Haare, *m/eine* Finger durchqueren deren Fülle, *i/ch* berühre deinen Schädel, *i/ch* halte ihn mit allen *m/einen* Fingern, *i/ch* drücke ihn, *i/ch* treffe auf die Haut der gesamten Schädelkapsel, *i/ch* reiße gewaltsam die Haut unter den Haaren weg, *i/ch* entdecke die Schönheit des leuchtenden Knochens (...) jetzt halte *i/ch* dich ganz und gar, stumm, unbeweglich, alle Schreie in deiner

10 Wittig, Monique (1992 [1980]), *The Straight Mind*, in: *dies: The Straight Mind and Other Essays*, New York etc, 21–32 (32).

11 Wittig, Monique (1992 [1981]), *One Is Not Born A Woman*, in: *dies: Straight Mind*, 9–20 (20). Der Text erschien zuerst 1990 unter dem Titel *On ne naît pas femme* in der Zeitschrift *Questions féministes*. Die in Frankreich aufgewachsene und zunächst dort aktive Autorin lebte seit Ende der 1970er in den USA und schrieb dann zumeist in englischer Sprache.

12 Wittig, Monique (1992 [1985]), *The Mark of Gender*, in: *dies: Straight Mind*, 76–89 (87).

Kehle erstickt, deine letzten Gedanken hinter deinen Augen in m/einen Händen gehalten, der Tag ist nicht reiner als die Tiefe m/eines Herzens, m/eine so sehr Geliebte.“¹³ Erst lang nach diesem Text wurde „queer“ die Bezeichnung für ein Aufsprengen des Zusammenhanges von Körper, Geschlecht, Begehren und Identifikation und „trans“ hierfür eine tragende Figur.¹⁴ Theoretische Arbeit am Körper, das bedeutet seit dem *body turn* in den Sozialwissenschaften Orientierung an Foucault, an Deleuze, an Konstruktivismus und Poststrukturalismus oder an phänomenologischen Konzepten zum „Leib“ als gefühltem Körper.¹⁵ Wenn nun aber Körper und Leib ohnedies (nur) je situativ empfunden oder inszeniert werden können, welcher Status bleibt dann der Idee vom Transgressiven, vom geschlechtlich und körperlich Grenzüberschreitenden? Was wurde aus der Radikalität der feministischen Körper-Utopien?

4. „Die feministische Cyborg“: der transgressive Körper als Interface

Wie Wittigs folgenreich durch(ge)kreuzter weiblicher Körper kommt sie aus einem materialistischen Feminismusverständnis; sie erscheint prominenter, vielleicht „anschlussfähiger“ für politische Praxen der Jahrtausendwende und ihrer neueren Strategien, einen transgressiven Entwurf alternativer Femininität „einzukörpern“: Die feministische Cyborg nach Donna J. Haraway (erstmal 1985) steht für die potenzielle Auflösung von Grenzen zwischen Organischem und Technischem, Mensch und Maschine, Natur und Artefakt. Somit repräsentiert sie einen fundamentalen Paradigmenwechsel in der Bedeutungszurechnung an Medien/Technik-Konstellationen in gesamtgesellschaftlicher Perspektive und innerhalb feministischer Diskurse. „Cyborgs“ waren in den späten 1980er, den frühen 1990er Jahren Wesen eines vielfältigen Übergangs, mit Haraway zudem und ganz besonders auch politisch bewusst, rebellisch, *in command*, ironisch und ernsthaft wütend, jedenfalls bereit für ein neues Jahrtausend mit neuen Wahrnehmungsweisen des Medialen und des Geschlechtlichen im Medialen. „Cyborgs sind Geschöpfe in einer Post-Gender-Welt“¹⁶, heißt es im *Manifest für Cyborgs*, aber welche

13 Die deutsche Übersetzung von *Le corps lesbien* trug den Titel *aus deinen zehntausend augen sappho*: Wittig, Monique (o. J. [1976]), *aus deinen zehntausend augen sappho*, 6 f.

14 Richtungweisend hier natürlich Butler, Judith (1991), *Das Unbehagen der Geschlechter*, Frankfurt am Main; dies (1995), *Körper von Gewicht. Die diskursiven Grenzen des Geschlechts*, Berlin.

15 In der ganzen Breite ist die Auseinandersetzung mit Körper- und Gendertheorien an dieser Stelle nicht zu leisten. Einen guten Überblick über den Diskussionsstand um 2000 bietet Price, Janet/Shildrick, Margrit (Hg) (1999), *Feminist Theory and the Body. A Reader*, Edinburgh. In diesem Band finden sich viele Autor_innen, Themen und Analyseansätze, auf die ich aus Platzgründen nicht eingehen kann, obwohl sie für meine Fragestellung höchst relevant waren – von Luce Irigaray und Rosi Braidottis Differenztheoreme über Cybersex- und Trans-Theorie-Debatten bis zur Einbettung von Kritiken an Reproduktionstechnologien und Kolonialismusgeschichte in diskursanalytische und phänomenologische Körperverständnisse.

16 Haraway, Donna J. (1995 [1985]), *Ein Manifest für Cyborgs. Feminismus im Streit mit den Technowissenschaften*, in: dies: *Die Neuerfindung der Natur. Primaten, Cyborgs und Frauen*, Frankfurt am Main – New York, 33–72 (33). Die erste Fassung des Originals erschien 1985; Haraway hat bis in die 1990er Jahre immer wieder revidierte Versionen des Textes veröffentlicht.

Bedeutung hat nun ihr Körper? Entzieht er sich, entwirft er sich neu, lust- oder leidvoll? „Körper sind Topographien der Macht und Identität. Cyborgs bilden hier keine Ausnahme. Ein Cyborg-Körper ist nicht unschuldig (...) Ironie ist für sie selbstverständlich. Eins ist zu wenig und Zwei sind nur eine Möglichkeit. Intensive Lust auf Geschicklichkeit, auf automatenhafte, technologisch vermittelte Geschicklichkeit hört auf, eine Sünde zu sein, und verwandelt sich in einen Aspekt der Verkörperung. Die Maschine ist kein *es*, das belebt, beseelt oder beherrscht werden müßte. Die Maschine sind wir, unsere Prozesse, ein Aspekt unserer Verkörperung.“¹⁷

„Körper“ wird also auf dem Weg über eine Bejahung von „Geschicklichkeit“, *skill*, zu einem Teil eines Trieb-Werks mit Widerstandspotenzial; im Eigentlichen selbst eine Schnittstelle.

Auf der Ebene des Körpers und seiner Prozesse hatte „die Cyborg“ ein Naheverhältnis zur Neuen-Medien-Kunst: Hier wurden Körper zu einem Element in der Anordnung von Medien und Technik und begaben sich dabei an Schmerzgrenzen, demonstrierten Verletzbarkeit offensiv und stellten ihre Verformbarkeit in den Vordergrund. Eine historische Schnittstelle wird hier sichtbar: Diese Kunstpraxen konnten auf feministische Arbeiten der 1960er und 1970er Jahre zurückgreifen, beispielsweise auf die Performances von Gina Pane, die ihrem Körper öffentlich Schnitte und Stiche zufügte. Weibliche Selbstdestruktion wird hier ins Demonstrative gewendet; auf einer anderen Ebene des Widerständigen lagen dann die *body-modification*-Projekte der „transmedialen“ Künstlerin Orlan, die in den 1990er Jahren ihre blutigen, eher „entstellenden“ denn „verschönernden“ Gesichtsoperationen als Video wiedergeben ließ.¹⁸

Ein wichtiges Element von Cyberfeminismus bildete die Auseinandersetzung mit Politiken der Verbindung zwischen „realen“ Körpern einerseits und Vernetzungspolitiken im Virtuellen andererseits. Die männlich/chauvinistische Version von Cyberpunk und Hacker-Identifikation kreiste vielfach – wie prototypisch in William Gibsons *Neuromancer*-Trilogie – um das Zurücklassenkönnen von „Fleisch“ als Voraussetzung dafür, dass der männliche Abenteurergeist des „Konsolencowboys“ in den unendlichen Weiten des Cyberspace unterwegs sein, das elektronische Abwehrsystem ICE wie einen jungfräulichen Frauenkörper durchdringen, den Cyberspace erobern und kolonialisieren konnte.¹⁹ Dies war kein Modell für feministische Vernetzungen oder Rhizome, aber wie statt dessen konnten sie Gestalt annehmen? Während Haraway selbst sich im Folgenden noch intensiver mit der techno-medizinischen Machbarkeit von Körpern

17 Haraway, Manifest, 70.

18 Vgl zB Künkler, Karoline (1997), Die Künstlerin als „Schmerzfrau“. Selbstverletzungsaktionen von Gina Pane, in: Hoffmann-Curtius, Kathrin/Wenk, Silke/Christadler, Maike (Hg), Mythen von Autorschaft und Weiblichkeit im 20. Jahrhundert, Marburg, 196–205. Zu Orlan siehe ihre Website: www.orlan.eu (10.4.2014).

19 Gibson, William (2000³), Die Neuromancer-Trilogie, München (Originale: *Neuromancer*, 1984; *Count Zero*, 1986; *Mona Lisa Overdrive*, 1988). Als feministischen Kritikansatz vgl uva Springer, Claudia (1996), *Electronic Eros. Bodies and Desires in the Postindustrial Age*, Austin.

befasste,²⁰ brachte der cyberfeministische Diskurs (unter anderem) eine gleichsam ultra-feminine Version der geschlechtlichen Codierung virtueller Räume hervor; ein viel/leicht ironisches Gegenstück zur maskulinen Penetration der Abwehrsysteme im Cyberspace. So schrieb die Künstlerinnengruppe VNS Matrix in ihrem *Cyberfeminist Manifesto for the 21st Century*“ 1991:

„We are the modern cunt
positive anti reason
unbounded unleashed unforgiving
we see art with our cunt we make art with our cunt
we believe in jouissance madness holiness and poetry
we are the virus of the new world disorder
rupturing the symbolic from within
saboteurs of big daddy mainframe
the clitoris is a direct line to the matrix
VNS MATRIX“²¹

und im *VNS Bitch Mutant Manifesto* fünf Jahre später: „Pretty pretty applets adorn my throat. I am strings of binary. I am pure artifice. Read only my memories. Upload me into your pornographic imagination. Write me (...) SUCK MY CODE.“²²

Es ließe sich diskutieren, inwieweit das provokante Moment in dieser Lesart des vergeschlechtlichten Cyberspace ein Stück weit in eine klassisch weibliche Schreib- und Körper-Attitüde kippte oder inwieweit doch die subversive Ironie überwog.

5. „La Mestíza“: Übertretung als geopolitischer Gedächtnisraum

Nach dem Raum zwischen den Geschlechtern oder jenseits von ihnen („Nicht-Frau“) und nach dem Überschneidungsfeld organischer mit maschinellen, materieller mit virtuellen Prozessen („Cyborg“) geht es nunmehr um einen dritten hierarchisch codierten Grenzraum, den ich mit feministischen und transgressiven Körpern verwoben sehe: den zwischen geopolitischem Zentrum und Peripherie, globalem Norden/globalem Süden, hegemonialer und marginalisierter Position in der Perspektive von (geografischer) *site*. Der bekannteste Entwurf, der als nicht-weißer, nicht-westlicher, dabei die eigene Präsenz offensiv einfordernder, das Selbstverständnis dominanter feministischer Konzepte von Körper und Geschlecht grundlegend in Frage stellt(e), ist Gloria Anzaldúas dem

20 ZB Haraway, Donna J. (1997), *Modest_Witness@Second_Millennium*, New York – London 1997; *dies* (2003), *The Companion Species Manifesto. Dogs, People, and Significant Otherness*, Chicago.

21 VNS MATRIX (1991), *A Cyberfeminist Manifesto for the 21st Century*, zB www.sterneck.net/cyber/vns-matrix/index.php (10.4.2014).

22 VNS MATRIX (1996), *Bitch Mutant Manifesto*, zB www.obn.org/reading_room/manifestos/html/bitch.html (10.4.2014). Als feministischen Kritikansatz vgl uva Lummerding, Susanne (2005), *agency@? Cyber-Diskurse, Subjektstituierung und Handlungsfähigkeit im Feld des Politischen*, Wien – Köln – Weimar, bes 80–87.

Chicana-Feminismus²³ zuzurechnende Figur „Mestíza“, veröffentlicht erstmals 1987. In der globalen Ausbeutungs- und Krisenzone der *borderlands* zwischen den USA und Mexiko hat *la mestíza* einen Ursprung und ein Zuhause, ihre *mestizaje*, den Weg der *mestíza*. Anzaldúas Entwurf eines *mestíza consciousness* bejaht das Dazwischen und affirmiert damit sexuelle Dissidenz als Element einer *border identity*, die zugleich imaginär und materiell ganz real ist. Für die Figur der Mestíza verwischt sich die Unterscheidung zwischen dem konkreten Grenzraum und der metaphorischen Geografie, zwischen Lyrik und Theorie und schließlich zwischen vielfältigen sozialen Differenzen wie denen des geopolitischen Ortes, der Klasse, der *race*, der ethnischen Genealogie, der sexuellen Identifikation.

„As a mestiza I have no country, my homeland cast me out; yet all countries are mine because I am every woman’s sister or potential lover. (As a lesbian I have no race, my own people disclaim me; but I am all races because there is the queer of me in all races.)“²⁴

Leben in den *borderlands* bedeutet, dass der eigene Körper selbst ein Kreuzungspunkt ist und sein Zuhause in der Zerrissenheit findet. Der Stacheldraht der Grenze ist „my home“, und er „zerreißt mich“: *me raja me raja*.²⁵

„This is my home
this thin edge of
barbwire. (...)
To live in the Borderlands means
(...) people walk through you, the wind steals your voice,
you’re ... half and half – both woman and man, neither –
a new gender;
To survive the Borderlands
you must live *sin fronteras*
be a crossroads.“²⁶

Obwohl ein ursächlich feministisch erkennendes „exzentrisches Subjekt“ im gleichnamigen Aufsatz von Teresa de Lauretis (1990), obwohl von Haraways *cyborgism* wohlwollend zitiert und zu Teilen vereinnahmt,²⁷ obwohl vielfach eine Ikone dessen, was man unter Hybridität versteht, beharrt Anzaldúas Mestíza ein Stück weit auf Essen-

23 Chicanos/Chicanas sind mexikanische Immigrant_innen in den USA, die dort eine sehr lange kulturelle Tradition haben.

24 Anzaldúa, Gloria (1999 [1987]), *Borderlands/La Frontera. The New Mestiza*, San Francisco, 102 f.

25 Anzaldúa, *Borderlands*, 24.

26 Anzaldúa, *Borderlands*, 24 f.

27 de Lauretis, *Eccentric Subjects*, 115–150. Kritik an der Vereinnahmung Anzaldúas bei Haraway findet sich ua bei Sandoval, Chela (1995), *New Sciences. Cyborg Feminism and the Methodology of the Oppressed*, in: *Hables Gray, Chris/Mentor, Steven/Figueroa-Sarriera, Heidi J.* (Hg), *The Cyborg Handbook*, New York/London, 407–421; vgl dazu auch Lummerding, agency, 88–94.

zialismen. Auf die Wahrheit der ursprünglichen *raza*, auf Land, das von Chicanas und Chicanos bewahrt und gerettet werden soll, auf einen kulturellen Boden, der als *tierra madre* immer schon in seinem Innersten „Indian“ war und es wieder sein wird.²⁸ Anzaldúas chicana-feministisches „Dazwischen“ ist „a new gender“, „a new race“ und dabei in höchstem Maße erdverbunden, ein Körper, der erst durch seine Erinnerung an (mütterlich konnotierte) Ahn_innenreihen Zukunft hat.

Bedeutsam ist nicht zuletzt, dass der vom Stacheldraht wund gerissene Körper mit aller in ihn eingeschriebenen Kolonialismus- und Imperialismusgeschichte gleichsam die Brücke schlägt zu anderen zentrismuskritischen Geschlechtertheoretiker_innen. Unter den prononciertesten muss hier die nigerianische Kulturanthropologin Oyèrónké Oyèwumí genannt werden, die – für afrikanische Kontexte – darauf beharrt, der individuelle Körper habe vor der europäischen Kolonialisierung keine Relevanz in gesellschaftsstrukturierender Hinsicht besessen. Wo ein Körper mehrere Identitäten umfassen, verschiedene Personen (oder *spirits*) repräsentieren konnte, war er weder im kulturellen Sinn vergeschlechtlicht, noch auch erschien Geschlecht biologisch fundiert. Erst der koloniale Kontakt habe die Gleichsetzung sozialer mit physischen Körpern instituiert und Geschlecht als (vor allem visuelle Wahrnehmungs-)Kategorie etabliert. Eine gewichtige Folgerung aus diesen Thesen lautet, westliche Gendertheorien seien letztlich sämtlich biologistisch, da sie – auch wenn dekonstruktivistisch, auch wenn queer – den individuellen Körper als soziale Einheit von zentralem Belang postulierten, und ihre Debatten seien somit weit partikularer und „lokaler“, als sie wahrhaben wollten.²⁹

6. Resümee: Transgression – Utopie – Feminismen

Die von mir als prototypisch gesetzten utopischen Figuren feministischer Politik machten unterschiedliche Situierungen transgressiver Körper anschaulich: den Körper, der sprachliche Setzungen durchbricht; den Körper als Schnittstelle/*interface*; und den Körper, der gesellschaftliche Gegensätze versöhnt und dabei unversöhnt verwundet bleibt. Die „Nicht-Frau“, die feministische „Cyborg“ und „La Mestíza“ sind Modelle, Entwürfe, Denkmöglichkeiten und zugleich analytische Konzepte, also je eigene Zugangsweisen zu einem Verständnis von Ungleichheiten und ihrer Transformierbarkeit. Alle drei Formationen erheben selbst – soweit wir ihnen solche *agency* zurechnen mögen – den Anspruch, ein utopisches Moment in ihrem Verhältnis zu Geschlechter- und Körper-Grenzen auszudrücken. Alle drei Entwürfe haben Kooptierung durch dominante Diskurse und Politiken erfahren; geschlechtliche Unentscheidbarkeiten sind in Gestalt

²⁸ Anzaldúa, *Borderlands*, 25.

²⁹ Vgl. Oyèwumí, Oyèrónké (1997), *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses*, Minneapolis – London; dazu auch Hacker, Hanna (2009), *Bewegung schreiben ohne Zentrum? Narrative Strategien eurozentrismuskritischer Frauenbewegungsgeschichte/n*, in: *Gebmacher, Johanna/Vittorelli, Natascha* (Hg.), *Wie Frauenbewegung geschrieben wird. Historiographie, Dokumentation, Stellungnahmen, Bibliographien*, Wien, 27–61.

von Travestien oft auch einfach modisch, *borders* in aller Munde, Cyborgs tägliches Spiel am Display. Ein Nachdenken über die Tücken des *embodiment* und *enactment* feministischer Ikonen führt daher zur Frage, ob sie/wir gleichzeitig schick und subversiv sein können; sie mahnen dazu, reale Existenz in der Differenz – „Anders-Sein“ also – nicht nur als Metapher und damit allzu leicht zu nehmen. Und schließlich implizieren sie auch den Zweifel an der ihnen sämtlich innewohnenden Heilsverkündung, am Etikett der „einzig wahren“ Avantgarde und ihrer Verkörperung. Bei den Widersprüchlichkeiten, die sich hier auftun, handelt es sich meines Erachtens um eine Aporie der Praxen. Als ein Ausweg erscheint mir demnach die Öffnung zur Analyse, der Wechsel zur Ebene der Theoriebildung und/oder der feministischen Immer-Wieder-Reflexion der Praxen unter Erprobung und Vertiefung theoretischen, historischen, normativitätskritischen Wissens. Dieser Text versteht sich als ein kleiner Beitrag dazu.

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Hanna Hacker lehrt am Institut für Internationale Entwicklung der Universität Wien;
hanna.hacker@univie.ac.at

Legal protection of deceased: Why to protect and how to protect?

A reflection on law and medicine

Solvita Olsena

1. Introduction

Death is an integral part of human life and a phenomenon attracting significant interest and involvement by individuals and society as a whole. Today death as a process can be controlled in many cases through human intervention and the use of technology. Possibilities of using a deceased person's body and tissue have increased and there is a general interest in society and among individuals to understand the causes of death in order to seek appropriate tools to prolong the human life-span. Therefore death as a phenomenon and the deceased individual in particular could be used to protect life and serve common interests.

The death of an individual is a social phenomenon which creates particular psychological, physiological and legal effects on the people directly or indirectly related to the deceased. Consequently, the protection of a deceased person should be analysed in a broader context considering the legal interests and rights of the deceased, of the living persons affected and the interests of society as a whole.

The poor development of the analysis of the problems of the protection of a deceased person's body and the removal of tissue is not only an issue of national interests, but a common problem within the legal theory of medicine. The comparative analysis of conducted research within European countries including Lithuania, Estonia, UK and the Netherlands shows that issues of the protection and use of a deceased person's body are analysed primarily on case-study basis, hence there is a lack of analytical work in the field. As *Daniel Sperling*, lecturer at the Hebrew University, stated: "It is striking that although death has existed since beginning of life, our understanding of the dead had received such little attention and still suffers from serious lacunas. There may be psychological, biological or cultural explanations for such phenomenon and yet one should wonder why the law has surrendered to it as well. Is there something inherent on the law that does not make it possible to overcome people's fear of death?"¹

1 *Sperling*, Posthumous Interests. Legal and Ethical Perspectives (2008) 5.

The development of medicine in the field of dead human's tissue utilization has been very fast, but legal systems have failed to respond adequately to the on-going practice. It is therefore important to explore the rights of a deceased person, as well as to analyse the different aspects of the use of human tissue and to reveal legal shortcomings. Hence the lawmakers should be enabled to build a regulatory framework protecting human dignity as well as other rights and fundamental freedoms. Therefore I will describe within this paper my point of view on two matters: Why and how to protect deceased legally. This will be discussed in comparative perspective by analysing Latvian and relevant law of other European countries as well as case-law of the Latvian Constitutional Court (LCC), the German Federal Constitutional Court (GFCC) and the European Court of Human Rights (ECHR).

2. Why to protect the deceased: legal rights and interests

2.1. Protection of human dignity post mortem

The importance of the protection of a person's dignity is emphasized in the UN Universal Declaration of Human Rights' Preamble. Art 1 of the EU Charter of Fundamental Rights indicates that "a person's dignity is inviolable. It must be respected and protected."² "The dignity of the human person is not only a fundamental right in itself but constitutes the real basis of fundamental rights."³

The overall aim of the protection of humans with regard to the application of medicine is stated in Art 1 of the Biomedicine Convention:

„Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine."⁴

Regarding the protection of human dignity in the context of various medical manipulations, the unique value of a human being as well as the dangers of human instrumentalization are emphasized. This is also stressed by the GFCC: "The State violates human dignity when it treats persons as mere objects. It is contrary to human dignity to make persons the mere objects in the State or 'of the State'."⁵ The GFCC has clearly explained the need for protection of human dignity after death. In the ruling on the protection of a deceased person's dignity in the so-called *Mefisto case*, the GFCC determined: "It would be incompatible with the commandment of the inviolability of human dignity on which all basic rights are founded as a human person, vested with human dignity by

2 The European Union Charter of Fundamental Rights, OJ, 2007/C 303/01.

3 Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, OJ, 2007/C 303/02.

4 Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Council of Europe (1997).

5 BVerfGE 27, 1, 6 (1969) and BVerfGE 45, 187, 227 (1977) cited in: Klein, Human dignity in German Law, in Kretzmer/Klein (Eds.) The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse (2002) 150.

virtue of his/her personhood, to be belittled or degraded after death, [...]. The obligation to protect the individual against attacks on his/her human dignity, imposed by Art. 1 (1) BL on all state authority, does not end with death.”⁶

The protection of human dignity is established in Art 95 of the Latvian Constitution – Satversme. “From the Constitutional provision, it is clear that the Constitution imposes the obligation on the state and national power to protect human dignity and honour, to take all necessary measures to ensure the dignity and honour and protect those values in case of violation. It should be noted that this article contains a mandatory order to protect.”⁷

On the basis of the common clause of termination of legal capacity, one might assume that a deceased human being is devoid of any rights, and that anyone can treat the deceased as they please. This assertion is incorrect, because it is known that in many countries special laws guarantee the protection of a deceased person’s body, as well as accountability – including criminal liability – for unauthorized actions. For example Art 228 of the Latvian Criminal Code⁸ criminalizes the desecration of graves, funerary urns or interred or uninterred corpses.

The Additional Protocol of the Biomedicine Convention concerning transplantation ensures the protection of individual rights, freedoms, well-being and dignity in the process of procurement and transplantation of human organs and tissues: “The misuse of organ and tissue transplantation may lead to acts endangering human life, well being or dignity.”⁹

In history graves, funerary urns and buried corpse were protected by law. Contemporary legal theory suggests that the fundamental human rights, especially human dignity as the core value, should also apply before birth and after death. However, lack of consensus in major issues on how to protect and how to use a deceased person’s body and tissue may lead to a lack of protection.

The protection of human dignity is closely connected to the commercial ban of the use of a deceased person’s body and tissue. This is determined not only in the Latvian but also in international legislations.¹⁰ Therefore, a prerequisite of free and altruistic donation for legal acquisition of tissue is enshrined, which is based on the idea of solidarity. The purpose of the commercial ban is to avoid the transformation of a person into an object and its becoming a mere source of organs and tissue.¹¹

6 *Michalowski/ Woods*, German Constitutional Law: the protection of civil liberties (1999) 98, BVerfGE 39, 1 (1975)

7 *Vildbergs/Messeršmits/Niedre*, *Pilsonis tiesiskā valstī*, 251.

8 Latvian Criminal Law, Art 139, 228.

9 Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, Council of Europe (2002), Preamble.

10 UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, of 15.11.2000, <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html#Fulltext> (4.4.2014).

11 Ethical aspects of Human tissue banking: Opinion of the European group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/avis11_en.pdf (4.4.2014).

The commercial ban states that tissue may not be bought nor sold and tissue may not be exchanged for goods that may cause any benefit to the recipient. Tissue removal and transfer for use may not result in any benefits that are comparable to financial gain, for example when private phone bills of the removers are paid. It is prohibited to obtain compensation in form of things, such as the exchange of tissue for surgical threads. It is prohibited to obtain an increase in status as a compensation for acquisition of tissue, for example a person who provides for the removal of tissue receiving a promotion as a form of gratitude for a job. Medical practitioners and tissue banks are prohibited to profit from both the tissue as well as the products acquired by processing the tissue.¹² Tissue banks have to be non-profit organizations because the tissue is originally obtained from altruistic donations.¹³ In order to enforce the principle of the commercial ban, it is necessary to not only strengthen it in general but also to precisely determine the prohibition of actions (e.g. advertising) that may contribute to the tissue trade.

2.2. Protection of the private life and self-determination of the deceased

Protection of deceased is necessary in order to protect their private and family life. The right to privacy is established in Art 8 of the European Human Rights Convention (EHRC) and Art 96 of the Latvian Constitution. The right to family life is also included in Art 8 of the EHRC and in Art 110 of the Latvian Constitution. In interpreting Art 96 of the constitution, the LCC stated: “The right to privacy means that individuals are entitled to their private space, the right to live by one’s own mind, in accordance with one’s nature and desire to develop and improve their personality by suffering as minimally as possible from the interventions of the state and other individuals. These rights include the individual’s right to be different, to maintain and develop the qualities and skills that individualize and distinguish him from other people.”¹⁴

The LCC also ruled that “the right to privacy includes the right on one’s body, including the right to harm one’s health or even commit suicide.”¹⁵ That means that the LCC has made it clear that a person is entitled to her body and that one has the power to decide on different actions performed with one’s body. By applying this principle to the terms of use of the human body and tissue, it can be concluded that Art 96 of the Latvian Constitution also guarantees the right of everyone to freely donate one’s body and/or tissue for any purpose authorized by law, or prohibit the removal of tissue as a whole

12 Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin: Council of Europe: Explanatory Report (January 24 2002), <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=186&CL=ENG> (4.4.2014), § 113.

13 Ethical aspects of Human tissue banking: Opinion.

14 Latvian Constitutional Court Judgement, Case 2004-17-01. Quoted by: *Loucaides*, Personality and Privacy under European Convention on Human Rights. The British Yearbook of International Law 1990, (1991) 175

15 Ibid, Quoted by: *Novak*, UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary (1993) 297.

or in parts. The right to decide on the use of one's body includes the right to live self-determined that is to establish and maintain one's mental and physical integrity.

In cases when a person is dead and decisions need to be made on the use of the body and the removal of tissue, it is important to ensure both the deceased person's rights and legitimate interests and the rights of the deceased person's relatives and family in order to respect the obligations established under Art 8 of the EHRC and Art 96 and 110 of the Latvian Constitution. One would assume that there is a number of ECHR cases dealing with deceased people's rights under the Convention but in fact the cases are rare.

The limited number of judgments and low number of approvals of cases does not yet give a precise description of the scope of protection of a deceased person guaranteed under Art 8 EHRC. The analysis of the judgments of the ECHR¹⁶ suggests that the right of protection of privacy guaranteed by Art 8 includes the right to express one's will during one's life on funeral preferences, but the national funeral regulations are also of great importance. The court guarantees under the scope of Art 8 everyone's right to determine the actions taken on one's body after death but in special legislations, such as the burial laws, it is possible – under the provisions of Art 8 (2) EHRC – to restrict this right. The court has stated that the privacy rights of the deceased person's relative also include the handling of the deceased person's body, the right to bury the deceased person and the right of the protection of the deceased person's grave. In cases where the handling of the deceased has no legal basis, it causes a violation of the privacy of the relatives of the deceased person by causing suffering to related persons. So only if the handling of the deceased person causes a violation of the rights of the relatives, they may lodge legal claims of human rights violation. By assessing the claims of the relatives of a deceased person the court also examined the legal issues related to the interests and rights of the deceased person, thus indirectly ensuring their protection. But so far the court has not recognized the deceased person's permanent privacy rights.

One can fully agree with the recent opinion of the ECHR judges *Hedigan* and *Gyulumyan* expressed in the case *Jäggi v. Switzerland*¹⁷ on the right to rest in peace that is widely recognized and implemented throughout Europe. Therefore it has to be considered that these judges have pointed to a significant shortcoming in the court's argumentation on the application of Art 8 of the ECHR. An analysis of the limitations of the privacy legislations in cases of the investigation of the body and the removal of tissue of a deceased person shows that the limitations of those fundamental rights can only be justified if it serves a specific legitimate purpose – to protect other constitutional val-

16 ECHR 2.7.2002, 76573/01 *Lizette Dennis and Others v. United Kingdom*; ECHR 30.10.2001, 37794/97, *Pannullo and Forte v. France*; ECHR 2.6.2005, 77785/01 *Znamenskaya v. Russia*; ECHR 10.3.1981, 8741/79 *X. v. Germany*; ECHR 17.1.2006, 61564/00 *Elli Poluhas Dödsbo v. Sweden*; ECHR 15.5.2006, 1338/03 *Estate of Kresten Filtenborg Mortensen v. Denmark*; ECHR 13.7.2006, 58757/00 *Jäggi v. Switzerland*.

17 ECHR 13.7.2006, 58757/00 *Jäggi v. Switzerland*, Dissenting opinion of Judge *Hedigan* joined by Judge *Gyulumyan*.

ues¹⁸ or any other important interests that need the limitations in order to be protected¹⁹. In cases of investigation of the body and removal of tissue of a deceased person, theoretically the rights could be limited in order to protect: 1) the rights of other people; 2) the democratic state system; 3) public safety; 4) well-being; 5) morals; 6) other constitutional values.

Hence the rights of a person during the lifetime, after death as well as the rights of deceased person's relatives are protected within the framework of privacy. Firstly, a person has the right to give orders during his/her lifetime on handling his/her body and tissue after death. The state has no right to limit such a free will. In cases when it is in the state's interests to encourage the acquisition of the deceased persons' tissue, the state has to carry out positive duties that would encourage people during their lifetime to make decisions to either donate tissue after death or to clearly express its prohibition. After the death of a human being, the will that has been expressed by the deceased during his/her lifetime has to be followed, unless there are legal or factual grounds that limit it. Secondly, the state must provide the protection of the privacy of the deceased person's relatives by refraining from actions that may offend the deceased person thus causing the suffering of the deceased person's relatives. Thirdly, the state has the obligation to control the compliance of the privacy protection rules in cases of removal and utilization of tissue of a deceased person.

One further aspect of the protection of private life is the assurance of confidentiality of information related to the deceased human being. The WHO Declaration on the promotion of patients' rights in Europe stipulates in Art 4.1.: "All information about a patient's health status, medical condition, diagnosis, prognosis and treatment and all other information of a personal kind must be kept confidential, even after death."²⁰

3. How to protect: Elements of a regulatory framework

3.1. General concerns

Possibilities of using a deceased person's body and tissue have developed significantly within the last decades. The most common objectives for the use of deceased human body are forensic expertise, anatomical (medical) autopsy, procurement of organs and tissues for transplantation, use of human body and tissues for scientific research and use of human body for teaching in medical schools. Each of these objectives is serving particular interests of individuals and society in general. Each of them should be regulated in an appropriate way in order to achieve anticipated results and to protect general in-

18 Judgement of the LCC, Case 2005-19-01, 22.12.2005, para 9.

19 Judgement of the LCC, Case 2006-42-0, 16.5.2007, para 10 and Case 2005-24-01, 11.4.2006, para 8.

20 WHO Declaration on the promotion of patients' rights in Europe, Art 4.1. http://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf (4.4.2014).

dividual and societal values. These interventions on deceased human bodies are regulated by national law while international law is just stating general values and principles due to the lack of international consensus regarding the legal status and rights of deceased. Use of human body for exhibitions, technical tests or some other means is rare and not so broadly regulated like interventions mentioned above and therefore will not be discussed in this paper.

The legal starting point regarding the body of a deceased person is that the human body is inviolable and should be left untouched.²¹ Unauthorised interference with a deceased is criminalised. Yet, the inviolability of the deceased human body is not absolute; some interventions require judicial approval. This is the case for forensic expertise. Other interventions are explicitly permitted, like organ procurement. Any legally authorised intervention should comply with general human rights principles, such as requirements to protect human dignity and the respect of private life. Principles should be transposed into material and procedural rules regulating all stages of intervention.

Unauthorised interventions with deceased bodies, that have been discovered and reported publicly, have provoked tense public debates and have put strong pressure on practitioners and policy makers to control wrong actions, to change existing practises and regulations. In 1999 UK post-mortem procedures were placed under a spotlight. During an investigation at the Bristol Royal Infirmary concerning the care of children receiving complex cardiac surgery, it was disclosed that organs and tissues had been retained without the knowledge and explicit consent of the immediate family. This disclosure triggered inquiries of the practice of other NHS Hospital Trusts and coroners' services. It was found that hearts, brains and other organs had been routinely removed post-mortem and were stored for the purposes of further investigations, research and teaching.²²

In recent history Latvia has experienced a scandal of international trafficking of deceased human tissue. In 2003 the Security Police discovered that in the State Forensic Expert Centre different types of tissue were removed from deceased human bodies without permission and without informing relatives since 1994. The tissue was later shipped to a private company in Germany.²³ This case has been widely discussed in Latvian as well as in foreign media. Even though the case was investigated during several years, Latvian law enforcement agencies failed to conduct a qualitative analysis of the case. That was one of the reasons why the case was not transferred to the court and the criminal prosecution was terminated. Victim protection was not ensured because

21 Constitution of Latvia – Satversme, Art 94 and the Constitution of the Kingdom of the Netherlands 2002, Art 11, available at <http://www.government.nl/issues/constitution-and-democracy/documents-and-publications/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008.html> (30.4.2014).

22 *Sque/ Long/Payne/Roche/Speck*, The UK postmortem organ retention crisis: a qualitative study of its impact on parents, *R Soc Med* 2008, 71-77. DOI 10.1258/jrsm.2007.060178.

23 Further info in: *Olsena*, A Latvian case: The Removal of Tissue from 400 Deceased Persons. Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects: Towards a Common European Policy (2008).

public authorities that had a duty to guarantee the precise application of the norms of protection of a deceased person failed to do so.

3.2. Medical and forensic autopsy

A medico-legal autopsy (or coroner's autopsy) of the deceased is performed in order to protect human life as basic value, this individual person in particular and public safety in general. Information and tissue collected during this intervention is used in criminal investigation as evidence of criminal offence in judicial processes. For proper protection of a deceased person in forensic investigation procedures, national laws should provide requirements for this process and should establish an efficient control system to secure the appropriate application of law. The minimum standard of medico-legal autopsies has been stated by the Council of Europe in Recommendation No. R (99) 3 "Of the Committee of Ministers to Member States on the Harmonisation of Medico-Legal Autopsy Rules." Medico-legal autopsies and all related measures must be carried out in a manner consistent with medical ethics and respect of the dignity of the deceased.²⁴ When appropriate, the closest relatives should be given an opportunity to get access to the corpse.²⁵ After a medico-legal autopsy has been carried out, medico-legal experts should ensure that the body is returned in a dignified condition.²⁶

Intervention into the human body by performing anatomical or pathological investigation (autopsy) of the deceased aims at establishing or clarifying the cause of death when there is no suspicion of a violent death. Pathological autopsy can be required by law or requested by medical practitioners or near relatives. During the lifetime one may express one's wishes regarding medical autopsy and tissue retention which may be followed after death. The decision to perform pathological autopsy should be taken by an authorised person, providing that relatives of deceased are informed; the will of the deceased – that was expressed while (he or she was) alive – is considered, especially in the case of non-mandatory investigation; and there are good practice guidelines²⁷ followed by professionals. The extent of medical autopsy can differ according to the objectives of the investigations: it can be of full extent or limited to the particular area of the body. State-authorised institutions should control decisions and procedures. In the case of tissue retention, information to near relatives should be provided and consent obtained in all cases when the law does not provide obligatory requirement to retain and store tissue for the designated purpose. The results of the autopsy should be communicated to the near relatives in an appropriate manner, respecting their bereavement and other needs in their special situation.

²⁴ Recommendation, IV.1.

²⁵ Ibid, IV.2.

²⁶ Ibid, V. B. 7.

²⁷ Eg, The Royal College of Pathologists (UK) Guidelines on autopsy practice, <http://www.rcpath.org/publications-media/publications/guidelines-on-autopsy-practice> (4.5.2014).

3.3. Use of body for research

Use of deceased human body for scientific research is another objective permitted and regulated by law. Biomedical research involving humans in general has a broad international²⁸ and national legal framework, however research using a deceased body is not so well regulated by international or national norms. For example, in Latvia, research by intervention in a deceased body is just stated as objective by law without further legal regulations from the material or the procedural perspective. In case of scientific research, such legal issues like permission to use human body for scientific purpose, scientific and ethic acceptability, ethical evaluation of research protocol, protection of privacy, control of research activity and transparency of research results should be considered.

3.4. Use of body for procurement of organs and tissues

The intervention into a deceased body in order to procure organs or tissues is another way how a deceased can be used. In this process one should observe the priorities of a human being, the principle of respect towards a person's will and the prohibition to use tissues for profit. In the EU Directive 2004/23/EC, it is stated: "In principle, tissue and cell utilization programs must be based on the philosophy of voluntary and unpaid donations." Free and voluntary donation is a direct way of realization of the expressed will of a human being, based on respect of autonomy. Free and voluntary donations are otherwise not possible. A strict consent system is the best way to guarantee the implementation of the principles of the protection of human autonomy, body's integrity and privacy. However, the number of individuals actively expressing their will in respect to organ and tissue donation is quite low. Therefore other means to protect deceased person's interests and rights are widely recognized. For example, in the Netherlands and the UK, it is stated that the relatives have the right to authorize removal of tissue in cases when the deceased person has not expressed his/her will during his/her lifetime and if there are no facts that prove that the person has prohibited it.

The implementation of the principle of the "presumed consent" and the removal of tissue without proof that the deceased person would have agreed to donate or has known his/her rights to prohibit it, but has not done so because he/she wished to be a tissue donor, is contrary to the altruistic and free donation principle and it fails to respect the rights of human autonomy and body's integrity. If the state allows the use of a deceased as sources for tissue acquisition only by normatively presuming the consent, then such an approach should be regarded as a state power's interference with body's integrity by

28 WMA Declaration of Helsinki – Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, Convention of Biomedicine Additional Protocol to the Convention of Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research: Council of Europe.

failing to respect the person's right to make decisions about on the use of his/her tissue after death. In fact, by using the concept of "presumed consent", the system which allows the use of a deceased person's tissue according to the interests of the state is masked. However, pressing situations like e.g. long waiting lists for donor organs should be addressed by looking for more appropriate legal, medical and societal responses to this problem than exploiting bodies of deceased who can't protest.

4. Final remark

Human death as an inalienable part of human life is a process with substantial influence on societal processes. Therefore it has to be handled in an appropriate manner considering medical, psychological, legal, public health and public safety interests. Protection of deceased persons is required thereby respecting cultural traditions and the laws. Handling of deceased persons should be done with respect to human dignity and honour. Family and private life of deceased as well as its near relatives should be respected.

Dr.^{im} iur. MD Solvita Olsena is an Associate Professor at the University of Latvia; solvita.olsena@lu.lv

Tote Körper

Schlaglichter auf den Umgang des Rechts mit der Leblosigkeit

Ines Rössl

*alguna vez
alguna vez tal vez
me iré sin quedarme
me iré como quien se va¹*
Alejandra Pizarnik

1. Die Ambivalenz des menschlichen Leichnams

Der Körper verfällt. Der Körper erkrankt. Der Körper verlebt sich im Laufe der Zeit und nutzt sich ab. Seine Materialität erweist sich nicht nur im Schmerz, in der Verletzlichkeit und dem Ausgeliefertsein in einer potentiell zerstörerischen Welt, in der Abhängigkeit von leiblicher Sorge und damit von anderen Menschen, sondern letztendlich auch in diesem unvermeidlichen, absoluten Aufhören der Körperfunktionen, welches am Ende und uns allen bevorsteht. Über den Körper nachzudenken bedeutet daher auch, über den Tod nachzudenken, und ich meine in diesem Beitrag nicht das Sterben, von dem es Zeugnisse gibt und das im Grunde dem Leben zuzuordnen ist, sondern tatsächlich den Tod, bei dem wir es nicht mehr mit einem lebendigen Körper zu tun haben, sondern mit einem toten Körper.

Kennzeichnend für den Umgang mit toten menschlichen Körpern ist eine Ambivalenz, die von dem „unbestimmten Status der Leiche zwischen Ding und Subjekt“² herrührt. Sie äußert sich bereits im alltäglichen Sprachgebrauch, der dazu neigt, die Leiche mit der verstorbenen Person zu identifizieren („Tante Hilde hatte ein schönes Begräbnis“, „die Tote schläft friedlich“ etc).³ An einem toten Körper irritiert, wie sehr er dem vormalig lebendigen Menschen gleicht – und doch nicht lebendig ist, nicht in Interaktion treten kann. „Er ist ganz offensichtlich ein Mensch, verhält sich aber nicht so, weil er sich überhaupt nicht verhält.“⁴

1 „Irgendwann, irgendwann vielleicht, werde ich gehen, ohne zu bleiben, werde ich gehen, wie jemand, der geht.“ (Pizarnik, Cenizas. Asche, Asche. 1956–1971. Spanisch und Deutsch. Herausgegeben und übertragen von Juana und Tobias Burghardt (2002) 115).

2 Kahl, Der tote Körper als Transzendenzvermittler: Spiritualisierungstendenzen im gegenwärtigen Bestattungswesen, in *Groß/Glahn/Tag* (Hrsg), Die Leiche als Memento mori. Interdisziplinäre Perspektiven auf das Verhältnis von Tod und totem Körper (2010) 203 (209).

3 Vgl Esser, Leib und Leichnam als Gegenstand von Achtung und Würde, in *Groß ua* (Hrsg), Tod und toter Körper. Der Umgang mit dem Tod und der menschlichen Leiche am Beispiel der klinischen Obduktion (2007) 11 (14).

4 Kahl in *Groß/Glahn/Tag* 208.

Dieses Oszillieren zeigt sich auch im Recht. Der menschliche Leichnam gilt nicht als Person, ist jedoch Anknüpfungspunkt eines „postmortalen Persönlichkeitsrechts“⁵, das den toten Körper vor Zugriffen schützt und ihn in seiner Integrität aufzubewahren, ihm die sprichwörtliche ewige Ruhe zu gönnen sucht. Gleichzeitig weisen besondere Vorschriften den toten Körper sowohl als Objekt der Angst (zB in Hygienevorschriften) als auch der medizinischen und kriminologischen Neugier (zB in der Regelung von Obduktionen) aus. Weiters ist bedeutsam, dass ein allgemeines Interesse an menschlichen Organen, Zellen und Gewebe besteht, der Leichnam also auch verwertbare Versorgungsressource ist. Der vorliegende Beitrag soll, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, einige kurze Schlaglichter auf den Umgang des Rechts mit toten Körpern werfen.⁶

2. Das Spannungsverhältnis von Verwaltungs- und Zivilrecht

Das Leichen- und Bestattungswesen fällt bezüglich Gesetzgebung und Vollziehung in den Zuständigkeitsbereich der Länder.⁷ Die einschlägigen (öffentlich-rechtlichen) landesgesetzlichen Vorschriften regeln beispielsweise die Totenbeschau, den Leichentransport und die zulässige Art der Bestattung. Gleichzeitig hat das Totenrecht aber auch eine zivilrechtliche Dimension: Es geht um Fragen des (postmortalen) Persönlichkeitsrechts (§ 16 ABGB) und der „Fürsorge“ für die Toten. Diese Materie fällt in die Zivilrechtskompetenz des Bundes.⁸ Wer darüber entscheiden darf, wie ein Leichnam bestattet werden soll, ist eine zivilrechtliche Frage. Dementsprechend bezweifelt *Aichhorn*, dass es der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung entspricht, wenn Leichen- und Bestattungsgesetze der Länder Regelungen darüber enthalten, wer über die Bestattungsart entscheiden darf.⁹

3. Wenn jemand stirbt ...

Das Leichenrecht der Länder¹⁰ verwaltet die Toten. Sie werden in Bescheinigungen verzeichnet, allenfalls einer Obduktion zugeführt und so rasch wie möglich, nach einer allfälligen Trauerzeremonie und Aufbahrung, bestattet. Die folgenden skizzenhaften Ausführungen beziehen sich auf das Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz (WLBG)¹¹. Stirbt jemand, muss der Tod gegenüber dem Magistrat angezeigt werden. Die Leiche

5 *Binder*, Das rechtliche Fortleben des menschlichen Körpers nach dem Tode, JAP 1998/99, 228.

6 Für eine detailliertere Analyse, insb in Hinblick auf rechtsethische Fragen iZm Organtransplantationen und Gewebe- bzw Zellentnahmen, wird auf den Beitrag von *Solvita Olsena* in der vorliegenden Ausgabe des juridikum verwiesen.

7 Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG (Gesundheitswesen ist Bundessache mit Ausnahme des Leichen- und Bestattungswesens) iVm Art 15 B-VG.

8 Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG.

9 *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften (2003) 370 ff.

10 Grundlegend dazu *E. Mayer*, Der Umgang mit der Leiche (Dissertation, 2010) 147–167.

11 LGBL 2004/38 idF LGBL 2013/29.

darf nicht bewegt werden, bis der/die totenbeschauende Arzt/Ärztin eintrifft.¹² Die Totenbeschau bezweckt die Feststellung des Todes sowie dessen Art und Ursache. Die Todesbescheinigung wird der zuständigen Personenstandsbehörde übermittelt;¹³ außerdem wird seitens des Magistrats ein Totenbeschauprotokoll erstellt, das zehn Jahre lang aufbewahrt wird.¹⁴

Nach der Totenbeschau muss die Leiche aus der Wohnstätte entfernt und in einer Leichenkammer untergebracht werden.¹⁵ Leichentransporte in ein anderes Bundesland oder auch in einen anderen Staat sind gesondert geregelt und bedürfen allerlei „Papierkram“ (ua braucht es für den internationalen Transport einen „Leichenpass“).¹⁶

Die Abwendung von gesundheitlichen Gefahren zieht sich motivisch durch das Gesetz und vermengt sich mit pietätsbezogenen Vorschriften. ZB darf die Leiche nur in „widerstandsfähigen und dicht schließenden“ Särgen transportiert werden und dürfen im Laderaum des Leichenwagens nur Trauer- und Aufbahrungsgegenstände mitgeführt werden.¹⁷

Nach der Trauerzeremonie ist die Leiche „unverzüglich“ zu bestatten. Zulässig sind Erd- oder Feuerbestattungen in einer vorschriftsmäßigen Bestattungsanlage (Friedhöfe, Urnenhaine) oder Privatbegräbnisstätte. Urnen können unter bestimmten Voraussetzungen auch zuhause aufbewahrt werden. Kleine symbolische Mengen Asche dürfen auch zu Schmuckstücken oder Ähnlichem verarbeitet werden; das Verstreuen von Asche in Luft, Wasser oder Erde ist hingegen grundsätzlich nicht erlaubt.¹⁸

Zuständig für die Veranlassung der Bestattung sind die „nahen Angehörigen“ (EhegattInnen bzw eingetragene PartnerInnen in aufrechter Ehe/Partnerschaft, Verwandte in gerader Linie, Geschwister). Wenn nach fünf Tagen ab Ausstellung der Todesbescheinigung niemand die Bestattung veranlasst hat, ist der Magistrat zuständig.¹⁹

Für die Wahl der Bestattungsart ist laut WLBG eine „letztwillige Verfügung oder sonstige Willenserklärung“ der verstorbenen Person maßgebend; wenn eine solche nicht vorliegt, entscheidet jene Person, welche die Bestattung beauftragt hat.²⁰ Dabei sind wohl die im Folgenden dargestellten Grundsätze des zivilrechtlichen „Totenfürsorge-rechts“ zu berücksichtigen.

12 § 2 f, 5 WLBG.

13 § 7 WLBG. Details zur Vornahme der Totenbeschau finden sich in der Durchführungsverordnung zum WLBG ABl 2006/51+52 idF ABl 2012/35.

14 § 8 WLBG.

15 § 6 Abs 3, § 10 Abs 1 WLBG.

16 §§ 15, 16, 17 WLBG. In diesem Zusammenhang relevant sind auch das Internationale Abkommen über Leichenbeförderung BGBl 1958/118 und das Übereinkommen über die Leichenbeförderung BGBl 1978/515.

17 § 14 WLBG.

18 §§ 10, 19, 20, 25a, 30 WLBG.

19 § 19 WLBG.

20 § 28 WLBG.

4. Postmortales Persönlichkeitsrecht und Recht der Totenfürsorge

Beim zivilrechtlichen „Totenrecht“ geht es in erster Linie um die Frage, wer das Recht hat, über den toten Körper zu verfügen. Daran entzündeten sich bisweilen familiäre Konflikte, die sogar vor Gericht landeten. Wie ist zu entscheiden, wo und wie eine Leiche zu bestatten ist? Da das „Totenrecht“ im ABGB nicht geregelt ist, greift die Rsp dazu auf „allgemein anerkannte Grundsätze“²¹ zurück:

Zunächst stellt sich die Frage, was der Leichnam eigentlich ist. Schließlich ist er keine Person (mehr). Aber ist er daher automatisch eine Sache? Im Gegensatz zu einem Teil der Lehre²² lehnt die Rsp die Sachkonzeption ab und behandelt den Leichnam „als fortgesetzte Persönlichkeit (...), solange er noch als Leib einer bestimmten verstorbenen Person anzusehen ist“²³.

Die Verfügung über den eigenen Leichnam ist ein höchstpersönliches Recht, das keiner Stellvertretung zugänglich ist²⁴ und über den Tod hinaus wirkt. Stirbt jemand, so kommt es darauf an, wie der oder die Verstorbene bestattet werden wollte. Hat er oder sie sich diesbezüglich nicht geäußert, so ist sein oder ihr mutmaßlicher Wille maßgeblich. Diesen Willen müssen die mit der Bestattung betrauten Angehörigen befolgen, soweit dies im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Leichenrechts möglich ist.²⁵ Vom Willen des oder der Verstorbenen hängen alle Elemente der sogenannten „Totenfürsorge“ ab: Die Art der Bestattung, der Ort der Bestattung (zB ob im Familiengrab²⁶), die Grabinschrift²⁷ oder auch die Bestimmung jener Person, die über den Leichnam entscheiden darf. Lässt sich nicht einmal ein mutmaßlicher Wille des oder der Verstorbenen ermitteln, so kommt die Entscheidungsbefugnis über den Umgang mit dem toten Körper den am nächsten stehenden Personen zu. Dabei kommt es weder auf den Verwandtschaftsgrad noch auf die Erbeneigenschaft an, sondern auf das tatsächliche Nahever-

21 OGH 27.10.1999, 7 Ob 225/99k.

22 *Spielbühler in Rummel*³ § 285 Rz 3 qualifiziert den Leichnam als Sache bzw als einer solchen gleichzuhalten; das Recht der Angehörigen zur Entscheidung darüber, wie mit dem Toten zu verfahren ist, argumentiert er gleichwohl nicht eigentums- sondern familienrechtlich (vgl in dieser Hinsicht auch *Blume*, Fragen des Totenrechts, Archiv für die civilistische Praxis 1914, 367); Verfügungen des oder der Toten über seinen/ihren Leichnam betrachtet auch *Spielbühler* als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts der verstorbenen Person. Die Qualifikation als Sache scheint daher nicht zu anderen Ergebnissen zu führen als der Zugang der Rsp. Auch *Kopetzki* stellt fest, dass der Unterschied zwischen der Konzeption der Leiche als Sache oder als „Rückstand der Person“ letztendlich „symbolischer Natur“ sei; vgl *Kopetzki*, Der menschliche Leichnam im privaten und öffentlichen Recht Österreichs und der BRD, in *Stefenelli* (Hrsg), Körper ohne Leben (1998) 862 (862). Vgl zur Umstrittenheit der Qualifikation des Leichnams auch mwN *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 367f; sowie *Wilhelm*, Duell um eine Leiche, ecolex 1994, 73.

23 OGH 6.12.1972, 1 Ob 257/72. Den Zugang der Rsp kommentiert *Wilhelm*: „Die [dogmatische, Anm IR] Konstruktion ist allerdings ungeschlacht, aber ihr Anliegen vernünftig.“ *Wilhelm*, Die Geschäfte der Krematorium Wien GmbH, ecolex 2013, 673.

24 Vgl OGH 13.12.2012, 1 Ob 222/12x.

25 Zudem führen die Gerichte manchmal an, dass das Persönlichkeitsrecht, über den Umgang mit der eigenen Leiche zu verfügen, nur „im Rahmen der guten Sitten“ gelte (OGH 27.10.1999, 7 Ob 225/99k); vgl auch *Brandstetter*, Der Schutz des Leichnams im österreichischen Strafrecht, in *Stefenelli* (Hrsg), Körper ohne Leben (1998) 873 (874).

26 Vgl *Binder*, JAP 1998/99, 228.

27 Vgl OGH 17.12.2003, 7 Ob 285/03t.

hältnis.²⁸ Daneben führt der OGH immer wieder auch das Prinzip der „Totenruhe“ ins Treffen: Schwerwiegende Gründe müssen vorliegen, damit eine bereits bestattete Leiche wieder exhumiert werden darf.²⁹

Beispielhaft sei einer der wenigen OGH-Fälle erläutert:³⁰ Nachdem eine junge Frau tödlich verunglückt war, wurde ihre Leiche auf einem Friedhof begraben. Eineinhalb Jahre später besann sich ihre Mutter darauf, dass die Tochter immer gesagt hatte, sie wolle feuerbestattet werden, weil „sie Angst davor habe, von den Würmern zerfressen zu werden“, und leitete die Enterdigung der Leiche in die Wege. Der Vater der Toten war dagegen und klagte auf Unterlassung. Die verschiedenen Instanzen beschäftigten sich nun mit der Frage, was die Verstorbene in einer solchen Situation gewünscht hätte: Zu bedenken sei, dass der befürchtete Wurmfraß wohl schon in vollem Gange sei, was auch die Feuerbestattung nicht mehr beheben könne. Vielleicht wolle die Tote, wenn sie schon fälschlicherweise und gegen ihren Willen in der Erde lag, „lieber in Ruhe“ gelassen werden? Letztendlich hielt der OGH den mutmaßlichen Willen der Verstorbenen für zweifelhaft, stellte die Mutter als engste Bezugsperson und daher Totenfürsorge-Berechtigte fest und bewertete den Sachverhalt so, dass er den Eingriff in die Totenruhe rechtfertige. Schließlich beende die Mutter damit „einen Zustand (...), den die Tochter wiederholt als sie ängstigend bezeichnet hat“.

Die Formulierungen des Urteils spiegeln eine Identifikation der Leiche mit der verstorbenen Person wider: „Sie“ wird entgegen ihres Wunsches von den Würmern zerfressen, „sie“ möchte vielleicht lieber in Ruhe gelassen werden und „sie“ befindet sich in einem sie ängstigenden Zustand. Die zivilrechtliche Denkfigur des über den Tod hinaus wirkenden Persönlichkeitsrechts an der eigenen Leiche vermag die Ambivalenz des toten Körpers nicht aufzuheben, sondern bringt sie im Grunde genau zum Ausdruck: Dass nicht als gänzlich fühl- und willenlos gelten darf, was nach einhelliger Meinung fühl- und willenlos ist. Und dass rechtlich eine Person in ihrem Körper weiterwirkt, obwohl es die Person nicht mehr gibt. Da geraten die Gerichte auch sprachlich ins Schwimmen, greifen auf den diffusen Begriff der „Pietät“ zurück und setzen – wie aus der Alltagssprache bekannt – die Leiche mit der verstorbenen Person gleich.

5. Strafrechtlicher Schutz des toten Körpers³¹

Abgesehen von der zivilrechtlichen Berücksichtigung des postmortalen Persönlichkeitsrechts ist der menschliche tote Körper auch strafrechtlich geschützt. Einschlägig ist

28 Vgl grundlegend zum Recht der Totenfürsorge OGH 6.12.1972, 1 Ob 257/77; 27.10.1999, 7 Ob 225/99k. Vgl auch *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 368f mwN.

29 OGH 6.12.1972, 1 Ob 257/77.

30 OGH 27.10.1999, 7 Ob 225/99k.

31 Zum Folgenden vgl *E. Meyer/Tipold*, in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum StGB, 25. Lfg (2011) § 190; *E. Meyer*, Umgang; *Bachner-Forögger* in *WK² StGB* § 190 (Stand November 2009, rdb); *Fabrizy*, StGB⁹ § 190; *Stellpflug*, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Leichnams (1996) 109–150.

§ 190 StGB (Störung der Totenruhe)³²: Strafbar ist (1.) wer einen Leichnam, Leichenteile oder Totenasche einem/r Verfügungsberechtigten entzieht; (2.) wer einen Leichnam, Leichenteile oder Totenasche aus einer Beisetzungs- oder Aufbahrungsstätte wegschafft; (3.) wer einen Leichnam misshandelt; und (4.) wer einen Leichnam, Totenasche oder eine Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätte verunehrt. Als Strafsatz ist eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen normiert.³³

Als Leiche gilt jeder tote Körper, der (noch) als menschliche Gestalt erkennbar ist, weshalb auch ein Skelett als Leichnam gilt. Das Abgrenzungskriterium zwischen lebendigem und totem Körper ist der Hirntod. Zu den Leichenteilen zählen auch fest mit dem Körper verbundene Dinge wie zB Goldzähne, Zahnbrücken, Herzschrittmacher etc (nicht aber zB Prothesen).

Das geschützte Rechtsgut des § 190 StGB ist nach hM die „Pietät“. Die verschiedenen Tatbestände schützen jeweils die Verfügungsbefugnis über die Leiche („Entziehen“),³⁴ die Totenruhe als solche („Wegschaffen“), die körperliche Integrität des Leichnams („Misshandlung“) und die Ehre der verstorbenen Person sowie das Pietätsgefühl der Allgemeinheit („Verunehren“). Eingriffe in die körperliche Integrität des Leichnams sind nicht strafbar, wenn es sich um gesetzlich zulässige Organtransplantationen oder Obduktionen handelt.³⁵

6. Der Leichnam als Ressource – Organtransplantationen

Unter welchen Voraussetzungen Organtransplantationen und Gewebeentnahmen aus einem Leichnam zulässig sind, regeln das Organtransplantationsgesetz (OTPG)³⁶ bzw das Gewebesicherheitsgesetz (GSG)³⁷.

32 Siehe auch die Störung einer Bestattungsfeier (§ 191 StGB) und die einschlägige Tatvariante der schweren Sachbeschädigung (§ 126 Abs 1 StGB).

33 § 190 Abs 2 StGB stellt die Entfernung von Schmuck (zB Blumen) aus Beisetzungs-, Aufbahrungs- oder Totengedenkstätten unter Strafe.

34 Und zwar unabhängig davon, ob das „Entziehen“ in pietätsverletzender Weise geschieht. Vgl *Brandstetter in Stefanelli* 874–877, referierend auf OGH 25.11.1986, 10 Os 104,106–112/86 (sog Hypophyseentscheidung).

35 Eine unter den gesetzlichen Voraussetzungen vorgenommene Organtransplantation stellt einen Rechtfertigungsgrund dar; vorschriftsmäßig vorgenommene Obduktionen können entweder analog zur Heilbehandlung an Lebenden als nicht tatbestandsmäßig oder als gerechtfertigt betrachtet werden. Vgl E. Meyer/Tipold in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* § 190 Rz 87.

36 BGBl I 2012/108. Das OTPG erging in Umsetzung der RL 2010/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.7.2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, ABl L 2010/207, 14 (berichtigter Titel durch ABl L 2010/243, 68). Das OTPG übernahm die bisherigen Regelungen des KAKuG. Vgl *Heissenberger*, Das Bundesgesetz über die Transplantation menschlicher Organe und dessen wesentliche Neuerungen, RdM 2013, 35; *Füszl*, Das neue Organtransplantationsgesetz, ÖZPR 2013/19.

37 BGBl I 2008/49 idF BGBl I 2013/162. Das GSG erging in Umsetzung der RL 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen, ABl L 2004/102, 48; sowie ihrer Durchführungsrichtlinien, RL 2006/17/EG, ABl L 2006/38, 40 und RL 2006/86/EG, ABl L 2006/294, 32. Vgl dazu *Joklik/Zivny*, Gewebesicherheitsgesetz – das Wesentliche auf einen Blick, RdM 2008, 4.

Zweck von Organentnahmen darf nur die lebensrettende bzw gesundheitswiederherstellende Transplantation in einen menschlichen Körper sein,³⁸ wobei auch die Konservierung in Organbanken mitumfasst ist.³⁹ Die Organentnahme darf nur durch gemeinnützige⁴⁰ Entnahmeeinheiten durchgeführt werden, und zwar unter folgenden Voraussetzungen (§ 5 OTPG): Es dürfen nur „einzelne“ Organe entnommen werden (es darf also keine „Ausschlachtung“ der Leiche erfolgen⁴¹); die Entnahme darf nicht „zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche führen“, und es darf kein Widerspruch des oder der Verstorbenen vorliegen. Die österreichische Rechtsordnung wählt also den Weg einer „Widerspruchslösung“, um dem Spannungsverhältnis zwischen dem Verfügungsrecht der verstorbenen Person und dem Organbedarf der Allgemeinheit zu begegnen. Ein allfälliger Widerspruch kann im sogenannten „Widerspruchsregister“ dokumentiert werden, welches vor einer Organentnahme jedenfalls abzufragen ist.⁴² Für die Entnahme von Zellen oder Gewebe gelten dieselben Regeln (§ 4 Abs 5 und 5a GSG).

7. Der Leichnam als Informationsquelle – Obduktionen

Bestimmungen, welche die Zulässigkeit von Obduktionen (= Öffnung einer Leiche) regeln, finden sich verstreut sowohl in verschiedenen Bundesgesetzen als auch in Landesgesetzen. Sie eröffnen einen durchaus weiten Spielraum, um allfällige öffentliche Interessen an der Erforschung der Leiche zu berücksichtigen.

Die „gerichtliche Obduktion“ gem § 125 Z 4 iVm § 128 StPO⁴³ dient der Aufklärung einer Straftat. Die „sanitätspolizeiliche Obduktion“ bezweckt den Schutz der Gesundheit: Sie ist zulässig für die Feststellung, ob eine anzeigepflichtige Krankheit iSd § 1 Epidemiegesetz⁴⁴ vorlag,⁴⁵ sowie in anderen Fällen der Gesundheitsgefährdung⁴⁶. Die „klinische Obduktion“, geregelt im Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG)⁴⁷, bezeichnet die Obduktion an in Krankenanstalten Verstorbenen. In öffentlichen Krankenanstalten⁴⁸ ist sie dann zulässig (und geboten), wenn sie zur Wahrung

38 § 2 OTPG.

39 E. Meyer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer § 190 Rz 110.

40 Die Definition findet sich in § 16 Abs 1 KAKuG, wobei das OTPG auch solche Einheiten als gemeinnützig gelten lässt, welche die lit a des § 16 Abs 1 nicht erfüllen.

41 E. Meyer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer § 190 Rz 108.

42 § 7 OTPG. Das Widerspruchsregister wird von der Gesundheit Österreich GmbH geführt und dient der Dokumentation von Widersprüchen gegen postmortale Organentnahmen (§ 6 OTPG).

43 Vgl auch die Verordnung zur Vornahme der gerichtlichen Totenschau RGBI 1855/26.

44 BGBl 1950/186 idF BGBl I 2013/18.

45 Vgl E. Meyer, Umgang 109. Vgl auch die Verordnungsermächtigung in § 5 Epidemiegesetz sowie die Verordnung betreffend Leichen von mit anzeigepflichtigen Krankheiten behafteten Personen RGBI 1914/263.

46 Vgl E. Meyer, Umgang 110. Diese Variante der sanitätspolizeilichen Obduktion ist im Leichenrecht der Länder geregelt, siehe zB § 12 WLBG.

47 BGBl 1957/1 idF BGBl I 2002/65.

48 Für private Krankenanstalten gelten strengere Regeln, vgl § 40 KAKuG.

von öffentlichen oder wissenschaftlichen Interessen erforderlich ist.⁴⁹ Wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, darf obduziert werden, wenn entweder eine Zustimmung der verstorbenen Person oder der „nächsten Angehörigen“ vorliegt (§ 25 KAKuG).⁵⁰ In anderen Fällen („Privatobduktion“) ist zB in Wien eine Obduktion dann zulässig, wenn der/die Verstorbene zugestimmt hat oder die Kernfamilie der verstorbenen Person einvernehmlich der Obduktion zustimmt (§ 13 WLBG). Andere Landesgesetze erweitern die Zugriffsmöglichkeiten auf den toten Körper über zusätzliche Bestimmungen zur Verwendung der Leiche in der medizinischen Forschung und Lehre in anatomischen Instituten.⁵¹

8. Gründe für den Schutz des toten Körpers

Wie dargelegt wurde, greifen beim Umgang mit toten Körpern Persönlichkeitsschutz, Angehörigeninteressen, Sittenempfindungen der Allgemeinheit, gesundheitliche Erwägungen und (medizinische) Verwertungsinteressen ineinander. Aber was ist der Grund für den rechtlichen Schutz der Toten, warum behandelt sie das Recht nicht einfach als die leblosen Objekte, die sie sind?

Der strafrechtliche Schutz der Totenruhe schützt nach hM die Pietät. E. Meyer/Tipold identifizieren eine „individuelle und eine allgemeine Komponente“ der Pietät, die einerseits das Pietätsgefühl der Angehörigen umschreibe und andererseits der „Ehrfurcht der Menschen vor ihrer Vergänglichkeit und der Unausweichlichkeit des Todes“ entspringe, weshalb § 190 StGB auch dann zum Tragen komme, wenn keine Angehörigen vorhanden sind.⁵² Der Rückgriff auf das Pietätsgefühl führt allerdings zu tautologisch anmutenden Aussagen: Die Bestimmung, dass man eine Leiche nicht verunehren darf, schützt das allgemeine Gefühl, dass man sie nicht verunehren darf.⁵³ Warum das gesellschaftliche Pietätsgefühl ein schützenswertes Gut ist, bleibt offen. Die Begründung von Bachner-Foregger, dass eine Gefährdung der Pietätsgefühle von Menschen „das Zusammenleben aller“ gefährden würde,⁵⁴ befriedigt nicht wirklich. Dasselbe gilt für die im zivilrechtlichen Totenrecht zentrale Denkfigur, dass im Umgang mit dem toten Körper ein fortwirkendes Persönlichkeitsrecht der verstorbenen Person zur Geltung zu bringen sei.⁵⁵ Denn

49 Laut E. Meyer, Umgang 113 mwN muss das Interesse im Zusammenhang mit dem konkreten Todesfall stehen. AA Schwamberger, Obduktion in Krankenanstalten, RdM 1998, 77, der auch die „Erforschung neuer Krankheitsformen“ als rechtfertigendes wissenschaftliches Interesse zulässt.

50 Es sind entsprechende landesgesetzliche Ausführungsbestimmungen ergangen, beispielsweise für Wien § 40 und § 62 Wiener Krankenanstaltengesetz (Wr KAG) LGBl 1987/23 idF LGBl 2014/5.

51 Vgl E. Meyer, Umgang 119 f.

52 Vgl E. Meyer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer § 190 Rz 8.

53 Vgl E. Meyer/Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer § 190 Rz 92.

54 Bachner-Foregger in WK² StGB Vor §§ 188–191 Rz 4 (Stand November 2009, rdb.at).

55 Zumindest solange die Leiche noch als Körper einer bestimmten Person erkennbar ist. Vgl OGH 6.12.1972, 1 Ob 257/72. Vgl auch Spielbüchler in Rummel³ § 285 Rz 3: Der „Sachcharakter“ des Leichnams trete in den Vordergrund, wenn „der Zeitablauf in Verbindung mit der Anonymität oder dem gänzl Zerfall des Körpers die Pietät und Achtung des Toten hinter anderen Interessen (zB der Archäologie) zurücktreten“ lässt.

der Grund, warum Leichen mit Persönlichkeitsschutz ausgestattet werden sollen, bleibt dunkel.

Diese Unschärfen verwundern allerdings nicht. Die (rechts-)ethische Debatte, worauf eine moralische Pflicht gegenüber den Toten beruhen könnte, ist nicht abgeschlossen. So wird beispielsweise die Überlegung angestellt, dass Leichen zwar nicht als „Personen“, jedoch als „Menschen“ zu begreifen sind, weil sie diesen hinreichend ähnlich sind: Sie bestehen aus demselben Material, gleichen einander äußerlich und sind genetisch identisch.⁵⁶ Ein anderer Ansatz⁵⁷ geht nicht von der Frage nach der ontischen Natur des Leichnams aus, sondern von der Frage nach der Qualität des sozialen Raums, der durch einen bestimmten Umgang mit den Toten entsteht: Inwiefern werde das Vertrauen der Lebenden auf Achtung ihrer eigenen Würde erschüttert, wenn tote Körper auf eine bestimmte, „demütigende“ Art behandelt werden? Die Menschenähnlichkeit der toten Körper spielt allerdings auch bei diesem Ansatz eine Rolle: Problematisch an einem „demütigenden“ Umgang mit den Toten sei, dass etwas, das prima facie als „menschlich“ erkannt wird, so behandelt wird, als wäre es nicht menschlich. Durch die „Fähigkeit [der Toten] Symbolisierungs- und Erinnerungsfläche und damit Identifikationsfläche“⁵⁸ zu sein, gewinnt der Umgang mit den Toten Aussagekraft und Bedeutung für das Verhältnis der Lebenden untereinander.

Die These, dass der Umgang mit den Toten letztendlich die Lebenden „meint“ bzw. Rückschlüsse auf die sozialen Verhältnisse zulässt, legen Beispiele aus Geschichte und Gegenwart durchaus nahe: Rassistisches „Ausstopfen“ und Ausstellen von Menschenkörpern⁵⁹, antisemitische und antimuslimische Grab- und Friedhofschändungen⁶⁰ oder auch die namenlosen, nur mit einer Nummer oder dem Sterbedatum versehenen, Gräber von MigrantInnen, die an den Außengrenzen der Europäischen Union ums Leben gekommen sind.⁶¹ In letzterem Fall wird keine gezielte Herabwürdigung der Toten be-

56 Vgl. Wittwer, Der Leichnam aus der Sicht der Philosophie, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2008, 97 (106–117). Ein anderer Ansatz ist bestrebt, die gedankliche Dualität von Organismus und Person aufzuheben und auf dieser Basis die Menschenwürde auch auf den leblosen „Leib“ auszudehnen. Vgl. Esser in *Groß ua.*

57 Vgl. Glahn, Ob tot oder lebendig! Ein interaktionaler Menschenwürdebegriff, in *Groß/Glahn/Tag* (Hrsg.), *Die Leiche als Memento mori* (2010) 45.

58 Glahn in *Groß/Glahn/Tag* 68.

59 Vgl. Wigger/Klein, „Bruder Mohr“. Angelo Soliman und der Rassismus der Aufklärung, in *Hund* (Hrsg.), *Entfremdete Körper. Rassismus als Leichenschändung* (2009) 81.

60 Beispielsweise berichtet der *Zentralrat der Juden in Deutschland*, unter Bezugnahme auf amtliche Statistiken, im Zeitraum von 2002–2008 von 267 antisemitischen Schändungen auf jüdischen Friedhöfen; vgl. www.zentralratdjuden.de/de/article/1702.innenministerium-legt-aktuelle-statistik-über-verwüstungen-vor.html. Vgl. auch *DerStandard.at*, 43 jüdische Gräber am Zentralfriedhof geschändet, 29.6.2012, <http://derstandard.at/1339639367652/Wien-43-juedische-Graeber-am-Zentralfriedhof-geschaendet>. Beispielfhaft für rechtsextreme Schändungen muslimischer Gräber vgl. *Süddeutsche.at*, 500 muslimische Gräber geschändet, 17.5.2010, www.sueddeutsche.de/panorama/frankreich-muslimische-graeber-geschaendet-1.379749; *DerStandard.at*, Schändung islamischer Gräber in Graz: „Denken in alle Richtungen“, 8.2.2008, <http://derstandard.at/3216449> (alle abgerufen am 15.3.2014).

61 Vgl. nur beispielhaft *Kurier.at*, Flüchtlinge als Nummer begraben, 20.10.2013, <http://kurier.at/politik/weltchronik/italien-lampedusa-fluechtlinge-als-nummer-begraben/31.798.122> (15.3.2014); auch *DiePresse.com*, Griechenland: Der Friedhof der Illegalen, 25.8.2010, http://diepresse.com/home/politik/aussenpolitik/590032/Griechenland_Der-Friedhof-der-Illegalen (15.3.2014).

trieben, sondern die Namenlosigkeit der Gräber ist eine Folge von Exklusion. Wem die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft verwehrt wird, trägt in dieser Gemeinschaft keinen Namen, ist als Person nicht vorhanden.⁶² In den namenlosen Gräbern manifestiert sich die verordnete Entsubjektivierung der Lebenden.

Mag.² Ines Rössl ist Mitherausgeberin des *juridikum* und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Legal Gender Studies der JKU Linz; ines.roessler@jku.at

62 Zum Gedanken, dass das „Recht, Rechte zu haben,“ von der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft abhängt, vgl. *Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*¹³ (2009, 1. engl. Aufl. 1951) 601–625. Zur kritischen Ausdifferenzierung des Exklusionsbegriffs iZm dem europäischen Grenzregime vgl. zB *Cuttitta*, *Das europäische Grenzregime: Dynamiken und Wechselwirkungen*, in *Hess/Kasperek* (Hrsg.), *Grenzregime. Diskurse, Praktiken, Institutionen in Europa* (2010) 23.

Macht der Gewohnheit

Geschichten zur geschlechtergerechten Sprache

Ilse Koza

Die Geschichte der geschlechtergerechten Sprache in zwei Zitaten:

„Texte müssen so abgefasst sein, dass sie nach einmaligem Lesen sofort verstanden werden können. (...) Die Lösung des Problems: Unsere Sprache verfügt seit jeher über die Möglichkeit, mit Hilfe eingeschlechtlicher Angaben beide Geschlechter anzusprechen.“¹

„Die größere Würde liegt beim männlichen Geschlecht. Wenn in einer Bestimmung nur das männliche Geschlecht genannt ist, so erstreckt sie sich gleichwohl zumeist auf beide Geschlechter.“²

Das erste Zitat entstammt dem Entwurf der ÖNORM A 1080, der am 15.2.2014 vom Austrian Standards Institute ausgegeben wurde und Richtlinien zur Textgestaltung zum Inhalt hat. Das 2011 Jahre ältere Zitat des römischen Rechtsgelehrten *Ulpian* scheint den VerfasserInnen der Regelung des Austrian Standards Institute Recht zu geben.

Beginn der Geschichte

Die Geschichte der feministischen Sprachwissenschaft ist relativ jung und setzte nach der zweiten Welle der Frauenbewegung Anfang der 70er Jahre in den USA ein, als *Mary Ritchie Key* und *Robin Lakoff* begannen, die Sexismen der englischen Sprache zu erforschen. Im deutschsprachigen Raum zählte neben *Luise Pusch* insbesondere *Senta Trömel-Plötz* zu den Vorreiterinnen eines Diskurses der geschlechtergerechten Sprache.³ Die Sprache ist ein wesentlicher Teil der Geschlechtergleichstellung, die ihre rechtliche Grundlage in der Staatszielbestimmung des Art 7 Abs 2 B-VG findet, worin sich Bund, Länder und Gemeinden zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau bekennen.

Wie ist es um die Gleichstellung bestellt? Das Konzept Gendermainstreaming ist in aller Munde, Genderbudgeting ist für die Legistik zur gesetzlichen Verpflichtung ge-

1 Vgl Entwurf ÖNORM A 1080, Ausgabe 2014-02-15, Richtlinien für die Textgestaltung, 37.

2 *Corpus iuris*: eine Auswahl der Rechtsgrundsätze der Antike. Herausgegeben und übersetzt von *Rudolf Düll* (1960) 95, 45.

3 Vgl *Trömel-Plötz*, Sprache: Von Frauensprache zu frauengerechter Sprache, in *Becker/Kortendiek* (Hrsg), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung³ (2010) 756.

worden, Frauen haben in puncto Bildung und Arbeitsmarkt enorm aufgeholt⁴, lesbische Paare können mit Hilfe medizinisch unterstützter Fortpflanzung Kinder zeugen⁵, um nur einige rezent diskutierte Schlaglichter zu nennen.

Die andere Seite der Medaille: Frauen sind in der Arbeitswelt nach wie vor mit einer gläsernen Decke konfrontiert, die Vereinbarkeit von Beruf und Familie lässt noch immer auf sich warten, vor allem Alleinerzieherinnen tappen in die Armutsfalle, eine antifeministische Männerrechtsbewegung heizte unter anderem die Debatte um die gemeinsame Obsorge lautstark an⁶, aktuelle Zahlen zum Gender Pay Gap zeigen ein ernüchterndes Ergebnis (23,4% im Jahr 2012⁷) und im Zuge von Sparmaßnahmen wird die Schließung der feministischen Online-Zeitung „dieStandard.at“ diskutiert⁸.

Viele der Errungenschaften und Fortschritte in puncto Gleichberechtigung stoßen und stießen somit auf Widerstand oder werden für entbehrlich gehalten. Wenig verwunderlich daher, dass gerade im Diskurs um unser Alltäglichsstes, die Sprache, so starker Gegendruck erzeugt wird. Denn der Kampf um die Sichtbarkeit in der Sprache ist kein rein symbolischer. Es geht um nichts Geringeres als die Frage, wer in der Wirklichkeit abgebildet wird.

Die Geschichte einer Norm im Namen der Sprachrichtigkeit

Die Geschichte zur ÖNORM A 1080 ist schnell erzählt. Das Austrian Standards Institute befasst sich neben technischen Fragen und Zitierregeln auch mit dem Gehalt der ÖNORM A 1080, nämlich Empfehlungen zur Textgestaltung. Diese Richtlinien sind für das Erstellen und Gestalten von Schriftstücken in Wirtschaft, Verwaltung, Wissenschaft und im privaten Bereich gedacht und sollen in Handelsschulen und Handelsakademien als Leitfaden dienen.⁹ Der diskutierte Entwurf soll die derzeit geltende Norm aus dem Jahr 2007 ersetzen.¹⁰

In der Neuauflage springen neben Empfehlungen zu Punkt und Komma insbesondere die Kapitel „Inhaltliche Textgestaltung“ und „Personenangaben im Korrespondenzbereich“ ins Auge. Demnach sei der eingeschlechtlichen Formulierung immer dann der Vorzug zu geben, wenn die Verständlichkeit eines Textes auf dem Spiel stehe. Diese sei

4 Vgl dazu die im Jänner 2014 präsentierte Studie der Arbeiterkammer von *Völkerer/Pirklbauer/Hauer/Prenner*, Frauen – Bildung – Arbeitsmarkt. Die Entwicklung der Qualifikationsstruktur von Frauen und Männern 1981–2012 in Österreich und Wien, www.media.arbeiterkammer.at/PDF/Studie_Frauen_Bildung_Arbeitsmarkt.pdf (4.4.2014).

5 Vgl VfGH 10.12.2013, G 16/2013.

6 Siehe ausführlich zur Männerrechtsbewegung *Rosenbrock* (Hrsg.), Die antifeministische Männerrechtsbewegung. Denkweisen, Netzwerke und Online-Mobilisierung (2010).

7 Vgl Die Gender-Statistik der Statistik Austria, www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/gender-statistik/index.html (31.3.2014).

8 Vgl *Susemichel*, an.sage: Die Zeitung für LeserInnen, an.schläge 2014, www.anschlaege.at/feminismus/2014/03/an-sage-die-zeitung-fuer-leserinnen/ (10.4.2014).

9 Vgl ÖNORM A 1080, 6.

10 Der Entwurf aus 2007 enthielt keine Empfehlungen zur geschlechtergerechten Sprache.

in vielen Fällen die einzige Möglichkeit, Aussagen sprachrichtig zu gestalten. Wenig originell wird vor unrichtigen Wortbildungen wie „Gästinnen“ und „Kinderinnen“ gewarnt.¹¹ Schließlich wird klargestellt, dass bei der eingeschlechtlichen Formulierung der männlichen Form, also dem generischen Maskulinum, der Vorzug zu geben ist.

Seitenweise werden unter den Aushängeschildern der Lesbarkeit, Verständlichkeit und Sprachrichtigkeit die verschiedenen Mittel geschlechtergerechter Sprache – insbesondere das Binnen-I und die Doppelnennung – sowie die gendergerechte Abkürzung akademischer Titel abgelehnt.¹² Neben dem generischen Maskulinum¹³ wird das Voranstellen einer Generalklausel empfohlen, denn „den Lesern eines Textes einen ‚Buchstabensalat‘ zu präsentieren“ sei weder für die weibliche noch für die männliche Seite ein Zeichen von Wertschätzung.¹⁴

Als die Vorsitzende des im Austrian Standards Institute für Textgestaltung zuständigen Komitees den Vorstoß in einem Interview nicht nur verteidigte, sondern der feministischen Linguistik auch den Wissenschaftsanspruch absprach¹⁵, ruderte das österreichische Normungsinstitut zurück und distanzierte sich von den heftig kritisierten¹⁶ Aussagen ihrer Vorsitzenden.¹⁷

Gendergerechte Sprache macht keine G'schicht'n

Die Geschichte ist: Es ist eigentlich gar nicht so schwer. Als Argumente gegen die geschlechtergerechte Sprache werden insbesondere ins Treffen geführt: 1. Unlesbarkeit, 2. erschwerte Verständlichkeit, 3. mangelnde Relevanz und 4. Hindernisse in der praktischen Umsetzung.

Die ersten beiden Punkte konnten insbesondere durch sprachwissenschaftliche Studien widerlegt werden. So ergaben Untersuchungen zur Wirkung geschlechtergerechter Texte auf die Qualität des Textverständnisses, dass entgegen der Kritik an potentiellen Konsequenzen sprachlicher Gleichbehandlung die kognitive Verarbeitung von geschlechtergerechten Texten ähnlich erfolgreich ist wie die Verarbeitung von generisch maskulinen Texten. Es ist daher nicht erforderlich, Texte aus Gründen der Verständ-

11 Vgl. ÖNORM A 1080, 38.

12 Vgl. ÖNORM A 1080, 37-40.

13 Es handelt sich dabei um die Verwendung des maskulinen Geschlechts, um auch Nomen oder Pronomen weiblichen Geschlechts zu bezeichnen (eine Form des so genannten „Mitgemeintseins“).

14 Vgl. ÖNORM A 1080, 39.

15 Vgl. das Interview mit *Walburg Ernst* in der Wiener Zeitung Online vom 19.3.2014, www.wienerzeitung.at/nachrichten/oesterreich/politik/616367_Welcher-Frau-hat-Binnen-I-zu-besserem-Job-verholfen.html (4.4.2014).

16 Vgl. ua *Birgitta Winkler/Traude Kogoj*, Vorwärts ins Mittelalter, *dieStandard.at*, 14.3.2014, www.diestandard.at/1392688255851/Vorwaerts-ins-Mittelalter (4.4.2014).

17 *dieStandard.at*, Austrian Standards distanziert sich von Aussagen der Komitee-Vorsitzenden, 20.3.2014, www.diestandard.at/2000001043478/Austrian-Standards-distanziert-sich-von-Aussagender-Komitee-Vorsitzenden (10.4.2014).

lichkeit im generischen Maskulinum zu formulieren.¹⁸ Auch die Notwendigkeit geschlechtergerechter Sprache für die Sichtbarkeit von Frauen im Bewusstsein und in der Realität ist durch sprachpsychologische Befunde nachgewiesen. Das schlichte „Mitgemeintsein“ reicht damit nicht aus, Frauen in Sprache und Denken sichtbar zu machen.¹⁹ Bleibt die Frage der Anwendung. Ist geschlechtergerechte Sprache in praxi tatsächlich so umständlich und mühsam wie gern behauptet wird? Ein Blick zu unseren deutschsprachigen NachbarInnen in der Schweiz und in Deutschland zeigt Bemühen um kreative Gegenentwürfe. An den deutschen Universitäten Leipzig und Potsdam wurde 2013 sogar das generische Femininum eingeführt.²⁰ Die Schweizerische Eidgenossenschaft erarbeitete in Zusammenarbeit mit der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften einen vorbildhaften 192 Seiten umfassenden Leitfaden zu geschlechtergerechter Sprache.²¹ Gendern zählt dort in Radio und Fernsehen zur Selbstverständlichkeit.²² Nicht so in Österreich.

Viel Lärm um nichts oder Grund zur Aufregung? Wie erwähnt richtet sich die ÖNORM insbesondere an den privaten Geschäftsverkehr. Sie hat somit erhebliche Breitenwirkung. Ob das Austrian Standards Institute über die Kompetenz verfügt, Empfehlungen hinsichtlich eines allgemeinen gesellschaftlichen Themas wie der Gleichberechtigung abzugeben, sei dahin gestellt. Dass dem Norminstitut die Legitimation zukommt, ist jedenfalls zu hinterfragen. Denn ganz allgemein haftet der Standardisierung durch Private das Manko demokratischer Legitimation an. Diesen Normen kommt zwar prima facie keine Rechtsqualität zu, sie können durch Verweise aber schließlich doch an Rechtserheblichkeit gewinnen.²³ Auch wenn sich das Norminstitut als neutrale und unabhängige Dienstleistungsorganisation definiert,²⁴ scheint angesichts des vorliegenden Entwurfs der Ruf nach mehr Kontrolle und Aufsicht privater Normung, die gesellschaftlich relevante Standards betrifft, angebracht. Dass die gesellschaftliche Kontrolle derzeit nur marginal ausgestaltet ist, zeigt anschaulich das Prozedere der Stellungnahme zum ÖNORM-Entwurf. Kritik zu üben oder schlicht mitzugestalten kostete den/die interessierte Bürger/in im vorliegenden Fall entweder bis zu € 153,-, um ein Exemplar der Norm zu erwerben, oder rund 30 Minuten Zeit, um die Online-Registrierung durchzuführen und das benutzungsunfreundliche Dokument Seite für Seite durchzuklicken, um eine Stellungnahme abzugeben. Die kostenlose Veröffentlichung der Standards wäre ein erster Schritt zu mehr Legitimität.

18 Galliker unter Verweis auf eine Studie von Braun *et al* aus dem Jahr 2007. Galliker, Sprachpsychologie (2013) 234 f.

19 Vgl auch den Appell von Alexia Stuefer, Von der Notwendigkeit einer geschlechtergerechten Sprache, juridikum 2011, 130.

20 Luise Pusch sieht das generische Femininum als Empathietraining für Männer, in dem sie lernen, was es bedeutet, immer nur mitgemeint zu sein. Vgl Pusch, Nachdenken über unsere Männersprache: Zum generischen Femininum der Uni Leipzig in Pusch, Gerecht und Geschlecht (2013), 96 (98).

21 www.bk.admin.ch/dokumentation/sprachen/04915/05313/index.html?lang=de (4.4.2014).

22 Vgl Trömel-Plötz in Becker/Kortendiek 758.

23 Vgl ausführlich dazu Lachmayer, Technokratische Rechtssetzung Privater, juridikum 2013, 109.

24 Vgl die Webseite des Austrian Standards Instituts: www.austrian-standards.at/ueber-uns/unsere-werte (4.4.2014).

Ende der Geschichte?

Eine unendliche Geschichte männlicher Sprachherrschaft? Der Rückschritt in Form des vorliegenden ÖNORM-Entwurfs sollte als Warnsignal gesehen werden, gerade jetzt alle kritischen Kräfte zu mobilisieren und den Diskurs mit konstruktiven Gegenentwürfen anzureichern. Dass trotz des mühsamen Prozederes 1.400 Stellungnahmen – „so viele wie noch nie“²⁵ – abgegeben wurden, hat jedenfalls eine positive Signalwirkung und bewegt so manche vielleicht doch noch zum Umdenken. Wie treffend titulierte die feministische Linguistin Luise Pusch im Jahr 1979: *Der Mensch ist ein Gewohnheitstier, doch weiter kommt man ohne ihr*.²⁶ In diesem Sinne: Fortsetzung folgt.

MMag.^a Ilse Koza ist Richteramtsanwärterin im Sprengel des OLG Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; ilse.koza@justiz.gv.at

25 Auskunft aus einem Telefoninterview mit dem Pressereferenten des Austrian Standards Institute Johannes Stern vom 8.4.2014.

26 Pusch, *Linguistische Berichte* (1979) 84 ff.