

nr 4/2015

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Dichotomien im Recht

recht & gesellschaft

Geschlechtsnormierung bei intersexuellen Minderjährigen
Tabu Gewalt an Frauen mit Behinderungen
Täterarbeit versus Opferschutz?
Verfassungscoup in Ungarn

debatte legal gender studies

Grundkonstellationen und Herausforderungen

Für Context herausgegeben von Philipp Hense, Eva Pentz, Caroline Voithofer
und Andreas Wöckinger

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Grenzverschiebungen & Grenzziehungen

Caroline Voithofer

Die aktuelle(n) Wanderungsbewegung(en) von „Außen“ als nächsten Erweiterungsschritt der EU, als eine Grenzverschiebung des „Innens“ ohne geographische (Grenz) Erweiterung des „Binnenraums“ zu begreifen, ist ein überlegenswertes Angebot, das der postmoderne Philosoph *Etienne Balibar* unterbreitet.¹ Er attestiert dem *Jetzt* ein „außergewöhnlicher europäischer Moment“ zu sein. Dass wir uns in einem solchen befinden, der mit Grenzziehungen einhergeht, ist spür-, erleb- und beobachtbar.

Nur, ob das Angebot *Balibars* genutzt wird, ist noch offen. Genauso ist offen, welche Grenzziehungen sich durchsetzen werden. Sind es jene überkommen geglaubten Staatsgrenzen innerhalb des Binnenraums, die bereits durch Personenkontrollen und zT durch Grenzzäune² re-visibilisiert werden? Ist es die Grenzziehung zwischen Menschen als „Wirtschaftsflüchtling“ oder „Konventionsflüchtling“, als Drittstaatsangehörige_r oder Unionsbürger_in, als „andere“ oder „wir“? Oder sind es Grenzziehungen zwischen einer „Festung Europa“ und einer tatsächlich offenen Gesellschaft, wo der Begriff der „Integration“ jeglichen Sinns entbehrt, weil jede_r gleichermaßen als anders und zugleich gleich anerkannt wird und keine Gruppe einen Anspruch auf Hegemonie erhebt; in der Menschenrechte allein aufgrund des bloßen Menschseins zuerkannt werden und nicht nach weiteren Kriterien für die (Nicht)Anerkennung gesucht wird?

Diese letzte Beschreibung klingt nach positiver Utopie und ist auch insofern utopisch, als Europa davon aktuell sehr weit weg zu sein scheint. Das wird zB sichtbar, wenn Grenzziehungen sich auch im privaten Bereich auftun. Wenn Verfechter_innen der Menschenrechtsidee sich – im Privaten – plötzlich einer Sprache bedienen, in der von „In-Stellung-Bringen“ des Bundesheeres an der Grenze, „unvermeidbarer Gewaltanwendung an der Grenze“, „Wirtschaftsflüchtlingen“ udgl die Rede ist. Wo die Grenzziehung zwischen rationalen Überlegungen, welche Herausforderungen entstehen, wenn traumatisierte Menschen in europäischen Gesellschaften ankommen, und emotionaler, diffuser Angst, die nach Abschottung verlangt, schwimmt. Welches „wir“ fürchtet sich hier vor „einem anderen“? So wenig, wie es eine homogene europäische oder österreichische Gesellschaft gibt, so wenig gibt es eine homogene Gruppe „der Menschen auf der Flucht“. Die, die sich nun in abgrenzender Weise als rechtmäßig hier seiend gerieren

1 *Balibar*, Europa und die Geflüchteten: die Erweiterung, <http://transversal.at/blog/elargissement?lid=erweiterung> (3.11.2015).

2 Warum eigentlich Zäune, ließe sich sarkastisch fragen, und keine Mauern, durch die nicht durchzusehen ist?

und auf ihren untrennbaren Österreich-Bezug pochen (= die „Einheimischen“), sind überwiegend wohl auch nicht (mehr) einer Heimatfilm-verklärten, konstruierten österreichischen Identität verhaftet.

Bei der Re-Visibilisierung von Staatsgrenzen via Grenzkontrollen werden auch Kindheitserinnerungen – bei mir konkret von auf der Fahrt nach Salzburg übers „Deutsche Eck“ oder in den Italienurlaub – geweckt. Die Erinnerung an ein Warten im Stau vor der Grenze, die Frage nach der Gültigkeit des Reisepasses vor der Abfahrt, die Radiomeldungen über kilometerlange Staus wegen „Grenzkontrollen“ etc. Der freie Personenverkehr ist inzwischen selbstverständlich geworden. So etwas wie ein europäisches Identitätsgefühl war bei meiner und den jüngeren Generationen vielleicht gerade im Entstehen. Das Re-Visibilisieren von Staatsgrenzen erinnert jedoch schmerzlich an die Fragilität auch dieser Identitätskonstruktion.

Doch es gibt Anzeichen für begründete Hoffnung, dass sich die positive Utopie durchsetzen kann. Dass eine verantwortungsvolle Zivilgesellschaft „(wieder) entsteht, in der ohne Ansehen der Person jene unterstützt werden, die es brauchen.“³ Das ist bewusst abstrakt formuliert, weil es auch jene erfasst, die schon länger innerhalb der EU oder Österreichs leben und Unterstützung brauchen, um ihre Freiheiten zu realisieren.⁴ Allerdings drängt sich auch hier wieder Skepsis auf, weil der dafür eigentlich Zuständige, der Staat mit seinen Institutionen, nicht in der Lage oder nicht gewillt ist, diese Unterstützung(en) zu organisieren.

Würden der Staat und die EU die Idee der Menschenrechte tatsächlich ernst nehmen, müsste beständig und prioritär daran gearbeitet werden, einen Raum der Freiheit und Sicherheit *für alle* zu schaffen, für die es irgend möglich ist. Damit zumindest für alle, die sich in ihrem Territorium befinden. Eine solche Union hätte vielleicht den Friedensnobelpreis unabhängig von ihrer Wirtschaftsordnung auch verdient.

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

3 Vgl dazu den Beitrag von *Koza/Unterlerchner*, Rechtsberatung القانونية المشورة (Arabisch) حقوقى مشاور (Farsi). Ein Erfahrungsbericht zu den zivilgesellschaftlichen Entwicklungen der letzten Monate im Bereich Rechtsberatung von Flüchtlingen in Wien, *juridikum* 2015, 422ff.

4 Vgl zu diesem Verständnis von Autonomie: *Holzleithner*, Legal Gender Studies: Grundkonstellationen und Herausforderungen, *juridikum* 2015, 479f.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 405 Grenzverschiebungen & Grenzziehungen
Caroline Voithofer

merk.würdig

- 409 Menschenrechte und Geschlecht
Silvia Ulrich
- 412 Kein „Like“ aus Luxemburg für den „sicheren Hafen“
Zur Schrems-Entscheidung des EuGH
Matthias C. Kettemann
- 417 Wie Konzerne (noch immer) europäische Entscheidungen beeinflussen: ExpertInnengruppen der EU-Kommission revisited
Alice Wagner
- 422 Rechtsberatung القانونية المشورة (Arabisch) حقوقى مشاور (Farsi).
Ein Erfahrungsbericht zu den zivilgesellschaftlichen Entwicklungen der letzten Monate im Bereich Rechtsberatung von Flüchtlingen in Wien
Ilse Koza / Barbara Unterlerchner

recht & gesellschaft

- 427 Zur Legitimität von Geschlechtsnormierungen bei intersexuellen Minderjährigen
Marija Petričević
- 439 Gewalt an Frauen mit Behinderungen – allgegenwärtig und noch immer tabuisiert
Ergebnisse aus dem EU Forschungsprojekt – „Zugang von Frauen mit Behinderungen zu Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen bei Gewalterfahrungen“
Sabine Mandl / Claudia Sprenger
- 451 Täterarbeit nach Betretungsverbot – in jedem Fall ein Beitrag zum Opferschutz?
Ulrike Furtenbach / Angelika Wehinger
- 462 Der Verfassungscoup
Ungarns Weg zum verfassungsrechtlichen Umbruch
Caroline Kulmhofer

debatte

- 471 Legal Gender Studies: Grundkonstellationen und Herausforderungen
Elisabeth Holzleithner

thema

- 482 Vorwort: Dichotomien im Recht
Miriam Broucek / Isabell Doll / Maria Sagmeister
- 485 Hinter dem Schleier des Rechts
Ausprägungen der Sein-Sollen-Dichotomie in Hans Kelsens Rechtsdenken
Ulrich Wagrاندl
- 495 Entsetzungen des Rechts
Transformationen der Rechtsgewalt bei Giorgio Agamben und Christoph Menke
Sergej Seitz

- 505 Dichotomien in intimer PartnerInnengewalt unter Einschluss einer Genderperspektive
Eine Psychologie-basierte Sicht
Heidi Siller / Margarethe Hochleitner
- 516 Die binäre Geschlechterordnung des Rechts
Rechtstheoretische und rechtspolitische Perspektiven
Cara Röhner
- 529 Greece's strangulation by the EU: dictated by law or politics?
Consequences on justice and democracy
Yiorgos Vassalos
- nach.satz
- 540 40 Jahre „Große Familienrechtsreform“: Gleichheit hinter den Türen des Privaten?
Ines Rössl / Caroline Voithofer

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN Print edition 1019-5394,
ISSN Electronic edition 2309-7477

Herausgeber_innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Philipp Hense, Eva Pentz, Caroline Voithofer, Andreas Wöckinger

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 64,-
Abo für Studierende, Erwerblose,
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, Fabiane Baxewanos, Miriam Broucek, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Marion Guerrero, Philipp Hense, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Valerie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, 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 Holzleitner (Wien), Eva Kocher (Frankfurt an der

Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander 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:

Miriam Broucek, Isabell Doll, Ulrike Furtenbach, Margarethe Hochleitner, Elisabeth Holzleitner, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Caroline Kulmhofer, Sabine Mandl, Marija Petričević, Cara Röhner, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Sergej Seitz, Heidi Siller, Claudia Sprenger, Silvia Ulrich, Barbara Unterlerchner, Yiorgos Vassalos, Caroline Voithofer, Alice Wagner, Ulrich Wagrاند, Angelika Wehinger

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 (Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dkfm. André Caro) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und brauchbare Information“, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien. Die grundlegende Richtung des Juridikum ergibt sich aus den Statuten des Vereins CONTEXT und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte. Erscheinungsort: Wien.

Layout und Satz:

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Philipp Hense: philipp.hense@riseup.net
Eva Pentz: epentz@gmx.at
Caroline Voithofer: caroline.voithofer@uibk.ac.at
Andreas Wöckinger: a.woeckinger@gmx.at

Das Juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Menschenrechte und Geschlecht

Silvia Ulrich

Rezension zu: *Ulrike Lembke* (Hrsg), *Menschenrechte und Geschlecht*, Band 28 der Schriften zur Gleichstellung, Nomos, Hamburg/Berlin (2014), 271 Seiten, ISBN 978-3-8487-1637-1 (Print), ISBN 978-3-8452-5677-1 (ePDF)

Menschenrechte und Geschlecht – das ist im Menschenrechtsdiskurs seit Jahrzehnten ein zentrales Thema der Frauen- und Geschlechterforschung.¹ Dabei ging es anfänglich vor allem um die Effektivität des Menschenrechtsschutzes in Bezug auf diskriminierende weibliche Lebenszusammenhänge und den Beitrag der Menschenrechte zur Enthierarchisierung der Geschlechterverhältnisse. Trotz der universellen egalitären Versprechungen des Völkerrechts blieben geschlechtsspezifische Benachteiligungen lange Zeit eine hochproblematische Leerstelle in der Schutzkonzeption. Der Wirkungsverlust des Menschenrechtsschutzes war ua eine Folge der Überbetonung der Privatautonomie gegenüber anderen grundrechtlichen Schutzgütern und führte zur Vernachlässigung staatlicher Schutzpflichten im privaten Bereich.² Verstärkt wurde dies durch ein reduktionistisches formalrechtliches Gleichheitsverständnis. Das Völkerrecht ist diesen Schutzdefiziten ua mit der Ausdifferenzierung der Menschenrechtsverträge begegnet. Die UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)³ nimmt erstmals umfassend die benachteiligenden Lebensverhältnisse von Frauen in den Blick, mahnt neben formaler Gleichheit auch die Verwirklichung substantieller Gleichheit ein und erweitert das ursprünglich abwehrrechtlich fundierte Schutzkonzept des universellen Menschenrechtsschutzes zu einer staatlichen Pflichtentrias aus Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten.⁴ Dieser Weg der Effektuierung der menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote wurde auch zur Sanierung anderer Leerstellen im

1 Vgl zu den Debatten ab den 1990er Jahren ua *Gerhard/Jansen/Maihofer/Schmid/Schultz* (Hrsg), *Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht* (1990); *Cook* (Hrsg), *Human Rights of Women: National and International Perspectives* (1994); *Gabriel* (Hrsg), *Frauenrechte. Einführung in den internationalen frauenspezifischen Menschenrechtsschutz* (2001); *Neubold/Pirstner/Ulrich* (Hrsg), *Menschenrechte – Frauenrechte* (2003); *Rudolf* (Hrsg), *Frauen und Völkerrecht. Zur Einwirkung von Frauenrechten und Fraueninteressen auf das Völkerrecht* (2006) und *Schöpp-Schilling/Rudolf/Gothe* (Hrsg), *Mit Recht zur Gleichheit. Die Bedeutung des CEDAW-Ausschusses für die Verwirklichung der Menschenrechte von Frauen weltweit* (2014).

2 Vgl mwN zur einschlägigen feministischen Kritik: *Elsuni*, *Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte* (2011) 100ff.

3 BGBl 1982/443.

4 Vgl dazu näher *Schläppi/Künzli/Sturm* in *Schläppi/Ulrich/Wyttenbach* (Hrsg), *CEDAW Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentie-*

allgemeinen Menschenrechtsschutz beschränkt. Die Sichtbarmachung und Überwindung der strukturellen Hindernisse auf dem Weg zur vollen Grundrechtsverwirklichung spielt ua auch in Bezug auf Ethnizität, Behinderung und den Status als Kind eine zentrale Rolle.⁵ Mit der Ausdifferenzierung der Menschenrechtsverträge sind jedoch auch grundlegende Fragen aufgeworfen, ua in Bezug auf die Legitimität dieses sektoralen Ansatzes und den damit einhergehenden Ein- und Ausschlüssen im jeweiligen Schutzbereich, die Leistungsfähigkeit des Menschenrechtsschutzes hinsichtlich mehrdimensionaler Diskriminierung, die Überwindung der binären Geschlechterlogik und der heteronormativen Grundannahmen im Menschenrechtsschutz.

Der vorliegende Sammelband „*Menschenrechte und Geschlecht*“ widmet sich in neun Beiträgen solchen zentralen Fragen des internationalen Menschenrechtsschutzes und bietet damit einen profunden Einblick in den aktuellen Forschungsstand.

Beate Rudolf zeichnet in Bezug auf Geschlecht die wichtigsten Phasen im internationalen Menschenrechtsdiskurs und die damit einhergehenden normativen Veränderungen nach. *Katja Rodi* analysiert die aus der CEDAW erfließenden Staatenverpflichtungen zum effektiven Abbau von Geschlechterstereotypen, die auch für die Bekämpfung sexualisierter Gewalt essentiell sind. *Sarah Elsun* befasst sich mit dem Prozess der Anerkennung von Gewalt gegen Frauen als Menschenrechtsverletzung und den normativen Unschärfen in Bezug auf geschlechtsbezogene Gewalt, die sich gegen die Nichtkonformität sexueller und geschlechtlicher Lebensweisen richtet.

Lucy Chebout stellt sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität in einen breiteren diskursiven Kontext und reflektiert die Verortung im internationalen Menschenrechtssystem als eigene Schutzkategorie oder als geschlechterbasierte Menschenrechtsfrage, die vom Schutzbereich der Diskriminierungsverbote und der klassischen Freiheitsrechte erfasst ist. *Matthias Lehnert* befasst sich mit den Anforderungen an eine gender-sensible Auslegung des Asylrechts, und zwar ebenfalls unter Einbeziehung von LGBTI*Rechten⁶. Er plädiert in Bezug auf die Lebensbedingungen der Schutzsuchenden für eine verstärkte menschenrechtliche Ausrichtung an den Schutzpflichten der Menschenrechtspakete.⁷ *Anna von Gall* analysiert die Bedeutung von strategischen Menschenrechtsklagen und die bestehenden verfahrensrechtlichen Defizite in der Verfolgung sexualisierter Kriegsgewalt.

Der Sammelband enthält darüber hinaus Beiträge, die Geschlecht im Lichte anderer Menschenrechte aus intersektioneller Perspektive beleuchten. *Ulrike Lembke* bietet

– Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich (2015) Teil 3, Art 2, A, Rz 15ff und *Kartusch* in *Schlappi/Ulrich/Wytenbach*, CEDAW, Teil 3, Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen, A, Rz 13ff.

5 Vgl. Übereinkommen über die Beseitigung rassistischer Diskriminierung, BGBl 1972/377; Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl III 2008/155 und Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 1993/7.

6 lesbian, gay, bisexual, trans*, inter*.

7 Internationaler Pakt über bürgerliche und Politische Rechte, BGBl 1978/591 und Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, BGBl 1978/590.

einen kritischen Einblick in die Schutzgüterabwägung in Bezug auf gelebte religiöse Geschlechter- und Sexualnormen einerseits und Gleichheits- und Freiheitsgarantien andererseits. *Tillmann Löhr/Friederike Wapler* analysieren die komplexe Verschränkung von Kinderrechten und Geschlecht und *Minou Banafsche* beleuchtet den Intersektionalitätsansatz der Behindertenrechtskonvention und misst das Schutzpotential in Bezug auf mehrdimensionale Diskriminierung anhand zweier Rechtsfälle.

Der Sammelband leistet einen wichtigen Beitrag zu den Debatten um die Fortentwicklung des Menschenrechtsschutzes aus der Genderperspektive. Schade nur, dass thematisch nicht auch Ethnizität und Geschlecht durch eine eigenständige Abhandlung repräsentiert ist. Ansonsten wurde der Anspruch, die Bedeutung von Geschlecht in den internationalen Menschenrechtsverträgen und aktuellen Menschenrechtsdiskussionen systematisch zu analysieren, in jeder Hinsicht eingelöst. In den bearbeiteten Themenfeldern werden nicht nur der Stand der internationalen Rechts- und Judikaturentwicklung analysiert und kritisch reflektiert, sondern auch die jeweiligen Leerstellen und Schutzdefizite entlang der binären und heterosexuellen Fundierung der menschenrechtlichen Schutzkonzepte diskutiert. Indem auch innerstaatliche Rechtsnormen und Rechtsdiskurse einbezogen sind, gelingt es, das Steuerungspotential der Menschenrechte über die grundsätzlichen Analysen hinaus in den einschlägigen Rechtsbereichen konkret fassbar zu machen. Auch wenn hierbei auf die deutsche Rechtslage abgestellt wird, ergibt sich aus rechtsvergleichender Perspektive ein großer fachlicher Mehrwert, der in Bezug auf Umsetzungserfolge und -defizite eine rechtspolitische Standortbestimmung in der eigenen Rechtsordnung erleichtert.

Ein wichtiges Buch – nicht nur für Wissenschaftler_innen, die sich mit Grund- und Menschenrechten beschäftigen. Es ist auch all jenen sehr zu empfehlen, die auf politischer oder rechtspraktischer Ebene mit Menschenrechtsfragen befasst sind.

Silvia Ulrich ist Vorständin des Instituts für Legal Gender Studies an der Johannes Kepler Universität Linz;
Silvia.Ulrich@jku.at

Kein „Like“ aus Luxemburg für den „sicheren Hafen“

Zur *Schrems*-Entscheidung des EuGH

Matthias C. Kettemann

1. Das Ende des „sicheren Hafens“

Es war ein datenschutzrechtlicher Paukenschlag: Mit der Aufhebung der „Safe Harbour“-Entscheidung der Kommission¹ hat der EuGH dem millionenhaften Transfer von Daten europäischer Nutzer_innen in die USA die rechtliche Grundlage entzogen. Der EuGH hat damit seine expansive Judikaturlinie zur außereuropäischen Anwendbarkeit europäischer Datenschutzregeln abgerundet und die Datenschutzbehörden zu zentralen Regulierungsstellen der eminent wichtigen Datenströme des Internets gemacht.

Das Urteil konnte die Kommission nicht überraschen. Schon Berichte über das Funktionieren von „Safe Harbour“ aus den Jahren 2001, 2003 und 2013 hatten ernsthafte Probleme aufgezeigt. Diese hatte Generalanwalt *Bot* in seinen Schlussanträgen klar in Erinnerung gerufen.²

In einer Entscheidung vom 6.10.2015³ rügte der EuGH mit klaren Worten die Kommission, weil sie es verabsäumt hatte festzustellen, dass die USA – durch nationales Recht oder internationale Verpflichtungen – ein angemessenes grundrechtliches Schutzniveau zu gewährleisten habe.⁴ Die Datenschutzbehörden der EU-Mitgliedstaaten könnten daher weiterhin unabhängig prüfen, ob ein Drittland ein angemessenes Schutzniveau für das Recht auf Privatsphäre und Datenschutz sichere, wenn aus diesem Mitgliedstaat dorthin Daten übermittelt würden.⁵

2. Keine Gleichwertigkeit des Datenschutzniveaus

Der Entscheidung vorangegangen war ein Rechtsstreit des österreichischen Privacy-Aktivistin *Max Schrems*, der versucht hatte, über die Datenschutzbehörde Irlands, des europäischen Sitzes von Facebook, eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Daten-

1 Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 2000 gemäß der RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des von den Grundsätzen des „sicheren Hafens“, ABl L 2000/215.

2 EuGH, C-362/14, *Schrems/Data Protection Commissioner*, Schlussanträge von GA *Bot*.

3 EuGH 6.10.2015, C-362/14, *Schrems/Data Protection Commissioner*.

4 *Ibid.*, Rn 97-98.

5 *Ibid.*, Urteilsspruch 1, 2.

bewegungen zwischen Europa und den USA zu erreichen. Das schlussendlich befasste irische Höchstgericht legte schließlich vor.

Der EuGH zeigte sich äußerst kritisch gegenüber dem in den USA bestehenden datenschutzrechtlichen Schutzniveau. Den „Erfordernissen der nationalen Sicherheit, des öffentlichen Interesses oder der Durchführung von (amerikanischen) Gesetzen“ würde Vorrang vor dem Grundrechtsschutz eingeräumt.⁶ Das entspreche nicht dem „angemessenen Schutzniveau“, das dem in der Union garantierten Niveau „der Sache nach gleichwertig“⁷ sei. Die Gleichwertigkeit substantiiert der EuGH in Folge unter Rückgriff auf europäisches Datenschutzrecht (um gleichzeitig zu betonen, dass das Schutzniveau nicht ident sein müsse) und kombiniert dies mit Überprüfungspflichten durch die Kommission. Insbesondere müssten Eingriffe in die Charta-Grundrechte klar und präzise umrissen sein und sich auf das absolut Notwendige beschränken;⁸ gleichzeitig müssten wirksame Rechtsschutzmöglichkeiten für die Betroffenen zur Verfügung stehen.

Die Rechtslage in den USA entspräche diesen Anforderungen nicht. Überschießend sei eine Regelung, „die generell die Speicherung aller personenbezogenen Daten sämtlicher Personen, deren Daten aus der Union in die Vereinigten Staaten übermittelt wurden, gestattet, ohne irgendeine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme anhand des verfolgten Ziels vorzunehmen.“⁹

Gesetze, die einen generellen Zugriff auf Daten erlauben, verletzen den Wesensgehalt des durch Art 7 der Charta garantierten Grundrechts auf Achtung des Privatlebens.¹⁰ Deshalb sei auch keine Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie noch in *Digital Rights Ireland*,¹¹ nötig. Es ist beachtenswert, dass schon eine generell-abstrakte Zugriffsregelung für eine Wesensgehaltsverletzung ausreicht und nicht erst eine konkrete Datenverarbeitung.

3. Multidimensionale Datenschutzarchitektur

Das Urteil unterstreicht die Bedeutung von Privatleben und Datenschutz, bestätigt die Bedeutung, die der EuGH europäischer Datenhoheit beimisst und stellt eine Fortführung der multidimensionalen datenschutzfreundlichen Judikaturlinie des EuGH dar. Schon in *Digital Rights Ireland* hatten die Europarichter_innen betont, dass Eingriffe – besonders solche, die Datensammlung ohne Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme vorsehen – regelmäßig Grundrechte verletzen, weil sie sich nicht auf das „absolut Notwendige“ beschränkten.

6 Ibid, Rn 86.

7 Ibid, Rn 73.

8 Ibid, Rn 92.

9 Ibid, Rn 93.

10 Ibid, Rn 94.

11 EuGH 8.4.2014, C-293/12, C-594/12, *Digital Rights Ireland/Seitlinger ua.*

Mit *Schrems* schützt der EuGH Privatleben und Datenschutz (und das Recht auf wirklichen gerichtlichen Rechtsbehelf) gegen Handlungen der EU-Organe und anderer Staaten; in *Google Spain und Google*¹² fokussiert er auf die Pflichten von Unternehmen (Linklöschpflichten von Suchmaschinenbetreiber_innen als Ausfluss der Rechte auf Privatleben und Datenschutz, außer gegenläufige Interessen der Öffentlichkeit wiegen stärker); und in *Ryneš*¹³ erstreckte er seine Judikatur auch auf Aktivitäten von Privaten (private Videoüberwachung im öffentlichen Raum ist ein Eingriff in das Datenschutzrecht). Damit hat der EuGH in nur zwei Jahren eine umfassende multidimensionale Schutzjudikatur entwickelt, die den europäischen Datenschutzregeln extraterritoriale Wirkung verleiht.

Während dies zu begrüßen ist, geht der EuGH doch etwas nonchalant mit den Aufgaben von Unternehmen um, die er ohne erkennbare Reflexion vor schwierige Aufgaben stellt: Schon Google musste nach *Google Spain* das „Recht, delistet zu werden“ in Eigenregie (mehr schlecht als recht) umsetzen; nun stehen IT-Unternehmen vor den Trümmern ihrer transatlantischen Datenstrom-Aquädukte.

4. Vom Hafen zum Schirm: Europäische Datenschutzrechtspolitik nach *Schrems*

Schrems hat bedeutende rechtspolitische Implikationen. Das Urteil platzt hinein in den Globalisierungsprozess der Letztkontrollfunktion von zentralen Internetressourcen durch die USA, in Verhandlungen über die Datenschutzgrundverordnung sowie in die Abschlussphase der Diskussionen über das „Umbrella Agreement“.¹⁴ Das Europäische Parlament hat etwa klar gemacht, dass es der Vereinbarung erst zustimmen würde, wenn die Rechtslage in den USA dergestalt verändert werde, dass europäischen „data subjects“ ein Recht auf Rechtsschutz eingeräumt werde.¹⁵ Genau das fordert auch der EuGH in *Schrems*.

Die nächsten Wochen werden mithin rechtspolitisch interessant. So schlimm wie es *Penny Pritzker*, die US-Wirtschaftsministerin, befürchtet, wird es aber nicht werden. Die *New York Times* zitiert sie mit den Worten, dass das Urteil „the thriving trans-Atlantic digital economy“ aufs Spiel setze.¹⁶ Dieses Risiko ist gering, aber die Nervosität der US-Regierung ist verständlich. Das *Schrems*-Urteil erhöht die Komplexität der Verhandlungsrunden zu TTIP und TISA. Der Verweis des EuGH auf seine ständige Rechtspre-

12 EuGH 13.5.2014, C-131/12, *Google Spain und Google*.

13 EuGH 11.12.2014, C-212/13, *František Ryneš/Úřad pro ochranu osobních údajů*.

14 *Europäische Kommission*, Questions and Answers on the EU-US data protection „Umbrella agreement“, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5612_en.htm (19.10.2015).

15 Dies ist durch den Judicial Redress Act of 2015, http://judiciary.house.gov/_cache/files/8a28056b-387e-46f2-8c80-655249f4ae8f/hr-1428.pdf (16.10.2015), geplant. S allerdings die zutreffende Kritik bei *Schaar*, Leaky Umbrella, EAID-Blog, www.eaid-berlin.de/?cat=8 (18.9.2015) (keine Anwendung der Schutzstandards auf Datensammlung mit Bezug zu „nationaler Sicherheit“).

16 *Scott*, Data Transfer Pact Between U.S. and Europe Is Ruled Invalid, http://www.nytimes.com/2015/10/07/technology/european-union-us-data-collection.html?_r=0 (6.10.2015).

chung, wonach die Union eine „Rechtsunion“ sei und die Möglichkeit, die Handlungen aller Organe an Primärrecht und insb Grundrechten zu messen,¹⁷ kann als Indiz dafür gesehen werden, dass der EuGH ein „Workaround“ um seine hohen Datenschutzstandards durch die Kommission über völkerrechtliche Verträge nicht akzeptieren würde.¹⁸ Tritt man einen Schritt zurück (und blickt auch auf das von der UNO in der Agenda 2030 formulierte Ziel, bis 2020 alle Menschen ins Internet zu bringen¹⁹), stellt sich die Sinnfrage regionaler Datenschutzstandards im Lichte der globalisierten Datenströme und des wichtigen Prinzips des „free flow“ von Daten.²⁰ Auch der globalen Harmonisierung von Datenschutzregeln wächst einige Dringlichkeit zu; ein „global data privacy law“²¹ ist in Ansätzen im Entstehen, und auch US-amerikanische Konzepte von Privatsphäre und Datenschutz haben seit zumindest zehn Jahren durch europäischen Einfluss an Kontur gewonnen.²²

Innereuropäisch bleibt eine Wunde offen: Die nach außen hin nun vom EuGH unterstrichenen datenschutzrechtlichen Grundsätze und der hohe Schutzstandard können von diesem nicht auf nationale Sachverhalte angewandt werden (vgl Art 51 Abs 1 GRC). Weiterhin besteht keine europarechtliche Grundlage für die Bewertung von mitgliedstaatlichen Datenzugriffsregelungen, wie des deutschen Artikel 10-Gesetzes,²³ auf Grundrechtskonformität.²⁴ Das ist ein Widerspruch, den es gilt aufzulösen, will die EU weiterhin glaubhaft als Verfechterin von hohen Datenschutzstandards auftreten. Eine Chance dafür bietet der (allerdings schon fortgeschrittene) Prozess um die Ausverhandlung der neuen Datenschutz-Grundverordnung, die im Lichte von *Schrems* schon wieder Änderungsbedarf aufweist. Interessant wird auch sein, wie der EGMR die Vorlage des EuGH aufnimmt: Die zur Behandlung angenommenen Fälle *Big Brother Watch and Others* und *Bureau of Investigative Journalism and Alice Ross* werden Straßburg dazu viel Platz bieten.²⁵

17 EuGH 6.10.2015, C-362/14, *Schrems/Data Protection Commissioner*, Rn 60.

18 *Peers*, The party's over: Eu data protection law after the Schrems Safe Harbour judgment 7.10.2015, <http://eulawanalysis.blogspot.be/2015/10/the-partys-over-eu-data-protection-law.html> (20.10.2015).

19 *Vereinte Nationen*, Transforming Our World. The 2030 Agenda for Sustainable Development, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/7891Transforming%20Our%20World.pdf> (20.10.2015) Ziel 9.c.

20 *Wagner*, Daheim ist's am schönsten – Anmerkungen zum Urteil in der Rechtssache *Schrems*, www.juwiss.de/73-2015 (13.10.2015).

21 *Bygrave*, Data Privacy Law. An International Perspective (2014).

22 Die Debatten prägend: *Shaffer*, Globalization and Social Protection: The Impact of EU and International Rules in Ratcheting Up of U.S. Privacy Standards, *Yale J Int'l Law* 2000/25, 1, 50.

23 Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art 10-Gesetz) v 26. 6.2001 (BGBl I S 1254, 2298) idF Art 2 Abs 1 des Gesetzes v 12. 6.2015 (BGBl I S 926).

24 *Peters*, EuGH erklärt Safe-Harbour für ungültig – Was folgt daraus für die europäischen Sicherheitsbehörden? 13.10.2015, www.juwiss.de/74-2015 (16.10.2015).

25 EGMR, 58170/13, *Big Brother Watch and Others/Vereinigtes Königreich*; EGMR, 62322/14, *Bureau of Investigative Journalism and Alice Ross/Vereinigtes Königreich*.

Viel Platz für die rechtlichen Erwägungen kritischer Köpfe bietet auch das *juridikum*. Der Autor dieser Zeilen hatte *Max Schrems* schon 2011 dazu eingeladen, im Rahmen eines Schwerpunktes zu Internet und Recht seine Initiative vorzustellen.²⁶ Dass wir vier Jahre später am selben Ort einen Etappenerfolg im Kampf um Datenschutz im Informationszeitalter feiern, ist ein schönes Zeichen für das Potenzial der kritischen Rechtspolitik von unten.

Mag. Dr. Matthias C. Kettemann, LL.M. (Harvard), ist Post-Doc Fellow am Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ der Goethe-Universität Frankfurt am Main und Lektor am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Karl-Franzens-Universität Graz; kettemann@jur.uni-frankfurt.de

26 *Schrems*, Facebook: Überwachung auf freiwilliger Basis, *juridikum* 2011, 523.

Wie Konzerne (noch immer) europäische Entscheidungen beeinflussen: ExpertInnengruppen der EU-Kommission revisited¹

Alice Wagner

1. Einleitung

Im Europäischen Gesetzgebungsprozess kommt den ExpertInnengruppen oftmals eine einflussreiche Rolle zu: Sie beraten die Kommission – der das alleinige Initiativrecht für europäische Gesetzgebungsakte zukommt – und ihre Dienststellen zu einer breiten Themenpalette. Aktuell hat die Kommission 815 ExpertInnengruppen mit 27.487 Mitgliedern eingesetzt.² Die Kommission trifft alleine die Entscheidung darüber, welche Gruppen eingesetzt werden und welche Personen darin mitarbeiten. Etwa zwei Drittel der Mitglieder werden von nationalen Behörden entsandt, die restlichen 10.143 Personen³ vertreten ua Unternehmen, Verbände, NGOs, Gewerkschaften, internationale Organisationen, Forschungsinstitute oder Universitäten. Jedoch ist die Gruppe der nicht-behördlichen VertreterInnen keinesfalls ausgewogen besetzt: Oftmals dominieren große Konzerne und deren Verbände in den ExpertInnengruppen. Schon in einem 2013 im *juridikum*-Schwerpunkt „Demokratie in der Krise“ erschienen Beitrag bezeichnete *Yiorgos Vassalos* diese Gremien als „Damoklesschwert“ über der europäischen Demokratie.⁴

2. VW-Skandal zeigt Reichweite des Problems

Der im September ans Licht gekommene VW-Skandal um die Manipulation von Abgaswerte-Messungen machte einmal mehr die Dominanz des Lobbyings großer Konzerne in Brüssel ersichtlich. Schon lange vor dem aktuellen Skandal hatte die Brüsseler NGO *Corporate Europe Observatory* darauf hingewiesen, wie es der Automobilindustrie durch vehementes Lobbying gelang, strengere Abgaswerte und Kontrollsysteme seit den

1 Dieser Artikel ist eine aktualisierte und ergänzte Fassung des Kapitels „ExpertInnengruppen der Kommission“, welches für eine Broschüre der Arbeiterkammer Wien verfasst wurde: http://wien.arbeiterkammer.at/service/broschueren/Lobbying_in_Bruessel.html (2.11.2015).

2 Abfrage im Register der ExpertInnengruppen und anderer ähnlicher Einrichtungen der europäischen Kommission: <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?Lang=DE> (2.11.2015).

3 Ebd.

4 *Vassalos*, European Commission's expert groups: Damocles' sword over democracy, *juridikum* 2013, 87.

1990er Jahren zu verhindern, verwässern und verzögern.⁵ Dafür hat sich die Automobilindustrie gerade auch des beschriebenen Systems der ExpertInnengruppen der Kommission bedient. Selbst nach Publikwerden des Skandals sitzt Volkswagen weiterhin in fünf ExpertInnengruppen⁶, die die Kommission aktuell beraten. Wäre es angesichts der Ausmaße des Skandals rund um den Konzern nicht ein logischer (erster) Schritt gewesen den VW-Konzern mit sofortiger Wirkung aus allen ExpertInnengruppen zu entlassen? Die Kommission hat keinen derartigen Schritt gesetzt.

Um europäische Entscheidungsprozesse zu beeinflussen, setzt der VW-Konzern beträchtliche personelle und finanzielle Ressourcen ein: Laut Eigenangaben von Volkswagen im EU-Transparenzregister sind 43 Personen (18 Vollzeitäquivalente) mit Lobbyingaktivitäten in EU-Angelegenheiten beschäftigt.⁷ Als jährliche Gesamtkosten für Lobbying gibt das Unternehmen 3,3 Millionen Euro an. Hinzu kommen weitere 625.959 Euro für die Mitgliedschaften in europäischen Dachverbänden wie der European Automobile Manufacturer's Association (ACEA) oder BusinessEurope.⁸

3. Unausgewogene Besetzung und Technokratisierung

Der Anlassfall Volkswagen zeigt die Problematik des gegenwärtigen Systems auf: Anstatt in einem ausgewogenen Verhältnis mit VerbandsvertreterInnen und der Zivilgesellschaft zu diskutieren, lädt die EU-Kommission große Konzerne ein, direkt in den ExpertInnengruppen beratend tätig zu werden. Diese Vorgehensweise argumentiert die EU-Kommission mit dem Bedarf nach externer Expertise aufgrund der eigenen geringen Personalressourcen.⁹ Somit werden jedoch hochpolitische Fragestellungen als solche technischer Art hingestellt. Tatsächlich definieren ExpertInnengruppen oftmals, bei welchen Themen politischer Handlungsbedarf besteht oder was als zu regulierendes Problem angesehen wird.

Die Verteilung der Interessen in diesen Gruppen könnte dabei ungleicher nicht sein: In Schlüsselgeneraldirektionen – wie den Generaldirektionen Steuern, Unternehmen oder im Generalsekretariat der Kommission – hatten WirtschaftsvertreterInnen in diesen Beratungsgremien einen Anteil von 60 bis beinahe 80 %.¹⁰ Demgegenüber waren NGOs,

5 *Corporate Europe Observatory*, Power of car industry lobby makes scandal inevitable, 29.9.2015, <http://corporate-europe.org/power-lobbies/2015/09/power-car-industry-lobby-makes-scandal-inevitable> (2.11.2015).

6 Gemäß Abfrage im Register der ExpertInnengruppen (2.11.2015) ist Volkswagen in folgenden 5 ExpertInnengruppen vertreten: Working Group on Motor Vehicles, European ITS Advisory Group, KETs High Level Commission expert group, Expert group on alternative fuels, iMobility Forum.

7 Abfrage im EU-Transparenzregister: <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do?redir=false&locale=de> (2.11.2015).

8 Ebd.

9 Vgl etwa *Europäische Kommission*, Expertengruppen erklärt, <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=faq.faq&aide=2> (2.11.2015).

10 *AK Europa/ÖGB Europabüro/ALTER-EU*, A Year of Broken Promises (2013), http://alter-eu.org/sites/default/files/documents/Broken_Promises_web.pdf (2.11.2015).

Gewerkschaften, aber auch KMUs nur in kleiner Zahl vertreten.¹¹ Eine aktuelle Studie des EU-Parlaments stellt fest, dass sich die Situation in den Jahren 2013-2015 sogar noch verschlechtert hat: NGO-VertreterInnen waren im Vergleichszeitraum um 10 % weniger vertreten; UnternehmensvertreterInnen um 5 % mehr, Verbände sogar um 23 % mehr.¹²

Ein Beispiel für die fehlende Balance bei der Besetzung von ExpertInnengruppen ist das von der Kommission eingerichtete „Strategic Policy Forum on Digital Entrepreneurship“: Bei mehr als 30 Mitgliedern des Forums kommt lediglich ein Mitglied von der Gewerkschaft (industriAll) und gar keines aus dem Bereich des VerbraucherInnenschutzes.¹³ Zu einem großen Teil besteht das Forum aus Verbands- und KonzernvertreterInnen, darunter auch bedeutende US-Unternehmen wie Google, ebay oder Microsoft.¹⁴ Trotz des massiven Ungleichgewichts bei der Besetzung dieser Gruppe, traf das Strategic Policy Forum in einem herausgegebenen Bericht bemerkenswerte beschäftigungspolitische Aussagen: Die Digitalisierung bedrohe 54 % der Arbeitsplätze in der EU, ein digitaler Binnenmarkt könnte 3,8 Millionen neue Arbeitsplätze schaffen.¹⁵

4. Kleine Verbesserungen, weiterhin große Intransparenz

Lange Zeit tagten die ExpertInnengruppen vollkommen im Geheimen hinter verschlossenen Türen, ohne dass ein rechtliches Reglement für die Einsetzung, Besetzung und Arbeitsweise der Gruppen bestand. Bis 2005 wurden nicht einmal die Namen der einzelnen ExpertInnengruppen veröffentlicht. Erst auf Druck von NGOs, des Europäischen Parlaments und der Europäischen BürgerInnenbeauftragten war die Kommission bereit, langsam und schrittweise in Richtung mehr Transparenz zu gehen. Seit 2009 existiert bereits zitiertes Online-Register, in welchem nun alle Gruppen und deren Mitglieder aufscheinen. 2010 erließ die Kommission eine Rahmenregelung für ExpertInnengruppen,¹⁶ welche Vorschriften über deren Einsetzung und Arbeitsweise enthalten. Wie das aktuelle Beispiel einer als „Netzwerk“ bezeichneten ExpertInnengruppe zum Abbau von Schiefergas zeigt, ist jedoch nicht gesichert, dass die Kommission diese Regeln selbst auch einhält. Wie NGOs nachgewiesen haben, dominierte auch in diesem Netzwerk die Industrie: 70 % der ExpertInnen hatte eine direkte Verbindung zur Fra-

11 Ebd.

12 *Europäisches Parlament*, Composition of the Commission's expert groups and the status of the register of expert groups (2015), www.helgatruepel.de/wp-content/uploads/2015/09/EP-Study-EC-Expert-Groups.pdf (2.11.2015) 7.

13 Strategic Policy Forum on Digital Entrepreneurship: http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/ict/digital-entrepreneurship/strategic-policy-forum/index_en.htm (2.11.2015).

14 Ebd.

15 *Strategic Policy Forum on Digital Entrepreneurship*, Digital, Transformation of European Industry and Enterprises, 18.3.2015, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/9462/attachments/1/translations/en/renditions/native> (3.11.2015) 4.

16 K (2010) 7649 endg.

ckingindustrie, nur 5 der 74 Mitglieder der Gruppe stammen aus der Zivilgesellschaft.¹⁷ Im Register der ExpertInnengruppen scheint das Netzwerk jedoch überhaupt nicht auf. Die Kommission argumentiert das damit, dass dem Netzwerk „keine Beraterrolle zukomme“, es „keine Expertengruppen der Kommission darstelle“ sowie „lediglich Informationen sammle, analysiere und überprüfe“.¹⁸ Derartige Ausführungen der Kommission stehen in klarem Widerspruch zur kommissionseigenen Definition in der Rahmenregelung, welche eine ExpertInnengruppe mit folgenden Kriterien definiert: (1.) „Beratungsgremien, die von der Kommission oder ihren Dienststellen eingesetzt werden“; (2.) „umfassen mindestens sechs Mitglieder aus dem öffentlichen und/oder privaten Sektor und kommen mehr als einmal zusammen“ und (3.) erfüllen die „Funktion[,] [...] die Kommission und ihre Dienststellen zu beraten und ihnen [...] Sachverstand bereitzustellen“ betreffend die „Erarbeitung von Rechtsetzungsvorschlägen und politischen Initiativen“, die „Erarbeitung delegierter Rechtsakte“ sowie die „Umsetzung bestehender EU-Rechtsvorschriften, Programme und Strategien“.¹⁹

Neben der unausgewogenen Besetzung und der Missachtung der Regeln über die Einsetzung, stellt vor allem die intransparente Arbeitsweise ein weiteres Problem der ExpertInnengruppen dar: Detailgrad, Regelmäßigkeit und Aktualität der Offenlegungen der Arbeiten unterscheiden sich stark zwischen den einzelnen Gruppen. Tagesordnungen und Sitzungsberichte werden meist gar nicht veröffentlicht, genauso wenig wie Minderheitenmeinungen (*dissenting opinions*). Nähere Informationen zu den Gruppen finden sich nicht direkt im Register, sondern auf eigenen Websites – die entsprechenden Links sind nicht immer aktuell bzw. führen manchmal sogar ins Leere.

5. Anstehende Reform und Ausblick

Zuletzt hatte die Europäische BürgerInnenbeauftragte *Emily O'Reilly* eine Untersuchung aus eigener Initiative wegen der Zusammensetzung der ExpertInnengruppen eingeleitet und scharfe Kritik an der EU-Kommission geäußert.²⁰ Kernstück des von der BürgerInnenbeauftragten vorgelegten umfangreichen Maßnahmenkataloges²¹, anhand dessen sie vorschlägt, das gegenwärtige System der ExpertInnengruppen zu überarbeiten, ist die Forderung nach einheitlichen Regeln, um eine ausgewogene Besetzung der Gruppen zu gewährleisten.

17 *Corporate Europe Observatory/Friends of the Earth Europe*, Carte blanche for fracking, http://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/carte_blanche_for_fracking_final.pdf (3.11.2015).

18 Antworten der Kommission an Friends of the Earth, zit gem Emailverkehr mit *Antoine Simon*, FoEE, am 1. Juli 2015, Übersetzung aus dem Englischen.

19 K (2010) 7649 endg, 3.

20 Vgl dazu ausführlicher *Wagner*, ExpertInnengruppen der Kommission: A Never Ending Story?, *infobrief eu & international* 2015/3, 21.

21 *Europäische Bürgerbeauftragte*, Schreiben an die Europäische Kommission im Rahmen der Untersuchung, OI/6/2014/NE, www.ombudsman.europa.eu/en/cases/correspondence.faces/en/58861/html.bookmark (3.11.2015).

Der zuständige EU-Kommissar *Frans Timmermans* kündigte im Lichte dieses Verfahrens eine Reform der ExpertInnengruppen für das Jahr 2016 an. Um tatsächlich eine Verbesserung des gegenwärtigen Systems herbeizuführen, könnten etwa Quotenregelungen nach StakeholderInnen-Gruppen eingeführt werden. Eine Verkleinerung und insgesamt eine starke Reduktion der ExpertInnengruppen sowie eine moderierte Diskussion könnten weitere Lösungsansätze für die anstehende Reform sein. Jedoch hat die Kommission bereits festgehalten, auch weiterhin nur auf Basis von Einzelfällen gegen Unausgewogenheiten vorgehen zu wollen und hält somit grundsätzlich am bisherigen System fest. So hält das Antwortschreiben der Kommission fest, dass „die Wirtschaftswelt [...] nicht als homogene Gruppe angesehen werden [kann], die dieselben Anschauungen vertritt, da diese in der Realität oftmals durchaus divergierende Interessen in unterschiedlichen Sektoren hat“ sowie, dass „Bewerbungen [von Organisationen der Zivilgesellschaft] [...] abgelehnt werden [müssen], weil sie der auszuführenden Arbeit nicht gerecht werden.“²²

Derartige Aussagen lassen befürchten, dass auch in Zukunft NGOs die Rolle des Watchdogs einnehmen müssen und es Aufgabe der Zivilgesellschaft sein wird, Fälle von eklatant ungleich besetzten ExpertInnengruppen ans Licht zu bringen. Für den Erfolg einer Überarbeitung des gegenwärtigen Systems könnte auch das Europäische Parlament eine entscheidende Rolle spielen: Dieses hatte bereits in den Jahren 2011 und 2014 einen Teil des Budgets der ExpertInnengruppen gesperrt und Bedingungen für eine ausgewogene Besetzung der Gruppen durch die Kommission formuliert. Auch die aktuelle Studie des Europäischen Parlaments kommt zu der Schlussfolgerung, dass es ein „systematischerer Ansatz in Bezug auf die Ausgewogenheit der Gruppenzusammensetzung [...] mehr Legitimität“²³ schaffen würde.

Mag.^a Alice Wagner, LL.M. (Columbia) ist Referentin der Abteilung EU & Internationales der Arbeiterkammer Wien und Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; alice.wagner@akwien.at

22 Stellungnahme der Europäischen Kommission in der Untersuchung OI/6/2014/NF, www.ombudsman.europa.eu/en/cases/correspondence.faces/en/60019/html.bookmark (3.11.2015), Übersetzung aus dem Englischen.

23 *Europäisches Parlament*, Composition of the Commission's expert groups and the status of the register of expert groups (September 2015), www.helgatruepel.de/wp-content/uploads/2015/09/EP-Study-EC-Expert-Groups.pdf (2.11.2015) 13.

Rechtsberatung¹

القانونية المشورة (Arabisch)

حقوقى مشاور (Farsi)

Ein Erfahrungsbericht zu den zivilgesellschaftlichen Entwicklungen der letzten Monate im Bereich Rechtsberatung von Flüchtlingen in Wien

Ilse Koza / Barbara Unterlerchner

Wie alles begann

Es ist Mittwoch, der 9. September. Wir, die Autorinnen, möchten helfen und beschließen am Hauptbahnhof vorbeizuschauen. Von der U-Bahn kommend wirkt alles noch unauffällig und die Bahnhofshallen vermitteln den Eindruck des Normalbetriebs. Auf der anderen Seite der Gleise 3-12 sieht die Situation anders aus. Wir sehen Menschen, die von der bisherigen Flucht sichtlich erschöpft sind und am Boden schlafen, darunter zahlreiche Kinder; Menschen, die um Essen, Kleidung, Sim-Karten und Hygieneartikel anstehen; Freiwillige und DolmetscherInnen, die mit Namensschildern herumlaufen und bemüht sind, die ankommenden Menschen zu versorgen.

Ein Infopoint und eine Koordination ermöglichen das rasche Eingliedern in die Selbstorganisation der Freiwilligen. Wir entdecken einen eigenen Stand für Rechtsberatung: „Lawyer“ steht dort auf Englisch, Arabisch und Farsi.

Wir treffen auf einen Mitarbeiter einer Rechtsberatungseinrichtung, der an Ort und Stelle seine Expertise anbietet und erfahren, dass er und andere Freiwillige seit einigen Tagen am Hauptbahnhof Rechtsberatung anbieten. Der Bedarf ist groß. Stündlich strömen hunderte bis tausende Neuankommende mit den verschiedensten Bedürfnissen in die Bahnhofshallen. Viele davon haben auch Rechtsfragen. Wir bleiben da und hören bei den Beratungsgesprächen mit, um schließlich die nächsten Stunden selbst zu beraten. Das wiederholt sich die nächsten Abende. Immer mehr Freiwillige, die diese Form der Unterstützung anbieten, kommen und wollen mitmachen. Wir expandieren, auch am Westbahnhof gibt es großen Bedarf nach rechtlicher Beratung. Schließlich beginnt sich die Gruppe zu organisieren: Nummern werden ausgetauscht, eine „Whats App“ Gruppe gegründet, ein Mailverteiler eingerichtet, Dienstpläne erstellt, ein Plenum einberufen.

1 Der Artikel gibt die persönlichen Eindrücke und Schlussfolgerungen der Autorinnen wieder und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit (Stand: 30.9.2015).

So entsteht fast über Nacht ein zunächst lose zusammengewürfeltes und in weiterer Folge zunehmend organisiertes Team von 30-40 freiwilligen RechtsberaterInnen, das sich anfangs auf die Bahnhöfe, später auch auf die aus der Not umfunktionierten Unterbringungsstellen Stadthalle, Ferry-Dusika Stadion und zuletzt auch auf die von der Stadt Wien eingerichtete Unterbringungsstelle in der Lindengasse verteilt. Das gemeinsame Engagement und die rasche Gruppenbildung motiviert. Viele verbringen jede freie Minute damit, Flüchtlinge zu beraten.

Wie es weitergeht: Ein Schild, ein Tisch, eine Stellungnahme

Zunächst sind es vor allem praktische und banale Probleme, die gelöst werden müssen, oft jeden Tag aufs Neue: Wo können wir stehen (ohne im Weg zu stehen), um zu beraten? Wo verwahren wir mitgebrachte Materialien für die nächste Schicht? Wer kann ausreichend dolmetschen, um uns die Beratung überhaupt erst zu ermöglichen? Die Rahmenbedingungen sind an den verschiedenen Standorten unterschiedlich. Während sich am Hauptbahnhof aus einer Freiwilligengruppe eine professionelle Organisation entwickelt, die nun unter dem Namen „Train of Hope“² auftritt und sowohl die Verhandlungen mit KooperationspartnerInnen führt, als auch Anlaufstelle für alles und jedeN vor Ort wird, läuft die Koordination am Westbahnhof unter der Schirmherrschaft der Caritas, die auf bestehende Strukturen und Expertise zurückgreift. Am Hauptbahnhof haben wir einen kleinen Tisch, später sogar einen größeren samt Schild, am Westbahnhof laufen wir zunächst nur mit selbstgebastelten Schildern am Europaplatz herum. DolmetscherInnen für Arabisch und Farsi gibt es überall zur Genüge. Sie leisten Unglaubliches, viele unter ihnen sind oder waren selbst Flüchtlinge, die erst seit kurzem in Österreich leben.

Die häufigsten Fragen, abseits der nach Sim-Karten, sind herausfordernd und angesichts der aktuellen Situation nicht einfach oder überhaupt nicht zu beantworten: „How long does it take to get asylum in Germany?“, „I want to go to Sweden, how can I get there?“, „My family is still in Syria, how much time does it take until we will be reunited?“, „Which country is the best in terms of work permit?“, „I was forced to leave fingerprints in Hungary. What can I do?“.

Der Großteil der ankommenden Flüchtlinge sieht Österreich zunächst nur als Zwischenstopp, die meisten wollen nach Deutschland weiterreisen. Grund dafür ist die im Vorfeld abgegebene Erklärung Deutschlands, von der Möglichkeit nach Art 17 Dublin III VO³ Gebrauch zu machen (Selbsteintrittsrecht). Allerdings beschränkt sich die Erklärung auf Flüchtlinge, die aus Syrien stammen. Hintergrund sind die untragbaren Zu-

² Vgl www.trainofhope.at (26.10.2015).

³ Vgl Verordnung (EU) Abl L 2013/604 des EP und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Dublin III VO).

stände für Flüchtlinge in Ungarn. Das bewirkt zweierlei: Zum einen wird Deutschland zum präferierten Zielland, zum anderen werden die Flüchtlingsgruppen in zwei „Klassen“ geteilt: SyrerInnen und andere. Die einen müssen nicht mit einer Zurückschiebung nach Ungarn rechnen, unabhängig davon, ob sie registriert wurden oder nicht, die anderen schon. „In unser Land ist der IS auch vorgedrungen“, beschwerten sich IrakerInnen, „Wir haben seit 30 Jahren Krieg“, meinen die AfghanInnen, zu Recht.

Die Gruppe der freiwilligen RechtsberaterInnen tauscht sich ständig untereinander aus, um sicherzustellen, dass einheitliche Informationen an Flüchtlinge weitergegeben werden, vor allem in Bezug auf die Prognosen bei Dublin-Verfahren in Deutschland und Österreich. Die Situation ändert sich jedoch täglich.⁴

Angesichts der großen Zahl an Flüchtlingen, die in Bayern die Grenze nach Deutschland überschreiten, wird am 13.9.2015 von Deutschland die vorübergehende, teilweise Wiedereinführung von Grenzkontrollen und die Aussetzung des Schengen-Abkommens bekannt gegeben.⁵ Ungarn errichtet in der Zwischenzeit einen Grenzzaun zu Serbien.

Mit den strengeren Grenzkontrollen und dem Zaun in Ungarn, entschließen sich viele der Ankommenden in Österreich Schutz zu suchen und hier einen Antrag auf Asyl zu stellen. Der Fokus des Beratungsinhalts verschiebt sich somit hin zu Möglichkeiten der Antragstellung und dem Verfahrensablauf in Österreich. Damit werden die RechtsberaterInnen nunmehr auch mit logistischen Problematiken konfrontiert. Diese reichen vom Organisieren von Notschlafstellen bis hin zu Transporten in Zusammenarbeit mit dem Zivildienst, Bundesheer, Polizei, Hilfsorganisationen etc. Immer mehr Menschen kommen an den Bahnhöfen an. Die Lage spitzt sich zu. Die Behörden reagieren überfordert. Die Polizeiinspektionen haben schlussendlich kaum mehr Kapazitäten, Asylanträge aufzunehmen und die Menschen unterzubringen.⁶ Polizeianhaltezentren sind überfüllt, genauso wie Familienzentren, in denen sonst unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (UMFs) und Familien mit Kindern bleiben. Die Flüchtlinge werden teilweise in Notunterkünften, wie die völlig überbelegte Stadthalle, gebracht. Zu Stoßzeiten gibt es nicht ausreichend Essen, keine kältetaugliche Kleidung und es herrschen schlechte hygienische Bedingungen. Das Versagen des Bundes in Bezug auf die Unterbringung von Flücht-

4 Zur Frage, ob Österreich derzeit Flüchtlinge im Rahmen des Dublin Verfahrens nach Ungarn zurückschiebt: „Es erschiene insbesondere auch angesichts der oben zitierten Ankündigung der Fr. Bundesminister für Inneres im Hinblick auf die Gleichbehandlung von Fremden untereinander unsachlich, einerseits Asylwerbern aus Ungarn die Ein- oder Durchreise nach bzw. durch Österreich zu gewähren, und andererseits andere Asylwerber, zur Prüfung deren Antrages Ungarn grundsätzlich zuständig ist, rückzüberstellen, sodass die völlig unklare, gegenwärtige faktische Situation einer Klärung bedarf.“ (BVerwG 18.9.2015, W 192 2110537-1/4E). Hierbei wird eine prinzipielle Rücküberstellung nicht per se ausgeschlossen, allerdings dem Umstand, dass die Situation in Ungarn sich seit dem Zeitpunkt der letzten Länderfeststellungen verschärft hat, Rechnung getragen.

5 Vgl APA-Meldung v 13.9.2015, Deutschland kontrolliert Grenzen zu Österreich, <http://derstandard.at/2000022172188/Deutschland-fuehrt-Grenzkontrollen-zu-Oesterreich-ein> (25.10.2015).

6 Vgl Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015 – FrÄG 2015 idF BGBl I 2015/70. Antragstellungen gem § 17 Abs 1 AsylG sind nunmehr nicht mehr bei den Erstaufnahmestellen möglich, sondern lediglich bei der Sicherheitsbehörde oder bei Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes.

lingen hat sich zum hingegenommenen Dauerzustand entwickelt, wie ein Wahrnehmungsbericht über das Erstaufnahmezentrum Traiskirchen im letzten Heft aufgezeigt hat.⁷

Die RechtsberaterInnen nehmen dies zum Anlass, am 25.9.2015 eine Stellungnahme zu veröffentlichen, in der auf die Missstände aufmerksam gemacht wird und konkrete Forderungen erhoben werden.⁸ In dieser wird unter anderem bemängelt, dass aufgrund der Überlastung der Polizeiorgane tausende Flüchtlinge in Notquartieren bleiben müssen, diese vielfach unregistriert und demzufolge weder grundversorgt noch krankenversichert sind. Daher sind die Menschen in dieser Zeit in einem rechtlich und sozial vollkommen unsicheren Zustand und größtenteils obdachlos.

In vielen Fällen erhalten die Flüchtlinge nach ihrer Registrierung keine Ladung für die Erstbefragung bei der Polizei. Es ist vollkommen unklar, wie eine solche zugestellt werden kann, wenn der Person keine Unterkunft zugeteilt wird. Grundsätzlich informiert niemand, außer den freiwilligen BeraterInnen, die Flüchtlinge über weitere Abläufe. Solche Informationen sind auch für uns nur auf äußerst mühsamen Wegen zu erhalten, da normale Verfahrensabläufe aufgrund der Ausnahmesituation von den Behörden schlicht nicht eingehalten werden. Die zentrale Forderung der Stellungnahme bezieht sich auf die Übernahme der Verantwortung des Staates und der Regierung, eine menschenwürdige und menschenrechtskonforme Behandlung und Unterbringung von Flüchtlingen in Österreich sicherzustellen.

Die Stellungnahme verbreitet sich rasch in den sozialen Medien und wird vielfach, auch von politischen AkteurInnen, aufgegriffen. Die Empörung über die Abwälzung der Verantwortlichkeit für die Flüchtlingsfrage auf die Zivilgesellschaft nimmt zu.

Verantwortliche der Stadt Wien reagieren, im Gegensatz zum Bund, sehr rasch auf die medienwirksame Einschaltung und leiten nach konstruktiven Gesprächen sofort Maßnahmen ein, um die Situation zu entschärfen. Die Stellungnahme setzt auch gruppendynamische Prozesse in Gang. Sie wirft für die weitere Organisation unter anderem folgende Fragen auf: Wer fungiert als Ansprechperson für die Gruppe nach außen? Mit welchen AkteurInnen anderer Initiativen sollen künftige Stellungnahmen abgesprochen werden? Was wollen und können wir in Hinkunft in welchem Ausmaß leisten? Für manches findet sich rasch Konsens, für anderes werden weitere Plenen und Diskussionen notwendig.

Und die Moral von der Geschicht'? Die Zivilgesellschaft kann's, der Bund nicht.

Ein Blick von außen gibt zu erkennen, dass sich in Ausnahmesituationen sehr schnell und sehr effektiv zivilgesellschaftliche Strukturen entwickeln können. Die Bereitschaft, zu helfen ist stark ausgeprägt. Das ehrenamtliche Engagement der letzten Monate trägt

⁷ Vgl. *Frühwirth*, Traiskirchen – What to do? juridikum 2015, 267f.

⁸ Vgl. Stellungnahme der Freiwilligen RechtsberaterInnen Hbhf & Wbhf v. 25.9.2015, <https://images.derstandard.at/2015/09/25/Stellungnahme-der-RechtsberaterInnen-Hbhf-u-Wbhf25.09.2015.pdf> (25.10.2015).

auch dazu bei, Teile der Gesellschaft, die bisher keinen oder wenig Einblick in die Lebensrealitäten Schutzsuchender und dem staatlichen Umgang damit hatten, zu informieren und bis zu einem gewissen Grad zu politisieren.

Es gibt dabei allerdings auch eine Kehrseite. Auch wenn zivilgesellschaftliches Engagement vielfach positive Aspekte mit sich bringt, wie die Förderung eines stärkeren Zusammenhaltes und Mitmenschlichkeit, ist die völlige Kapitulation des Staates angesichts seiner gesetzlich festgelegten Aufgaben nichts anderes als ein Armutszeugnis. Lobesreden von hohen staatlichen FunktionärInnen über die Hilfsbereitschaft der Bevölkerung erscheinen zynisch angesichts des Umstandes, dass Freiwillige an den Bahnhöfen Tag und Nacht bis zur völligen Erschöpfung mithelfen, um zu verhindern, dass Schutzsuchende ohne Versorgung auf der Straße schlafen müssen. Und das in einem Land wie Österreich, das sich an die Spitze des globalen Wohlstandes befindet. Damit bekommt die Flüchtlingskrise eine neue Dimension. Sie polarisiert nicht nur auf politischer Ebene, sondern auch zwischen dem Staat und der Zivilgesellschaft, die sich zunehmend im Stich gelassen fühlt.

Fraglich ist, wie lange und in welchem Ausmaß derartige Unterstützungsprozesse von einer grassroots Bewegung getragen werden können und sollen. Der Grat zwischen zivilgesellschaftlichem Engagement und Aufopferung im Übermaß ist ein schmaler. Jener zwischen der vorübergehenden Übernahme staatlicher Aufgaben durch Private und dem Sichtbarwerden grober struktureller Defizite auch. Denn auch zivilgesellschaftliche Initiativen haben ihre Fallen. Menschen stoßen an ihre Kraftgrenzen, zeitliche und persönliche Ressourcen werden zunehmend knapper. Gruppendynamische Prozesse werden in Gang gesetzt, Konflikte entstehen, Frustration, von äußeren Bedingungen verursacht, wird nach innen getragen. Professionelle Einrichtungen und Strukturen kennen diese Problematik und haben gelernt, sie aufzufangen. Freiwillige Zusammenschlüsse können leicht zerfallen. Wir fragen uns, wie lange die Zivilgesellschaft die Situation noch managen kann und soll, bis der Bund seine ihm zukommenden Aufgaben wahrnimmt.

MMag.^a Ilse Koza hat Rechts- und Politikwissenschaften und Romanistik (1. Abschnitt) in Wien und Paris studiert und ist Richteramtswärterin im Sprengel des OLG Wien; ilse.koza@univie.ac.at

Mag.^a Barbara Unterlerchner, MES hat Rechtswissenschaften und Europäische Studien in Wien und Krakau studiert. Sie arbeitet bei der Kriminalitätsofferhilfe Weisser Ring und als Trainerin für ZARA-Zivilcourage und Anti-Rassismus-Arbeit; bunterlerchner@hotmail.com

Zur Legitimität von Geschlechtsnormierungen bei intersexuellen Minderjährigen

Marija Petričević

1. Einleitung

Intersexualität liegt vor, wenn die geschlechtsbestimmenden körperlichen Kriterien einer Person nicht alle demselben Geschlecht entsprechen. Die Geschlechtsdifferenzierung erfolgt auf den Ebenen des chromosomalen, gonadalen,¹ hormonellen und des genitalen Geschlechts. Dabei müssen sich die geschlechtsdeterminierenden Merkmale nicht immer alle in eine spezifisch „weiblich“ oder „männlich“ definierte Richtung entwickeln, auf jeder Ebene sind unterschiedliche Kombinationen möglich.² Diese Vielfalt der Geschlechter wird unter dem Sammelbegriff der „Intersexualität“ oder „Intergeschlechtlichkeit“ erfasst. Es ist davon auszugehen, dass zumindest 1-2 von 2.000 Neugeborenen mit ambivalenten Geschlechtsmerkmalen zur Welt kommen. Eine Analyse internationaler Publikationen, die zur Ermittlung der Häufigkeit von einer weiten Definition ausgehen, stellte sogar einen Wert von mindestens 1,7 % fest.³

Im vorliegenden Beitrag sollen die Auswirkungen des gesellschaftlich geprägten Zweigeschlechtersystems auf die Selbstbestimmung intersexueller Menschen aufgezeigt werden. Intersexuellen Personen wird juristisch keine Existenz zugestanden, was zur Pathologisierung von Geschlechtsvariationen beiträgt.⁴ In der Folge sind betroffene Kinder häufig geschlechtsnormierenden medizinischen Maßnahmen ausgesetzt,⁵ die ihre zukünftige Entscheidungsfreiheit stark begrenzen. Welche gesetzlichen Bestimmungen dabei Beachtung finden müssen, ist Gegenstand nachstehender Ausführungen.

2. Medizinischer Umgang mit Intersexualität

Primär wird Intergeschlechtlichkeit durch den medizinischen Diskurs definiert, der zwi- schengeschlechtliche Phänomene als „Störungen der Geschlechtsentwicklung“ („disor-

1 Als Gonaden werden die Keimdrüsen, respektive Eierstöcke und Hoden, bezeichnet.

2 Christiansen, Biologische Grundlagen der Geschlechterdifferenz, in Pasero/Braun, Konstruktion von Geschlecht (2001) 13-17.

3 Verein intersexueller Menschen Österreich, „Intersexualität“, <http://vimoe.at/intersexualitaet/> (30.9.2015); Blackless et al, How Sexually Dimorphic Are We? American Journal of Human Biology 2000, 159.

4 Röhner, Die binäre Geschlechterordnung des Rechts, juridikum 2015, 522.

5 Kleinemeier/Jürgensen, Erste Ergebnisse der Klinischen Evaluationsstudie im Netzwerk Störungen der Geschlechtsentwicklung/Intersexualität in Deutschland, Österreich und Schweiz. Januar 2005 bis Dezember 2007 (2008) 16.

ders of sexual development“) einordnet.⁶ Die Koexistenz der Merkmale des weiblichen und männlichen Geschlechts zieht jedoch nur selten gesundheitliche Beschwerden nach sich.⁷ Nichtsdestotrotz werden intersexuelle Menschen häufig bereits im frühen Kindesalter irreversiblen hormonellen und/oder chirurgischen Eingriffen zur Geschlechtsanpassung unterzogen.

2.1. Behandlungspraxis

Das geschieht aus unterschiedlichen, auf Annahmen aus den 1950er Jahren basierenden, Gründen,⁸ deren geschlechterdualistische Prägung kaum verkennbar ist. Dazu gehört ua das Ziel der Vermeidung schwerwiegender Probleme in der psychosexuellen Entwicklung durch die Möglichkeit des Auftretens von unerwünschten „Vermännlichungserscheinungen“ bei weiblich zugewiesenen Kindern oder auch potenzielle Einschränkungen bei penovaginalem⁹ Geschlechtsverkehr.¹⁰

Die damit vermuteten Belastungen bauen merklich auf heteronormativen Geschlechterrollenvorstellungen auf, da davon ausgegangen wird, dass eine dem Zuweisungsgeschlecht üblicherweise entgegenstehende körperliche Entwicklung sowie alternative Formen der Sexualitätsausübung unweigerlich psychologische Beeinträchtigungen nach sich ziehen. Die Identifizierung mit alternativen Subjektpositionen wird dabei nicht in Betracht gezogen. Als weitere Argumente für Geschlechtsmodifikationen werden mögliche Schwierigkeiten in der Eltern-Kind-Beziehung, gesellschaftliche Stigmatisierung und auch die Gefahr des erhöhten Tumorrisikos bei nicht vollständig entwickelten oder im Bauchraum befindlichen Gonaden vorgebracht.¹¹ Auch wenn viele dieser Annahmen empirisch nicht belegt werden konnten,¹² sind sie für Mediziner_innen und Eltern oftmals Anlass genug, um intergeschlechtliche Kinder ohne ihre persönliche Zustimmung irreversibel der Normvorstellung eines weiblichen oder männlichen Körpers anzugleichen.¹³

Dafür kommen hormonelle und/oder chirurgische medizinische Maßnahmen zum Einsatz. Die hormonelle Substitutionstherapie umfasst die Verabreichung der zur jeweili-

6 *Weltgesundheitsorganisation*, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme 10. Revision. BMG-Version (2014) Kapitel IV und XVII.

7 *Intersexuelle Menschen e. V./XY-Frauen*, Parallelbericht zum 5. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (2011) 8.

8 Vgl dazu: *Richter-Appelt*, Intersexualität. Störungen der Geschlechtsentwicklung, Bundesgesundheitsbl-Gesundheitsforsch-Gesundheitsschutz 2007, 56-57.

9 Penovaginaler Geschlechtsverkehr ist gekennzeichnet durch die Einführung eines Penis in eine Vagina.

10 *Richter-Appelt*, Bundesgesundheitsbl-Gesundheitsforsch-Gesundheitsschutz 2007, 57-59.

11 *Hughes et al*, Consensus Statement on Management of Intersex, Pediatrics 2006, 491-496; *Richter-Appelt*, Bundesgesundheitsbl-Gesundheitsforsch-Gesundheitsschutz 2007, 57-59.

12 *Hughes et al*, Pediatrics 2006, 491; *Woweries*, Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigenbefragung durch den Deutschen Ethikrat. Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland (2011) 5, www.ethikrat.org/sachverstaendigenbefragung-intersexualitaet (30.9.2015).

13 *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme „Intersexualität“ (2012) 86-88, www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-intersexualitaet.pdf (30.9.2015).

gen Geschlechtszuweisung passenden Sexualhormone. Zusätzlich sollen operative Maßnahmen die Betroffenen an ein möglichst „geschlechtsspezifisches“ körperliches Erscheinungsbild annähern. So werden bei als Mädchen deklarierten Kindern Klitorides verkleinert, versetzt, in als passend betrachteter Lage eingenäht, Labien konstruiert und Vaginalplastiken angelegt. Bei als Jungen eingeordneten Kindern können der Phallus aufgerichtet, eine entlang des Schaftes endende Harnröhre an die Spitze des Penis verschoben, bei fehlenden Hoden Prothesen eingesetzt oder noch im Bauch- oder Leistenbereich verbliebene Hoden in das Skrotum verlegt werden. Des Weiteren werden die nicht als adäquat betrachteten oder mit einem potenziellen „Entartungsrisiko“¹⁴ behafteten Gonaden, der Uterus und die Vagina entfernt.¹⁵

2.2. Auswirkungen der Behandlungen auf Betroffene

Alle diese Maßnahmen stellen gravierende Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit Betroffener dar und ziehen oftmals postoperative Komplikationen sowie wiederholte Eingriffe nach sich. So versetzen etwa Hormontherapien und lebenslange Kontrolluntersuchungen intergeschlechtliche Menschen in einen Zustand der chronischen Krankheit und durch die Entfernung der Gonaden wird eine möglicherweise vorhandene Fortpflanzungsfähigkeit zerstört. Zudem beschreiben zahlreiche Betroffene ihre Erfahrungen als gewaltvoll und traumatisierend.¹⁶ Sie berichten von erheblichem oder auch vollständigem Sensibilitätsverlust der Genitalien sowie von Gefühlen der Verstümmelung, Kastration oder Vergewaltigung. Diese Behandlungspraxis kritisieren Betroffenenvereinigungen bereits seit den 1990er Jahren vehement. Sie fordern eine Entpathologisierung geschlechtlicher Variationen, eine umfassende Aufklärung über die eigene Besonderheit und ein Verbot von geschlechtsnormierenden Maßnahmen an intersexuellen Kindern, die medizinisch nicht zwingend notwendig sind. Geschlechtsanpassungen sollten demnach lediglich auf persönlichen Wunsch hin und mit informierter Zustimmung zulässig sein.¹⁷ Studien zufolge entsprechen die Suizidrate und die Berichte über Selbstverletzungserfahrungen Betroffener denen einer sexuell und körperlich traumatisierten Vergleichsgruppe.¹⁸ Vor diesem Hintergrund wird die Sinnhaftigkeit einer frühen Durchführung besagter Eingriffe mittlerweile durch zahlreiche wissenschaftliche Untersuchungen zum Erfolg von Geschlechtsnormierungen infrage gestellt.¹⁹ So konnte bspw zwischen der Ge-

14 Unter einem Entartungsrisiko wird die Gefahr der Veränderung von gutartigem Gewebe in bösartiges und damit karzinogenes Gewebe verstanden.

15 Richter-Appelt, Bundesgesundheitsbl-Gesundheitsforsch-Gesundheitsschutz 2007, 56-59.

16 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen, Parallelbericht; Woveries, Stellungnahme 7.

17 Intersexuelle Menschen e.V., „Forderungen“, <http://intersexuelle-menschen.net/forderungen/> (30.9.2015).

18 Diamond/Watson, Androgen Insensitivity Syndrome and Klinefelter's Syndrome: Sex and Gender Considerations, Child and Adolescent Psychiatric Clinics of North America 2004/13, 623-640; Schützmann et al, Psychological Distress, Self-Harming Behavior, and Suicidal Tendencies in Adults with Disorders of Sex Development, Archives of Sexual Behavior 2009/38, 30.

19 Schweizer/Richter-Appelt, Die Hamburger Studie zur Intersexualität. Ein Überblick, in Schweizer/Richter-Appelt, Intersexualität kontrovers (2012) 187-205; Kleinemeier/Jürgensen, Ergebnisse.

schlechtsidentitätsentwicklung und chirurgischen Maßnahmen kein ZH ermittelt werden. Allerdings wurde bei Betroffenen häufig Unzufriedenheit mit den funktionellen und kosmetischen Resultaten festgestellt und wird zu bedenken gegeben, dass frühzeitig vorgenommene chirurgische Rekonstruktionen in der Pubertät erfahrungsgemäß ohnehin noch einmal zu „präzisieren“ seien.²⁰

3. Rechtliche Aspekte fremdbestimmter Geschlechtsnormierungen

Ungeachtet dieser Erkenntnisse der vergangenen Jahrzehnte sowie der schwerwiegenden Folgen geschlechtsnormierender Eingriffe ist deren fremdbestimmte Vornahme an intersexuellen Kindern nach überwiegender Ansicht rechtlich legitim.²¹ Die Grundlage dazu schafft zunächst die im medizinischen Diskurs mehrheitlich vertretene Einordnung geschlechtlicher Variationen als Krankheit.²² Auch die Verwendung des Begriffes der „Störung der Geschlechtsentwicklung“ impliziert die Behandlungsbedürftigkeit einer Abweichung, die es zu beheben gilt. Dieser Ansicht schließt sich der juristische Diskurs an, indem medizinische Eingriffe im Rahmen einer Geschlechtsanpassung bei Intersexualität unter Übernahme der dargestellten Annahmen der Behandlungspraxis rechtlich als Heilbehandlungen eingestuft werden.²³ Werden jedoch diese Annahmen fragwürdig, fällt auch die juristische Qualifikation als „Heilbehandlung“ für die gegenständlichen Maßnahmen weg, wie im Folgenden verdeutlicht wird.

3.1. Geschlechtsnormierung als Heilbehandlung?

Eine Heilbehandlung verfolgt das Ziel, Leiden zu heilen, zu lindern oder zu verhüten.²⁴ Dazu ist zunächst die Feststellung eines Leidens von Nöten. Das bei intergeschlechtlichen Kindern angenommene Leiden betrifft zumeist die psychische Ebene, wenn bspw. von einer unsicheren Geschlechtsidentitätsentwicklung, Problemen bei penetrativen Geschlechtsverkehr oder künftigen Belastungen in sozialen Beziehungen die Rede ist.²⁵ Im Kleinkindalter ist es jedoch zweifellos unmöglich, einen mit diesen Annahmen zusammenhängenden Leidensdruck festzustellen. Da das Vorliegen eines Leidens höchstpersönlicher Natur ist, kann die Mutmaßung über eine zukünftige emotionale Beeinträchtigung die Durchführung geschlechtsnormierender Maßnahmen keinesfalls rechtfertigen.²⁶ Eine Gefährdung der physischen Gesundheit ist mit Intergeschlechtlichkeit jedoch

20 *Hughes et al*, *Pediatrics* 2006, 491-492; *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme 74-75.

21 ErläutRV 754 BlgNR 21. GP 13; *Kienapfel/Schroll*, Studienbuch Strafrecht. Besonderer Teil: Delikte gegen Personewerte (2012) § 90 StGB Rz 41.

22 *Weltgesundheitsorganisation*, Klassifikation, Kapitel IV und XVII.

23 *Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2004) § 90 StGB Rz 152; *Kienapfel/Schroll*, Studienbuch, § 90 StGB Rz 41.

24 *Kienapfel/Schroll*, Studienbuch, § 83 StGB Rz 25.

25 *Richter-Appelt*, Bundesgesundheitsbl-Gesundheitsforsch-Gesundheitsschutz 2007, 58-59; *Woweries*, Stellungnahme 5.

26 Dazu: *Tönsmeier*, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern *de lege lata* und *de lege ferenda* (2012) 111.

auch nur selten verbunden. Von medizinischer Seite wird eine zwingende Behandlungsnotwendigkeit lediglich beim Adrenogenitalen Syndrom mit Salzverlust sowie bei Verschlüssen oder Behinderungen im harnableitenden System übereinstimmend bejaht. Bei beiden Konstellationen können spezifische medizinische Maßnahmen notwendig sein, aber auch in diesen Fällen sind nicht zwingend Geschlechtsnormierungen zur Verhinderung einer Gesundheitsschädigung oder Behandlung eines Leidens erforderlich.²⁷

Des Weiteren ist die rechtmäßige Vornahme einer Heilbehandlung an eine selbstbestimmte Willensbekundung gebunden,²⁸ denn fernab der Fürsorge Dritter hat jeder Mensch das Recht, über Eingriffe in die eigene körperliche Unversehrtheit selbst entscheiden zu können. Bei medizinischen Behandlungen findet das Recht auf Selbstbestimmung Berücksichtigung durch den „Informed Consent“.²⁹ Darunter wird die Zustimmung einer aufgeklärten und einwilligungsfähigen Person in eine medizinische oder pflegerische Maßnahme verstanden. Die Aufklärung verfolgt den Zweck, der Patientin_dem Patienten die Tragweite und das Risiko der relevanten Behandlung möglichst eingehend zu verdeutlichen und damit eine freie Willensbildung zu ermöglichen. Ist die zu behandelnde Person nicht einsichts- und urteilsfähig, ist der „Informed Consent“ der gesetzlichen Vertreterin_des gesetzlichen Vertreters notwendig.³⁰ Einsichts- und Urteilsfähigkeit beschreibt das Vermögen, Anlass, Grund und wesentliche Auswirkungen einer Behandlung erfassen und den eigenen Willen danach auszurichten zu können.³¹ Gem § 173 Abs 1 ABGB³² wird das Vorliegen derselben mit Vollendung des 14. LJ gesetzlich vermutet. Ist eine Behandlung aufgrund einer lebensbedrohlichen Situation oder der Gefahr einer schweren gesundheitlichen Schädigung dringend geboten oder unaufschiebbar, ist weder die Zustimmung der_des Minderjährigen noch die des_der gesetzlichen Vertreter_in erforderlich.³³

Auch wenn manche Mediziner_innen bei der Geburt eines intergeschlechtlichen Kindes von einem psychosozialen Notfall sprechen,³⁴ geht mit geschlechtlicher Ambivalenz in der Regel keine akute³⁵ Gesundheitsgefährdung einher.³⁶ Zur rechtmäßigen Vornahme geschlechtsnormierender Eingriffe bei intersexuellen Personen sind somit eine entsprechende

27 *Schweizer*, Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigenbefragung durch den Deutschen Ethikrat. Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland (2011) 7; *Streuli*, Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigenbefragung durch den Deutschen Ethikrat. Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland (2011) 3-4; *Woveries*, Stellungnahme 4-5, www.ethikrat.org/sachverstaendigenbefragung-intersexualitaet (30.9.2015).

28 § 110 StGB idF BGBl 1974/60.

29 *Wallner*, Health Care zwischen Ethik und Recht (2007) 96.

30 *Wallner*, Health Care 96-98.

31 *Stormann* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ 2012 § 146c ABGB Rz 11.

32 idF BGBl I 2013/15.

33 § 173 Abs 3 ABGB idF BGBl I 2013/15.

34 *Bosinski*, Psychosexuelle Probleme bei Intersex-Syndromen, *Sexuologie* 2005/12, 32; *Hughes*, Disorders of sex development: a new definition and classification, *Best Pract Res Clin Endocrinol Metab* 2008/22, 119.

35 Eine Ausnahme liegt jedoch va beim bereits erwähnten Adrenogenitalen Syndrom mit Salzverlust vor, wobei die notwendige Behandlung lediglich eine Hormonsubstitution mit Hydrokortison und Mineralkortikoiden umfasst (*Schnabel et al*, Ergebnisse des Neugeborenen Screenings zur Früherkennung des Adrenogenitalen Syndroms in Berlin (1992-1999), *Monatsschrift Kinderheilkunde* 2000/148, 1006-1007).

36 *Intersexuelle Menschen e. V./XY-Frauen*, Parallelbericht 8; *Woveries*, Stellungnahme 4.

Aufklärung sowie die Zustimmung Betroffener notwendig. Da besagte Maßnahmen – wie erwähnt – häufig bereits im Säuglingsalter stattfinden,³⁷ sind in diesen Fällen regelmäßig die Eltern vertretungsbefugt. Doch selbst bei fehlender Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat die stellvertretende Einwilligung stets im Interesse der_des Betroffenen zu erfolgen.³⁸

3.2. Elterliche Stellvertretung bei Geschlechtsnormierungen

Unter Berücksichtigung der Problematik der Feststellung eines individuellen Leidens im Kindesalter muss die Zulässigkeit des antizipierten Konsenses zu geschlechtsnormierenden Maßnahmen eindringlich hinterfragt werden, da häufig zweifelhaft ist, ob ein derart gravierender Eingriff tatsächlich im Interesse der_des Betroffenen liegt.

3.2.1. Beachtung des Kindeswohls

Gem § 138 ABGB³⁹ haben Eltern in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten stets das Kindeswohl zu berücksichtigen. In Zhm der Entscheidung für oder gegen eine geschlechtszuweisende Behandlung müssen sie das gegenwärtige Kindeswohl mit dem in der Zukunft abwägen. Betrachtet man das momentane Wohl des Kindes wird ersichtlich, dass die genannten Eingriffe eine hohe Belastung für die kindliche Gesundheit darstellen können.⁴⁰ Bei der Auseinandersetzung mit dem zukünftigen Wohl des Kindes ist zu überlegen, ob das betroffene Kind als erwachsene Person von der Vornahme geschlechtsnormierender Maßnahmen profitieren würde. Wie bereits dargestellt, bergen fremdbestimmte Geschlechtsanpassungen die Gefahr, dass Betroffene mit den erfolgten Eingriffen im Erwachsenenalter unzufrieden sind und sich eine andere Form des Umgangs mit ihrer geschlechtlichen Besonderheit gewünscht hätten. Eine alternative Gestalt der körperlichen Konstitution ist nach erfolgten Geschlechtsmodifikationen allerdings nur schwer bzw gar nicht konstruierbar.⁴¹ Somit wird kein Leiden vermieden, sondern potenziell verursacht.⁴² Da bei derartigen Maßnahmen keine Garantie auf Zufriedenheit der_des zukünftigen Erwachsenen und damit auf Erfolg besteht, können diese nicht als dem Kindeswohl dienlich eingestuft werden.

Deshalb ist die „pauschale“ Einordnung geschlechtsnormierender Eingriffe bei Intersexualität als Heilbehandlungen höchst problematisch,⁴³ worauf auch einige wenige Stan-

37 Kleinemeier/Jürgensen, Ergebnisse 16.

38 Juen, Arzthaftungsrecht. Die zivile Haftung des Arztes für den Behandlungsfehler (2005) 85-86.

39 idF BGBl I 2013/135.

40 Woellert, Umgang mit Intersexualität. Ethische Dilemmata und Methoden ethischer Reflexion, in Schweizer/Richter-Appelt, Intersexualität kontrovers (2012) 453.

41 Brinkmann et al, Behandlungserfahrungen von Menschen mit Intersexualität – Ergebnisse der Hamburger Intersex-Studie, Gynäkologische Endokrinologie 2007, 235-242.

42 Brinkmann et al, Gynäkologische Endokrinologie 241; Streuli/Zehnder, Intersexualität und Forschungsstrategien, in Schweizer/Richter-Appelt, Intersexualität kontrovers (2012) 275-276.

43 Rothärmel, Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität, MedR 2006/5, 278-279.

dardkommentare verweisen. So machen *Burgstaller/Schütz* darauf aufmerksam, dass bei geschlechtszuweisenden Operationen im Kindesalter, die mit massiven und irreversiblen oder nur schwer reversiblen Eingriffen in die körperliche Integrität verbunden sind, die medizinische Indikation häufig mit erheblichen Unsicherheiten belastet ist.⁴⁴ Aufgrund des Schweregrades derartiger Eingriffe plädieren sie zusammen mit *Stormann* dafür, umso mehr Wert auf die möglichst weitgehend selbstbestimmte Einwilligung des intergeschlechtlichen Kindes zu legen, je schwerer der Eingriff und dessen Folgen seien, je eher ein Zuwarten der Behandlung medizinisch möglich und je größer die Unsicherheit hinsichtlich der zu erwartenden Geschlechtsidentitätsentwicklung sei.⁴⁵ Bes beachtenswert ist die Feststellung, dass der Bereich der Heilbehandlung überschritten ist, wenn für die Eingriffe nicht medizinische, sondern soziale Gesichtspunkte entscheidend sind. Derartige Maßnahmen würden einer Rechtfertigung nach § 90 StGB⁴⁶ bedürfen. Gleichzeitig wird deutlich gemacht, dass die Gesetzgebung die Entscheidungsfreiheit Einzelner bei Eingriffen im Bereich der Geschlechtssphäre entscheidend begrenzt.⁴⁷ Dies ist für die Beurteilung der Zulässigkeit fremdbestimmter Geschlechtsnormierungen bei intersexuellen Kindern von bes Bedeutung.⁴⁸

3.2.2. Zulässigkeit von Modifikationen des Geschlechtskörpers

Gem § 163 ABGB⁴⁹ können weder die einsichts- und urteilsfähige minderjährige Person noch ihre gesetzlichen Vertreter_innen einer medizinischen Maßnahme zustimmen, die eine dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit zur Folge hat. Die Einwilligung zur Sterilisation oder Kastration Minderjähriger ist somit rechtlich nicht möglich. Anderes gilt lediglich bei Maßnahmen, bei welchen der „Eintritt der Fortpflanzungsunfähigkeit notwendige Begleiterscheinung einer anderen, unabwendbaren medizinischen Behandlung“⁵⁰ ist. Die Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit intersexueller Kinder im Rahmen geschlechtsnormierender Eingriffe kann somit nur legitim sein, wenn diese zur Verhinderung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der betroffenen Person vorgenommen wird. Darüber hinaus ist § 90 Abs 3 StGB⁵¹ zu beachten. Demnach kann in eine Verstümmelung oder sonstige Verletzung der Genitalien, die geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen, nicht eingewilligt werden. Dabei reicht bereits die potenzielle Gefahr einer solchen Störung aus, um die Rechtswidrigkeit derartiger Handlungen zu begründen.⁵² Studien und Erfahrungsberichte Betroffener ha-

44 *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, StGB² § 90 StGB Rz 152.

45 *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, StGB² § 90 StGB Rz 152; *Stormann* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ §146c Rz 4.

46 idF BGBl 1974/60.

47 *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz*, StGB² § 90 StGB Rz 152.

48 Vgl *Rothärmel*, MedR 2006, 280-281.

49 idF BGBl I 2013/15.

50 ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 35.

51 idF BGBl 1974/60.

52 *Kienapfel/Schroll*, Studienbuch § 90 StGB Rz 84-86.

ben mittlerweile mehrfach verdeutlicht, dass die bei intergeschlechtlichen Menschen angewendeten operativen Maßnahmen erhebliche und nachhaltige Beeinträchtigungen des sexuellen Empfindens nach sich ziehen können.⁵³ Obwohl der Wortlaut der Norm geschlechtsneutral gehalten ist, zielt die Bestimmung gem den Erläuterungen zur RV vorrangig auf ein Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung ab. Mit Hinweis auf die Einstufung von medizinischen Maßnahmen zur „Behandlung von somatischer Intersexualität“ als Heilbehandlungen wird der Anwendungsbereich des § 90 Abs 3 StGB bei Geschlechtsnormierungen Betroffener ausdrücklich ausgeschlossen.⁵⁴ Wie jedoch aufgezeigt wurde, können medizinische Eingriffe bei Intergeschlechtlichkeit nicht automatisch als Heilbehandlungen klassifiziert werden, da das Vorliegen eines Leidens stets im Einzelfall zu beurteilen ist. Daher muss das Verbot der Genitalverstümmelung mE bei Geschlechtsnormierungen intersexueller Kinder ebenso Anwendung finden.

3.2.3. Zulässigkeit kosmetischer Maßnahmen bei Minderjährigen

Verfolgen die angewendeten medizinischen Maßnahmen nicht die Heilung eines Leidens, kann es sich dabei um den rechtlich anders zu bewertenden Bereich der kosmetischen Chirurgie handeln.⁵⁵ Dieser Einwand erfolgt von Betroffenenvereinigungen, da die meisten medizinischen Eingriffe bei intersexuellen Personen die Herstellung eines möglichst weiblichen oder männlichen Erscheinungsbildes bezwecken.⁵⁶ Medizinische Eingriffe sind kosmetischer Natur, wenn sie ohne einen Krankheitswert oder eine funktionale Einschränkung des menschlichen Körpers stattfinden,⁵⁷ was auf Geschlechtsnormierungen bei intersexuellen Kindern häufig zutrifft. Bei Personen, die das 16. LJ noch nicht vollendet haben, sind kosmetische Behandlungen oder Operationen gem § 7 ÄsthOpG⁵⁸ ohne eine medizinische Indikation absolut unzulässig. Fremdbestimmte Geschlechtsanpassungen bei intersexuellen Kindern, deren Ziel ausschließlich in der Vereindeutigung des Geschlechtskörpers liegt, sind als kosmetische Eingriffe zu werten und können daher nicht rechtmäßig sein. Mit den die Fortpflanzungsfähigkeit und die Geschlechtssphäre schützenden Bestimmungen⁵⁹ sowie dem Verbot von rein kosmetischen Maßnahmen bei unmündigen Minderjährigen⁶⁰ schafft die Gesetzgebung spezifische Beschränkungen der elterlichen Vertretungsbefugnisse, die auch im Zhm Intersexualität beachtet werden müssen. Geschlechtsanpassungen an Kindern, die ohne eine zwingende medizinische Indikation iS einer konkreten Lebens- oder Gesundheitsgefahr durchgeführt werden, sind

53 *Hughes et al*, *Pediatrics* 2006, 491-492.

54 ErläutRV 754 BlgNR 21. GP 11-13.

55 *Rothärmel*, *MedR* 2006, 278.

56 Vgl etwa: *Intersexuelle Menschen e. V.*, „Forderungen“.

57 *Stock*, Die Indikation in der Wunschmedizin. Ein medizinrechtlicher Beitrag zur ethischen Diskussion über „Enhancement“ (2009) 159.

58 idF BGBl I 2012/80.

59 § 163 ABGB idF BGBl I 2013/15; § 90 Abs 3 StGB idF BGBl 1974/60.

60 § 7 ÄsthOpG idF BGBl I 2012/80.

mE nicht als Heilbehandlungen zu klassifizieren und dürfen daher einer stellvertretenden elterlichen Zustimmung nicht zugänglich sein. Unter Beachtung des Rechts des Kindes auf eine offene Zukunft⁶¹ darf weder die Entwicklung einer individuellen Geschlechtsidentität durch medizinische Maßnahmen beeinträchtigt werden, noch die Option, die eigene Sexualität der körperlichen Konstitution entsprechend zu erfahren.

3.3. Notwendigkeit einer Verbotsnorm: „Vorbild“ Malta

Die vorhandenen Rechtsvorschriften können – wie gezeigt – den Schutz der körperlichen Unversehrtheit und die Selbstbestimmung intersexueller Menschen nicht ausreichend gewährleisten. Daher ist eine Erweiterung der bestehenden Normen um ein spezifisches Verbot medizinisch nicht indizierter Geschlechtsnormierungen bei intersexuellen Kindern sinnvoll. Eine Option könnte dabei die Ergänzung des § 90 StGB⁶² darstellen. So könnte ein Abs 4 die Veränderung der inneren und äußeren Geschlechtsorgane zum Zwecke einer Geschlechtsanpassung bei Intersexualität an die persönliche und informierte Zustimmung einer einsichts- und urteilsfähigen Person binden.

Einen derartigen Schritt hat kürzlich Malta unternommen. Seit April 2015 normiert Art 14 des „Gender identity, gender expression and sex characteristics Act“⁶³ ein ausdrückliches Verbot geschlechtszuweisender Behandlungen und/oder chirurgischer Interventionen an den Geschlechtsmerkmalen nicht einwilligungsfähiger Minderjähriger, wenn diese bis zur Einwilligungsfähigkeit Betroffener aufgeschoben werden können. Damit ist Malta weltweit das erste Land, das fremdbestimmte und medizinisch nicht notwendige geschlechtsnormierende Eingriffe an Kindern explizit gesetzlich untersagt. Dies ist ein Meilenstein in puncto des Schutzes der körperlichen Integrität intergeschlechtlicher Menschen mit wünschenswerter Vorbildwirkung für weitere Staaten.

4. Personenstand intersexueller Menschen

Nicht nur die medizinrechtlichen Voraussetzungen zur Vornahme genitalanpassender Maßnahmen beeinträchtigen die Entscheidungsfreiheit intersexueller Menschen, sondern auch die personenstandsrechtliche Praxis. Schließlich bauen alle weiteren Unterscheidungen zwischen den Geschlechtern auf der Differenzierung zwischen Frauen und Männern bei der Geburt auf.⁶⁴ Die geschlechtsspezifische Zuordnung erfolgt gewöhnlich auf Grundlage der körperlichen Beschaffenheit eines Neugeborenen durch Ärzt_in

61 Dazu: *Feinberg*, The Child's Right to an Open Future, in *Feinberg*, *Freedom&Fulfillment*. Philosophical Essays, 76-97.

62 idF BGBl 1974/60.

63 <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045b1e6> (30.9.2015).

64 *Holzleitner*, Durchquerungen. Repräsentationen von Geschlecht im Rechtsdiskurs, in *Camus et al*, *Im Zeichen des Geschlechts. Repräsentationen, Konstruktionen, Interventionen* (2008) 205.

nen oder Geburtshelfer_innen.⁶⁵ Gem § 11 Abs 1 iVm § 2 Abs 2 PStG⁶⁶ ist das ermittelte Geschlecht in der Folge innerhalb einer Woche im Rahmen der Geburtsanzeige bekanntzugeben. Auch wenn der Gesetzeswortlaut dies nicht ausdrücklich vorsieht, sind lediglich die Eintragungsmöglichkeiten „weiblich“ und „männlich“ anerkannt.⁶⁷ *Greif* zufolge repräsentiert die Einteilung der Menschen in Frauen und Männer damit ein fundamentales Prinzip unserer Rechtsordnung.⁶⁸ Bei intergeschlechtlichen Säuglingen ist diese personenstandsrechtliche Angabe jedoch nicht zweifelsfrei möglich. Nichtsdestotrotz wird praktisch jedes Neugeborene einem bestimmten Geschlecht zugeordnet. Erfolgt zum Zeitpunkt der Geburt eines intersexuellen Kindes ein Irrtum bei der Geschlechtszuweisung, können Betroffene ihre Geschlechtsangabe gem § 42 Abs 3 PStG⁶⁹ nachträglich berichtigen lassen. In Zhm der Geschlechterfassung stellt sich aber auch die Frage nach einem potenziell alternativen Umgang mit dem Personenstands-geschlecht. Eine Möglichkeit dazu eröffnet das Gesetz selbst.

4.1. Verzicht auf eine Geschlechtseintragung

§ 40 Abs 1 PStG⁷⁰ sieht vor, dass Eintragungen, wie jene über das Geschlecht eines Kindes, ohne unnötigen Aufschub vorzunehmen sind. Ist eine vollständige Eintragung innerhalb angemessener Frist nicht möglich, muss sie nach § 40 Abs 1 PStG⁷¹ unvollständig durchgeführt werden. Allerdings gibt § 41 Abs 2 PStG⁷² vor, dass diese Eintragung durch die Personenstandsbehörde zu vervollständigen ist, sobald der ausständige Sachverhalt ermittelt wurde. Bei der Geburt intersexueller Kinder kann durchaus die Situation vorliegen, dass bei der Anzeige der Geburt seitens der Krankenanstalt oder der Geburtshelferin_des Geburtshelfers kein Geschlecht eingetragen werden kann.

Einer Stellungnahme der für die Standesämter zuständigen Magistratsabteilung 35 Wien zufolge ist von der Ergänzungsoption des PStG die Geschlechtsangabe nicht ausgenommen. Wenn bei der Anzeige der Geburt eines Kindes absehbar sei, dass das Geschlecht nicht „innerhalb angemessener Frist“⁷³ bestimmt werden könne, bedeutet dies nach Ansicht der Behörde, dass Standesbeamte_innen die Eintragung der Geburt vorerst ohne einen Geschlechtsvermerk vornehmen müssten. Dies gelte va dann, wenn die El-

65 *Zeyringer*, Das österreichische Personenstandsrecht (1986) 43.

66 idF BGBl I 2013/16.

67 Dazu: VwGH 30.9.1997, 95/01/0061: „Die österreichische Rechtsordnung [...] und das soziale Leben gehen von dem Prinzip aus, dass jeder Mensch entweder weiblichen oder männlichen Geschlechts ist.“

68 *Greif*, Der Personenstand postoperativer Transsexueller in Österreich, in *Floßmann*, Universitäre Weiterbildung „Gender Studies“ (2004) 241; *Holzleitner*, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in *Rudolf*, Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung, Querelles Jahrbuch (2009) 37-38.

69 idF BGBl I 2013/16.

70 idF BGBl I 2013/16.

71 idF BGBl I 2013/16.

72 idF BGBl I 2013/16.

73 Als angemessene Frist gilt gem § 9 Abs 1 PStG idF BGBl I 2013/16 eine Woche.

tern ein entsprechendes medizinisches Attest vorlegen könnten. Da die Eintragung des Geschlechts dennoch so zeitnah wie möglich zu erfolgen habe, würde die Behörde die Eltern in der Praxis wahrscheinlich in regelmäßigen Abständen kontaktieren und nachfragen, ob bereits eine Bestimmung möglich sei. Dabei sei es durchaus denkbar, dass die Eintragung des Geschlechts auch erst Monate nach der Geburt ergänzt werden könne.⁷⁴ Für die Ergänzung ist allerdings keine Frist vorgesehen. In Kombination mit der Möglichkeit zur Vornahme einer unvollständigen Eintragung ermöglicht dies mE durchaus eine dauerhafte Beurkundung der Geburt ohne Angabe des Geschlechts. In einem derartigen Fall könnte die Ergänzung des Geschlechts im Rahmen des binären Klassifikationsschemas wohl kaum erzwungen werden. Als zusätzliche Alternative bestünde die Möglichkeit, die Eintragung einer weiteren Geschlechtsbezeichnung (zB „intergender“) zu fordern.⁷⁵ Schließlich enthalten weder das PStG noch die PStV eine Spezifizierung des Wortlautes eintragungsfähiger Geschlechtskategorien.

4.2. Alternative Regelung des deutschen Personenstandsgesetzes

In jüngster Vergangenheit haben mehrere Staaten alternative Regelungen zur personenstandsrechtlichen Anerkennung intergeschlechtlicher Menschen geschaffen.⁷⁶ Ein in diesem Zh bekannt gewordenes Bsp ist die BRD Deutschland. Dort bestimmt seit 1.11.2013 § 22 Abs 3 PStG, dass im Falle der Geburt eines Kindes, welches weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann, der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe im Geburtenregister einzutragen ist. Eine nachträgliche Erfassung der Geschlechtsangabe ist als Folgebeurkundung zum Geburtseintrag möglich, gem § 27 Abs 3 Z 4 PStG jedoch nicht zwingend vorgesehen. Obwohl durch die neue Norm die Existenz intergeschlechtlicher Menschen rechtlich anerkannt wird, führt eine Verwaltungsvorschrift dazu näher aus, dass Umschreibungen wie „intersexuell“ oder „ungeklärt“ von Standesbeamt_innen nicht eingetragen werden dürften.⁷⁷ Die Nichtbenennung des Geschlechts Betroffener kann jedoch kaum als angemessene Anerkennung einer alternativen Identität gewertet werden. Zudem kommt die Verpflichtung zum Offenlassen der Geschlechtseintragung einem Zwangsoouting gleich.

74 Die wiedergegebene Auskunft beruht auf der Beantwortung einer schriftlichen Anfrage meinerseits an Frau *Barbara Reinwein*, als Leiterin der Stabsstelle Kommunikation der Magistratsabteilung 35 Wien für Einwanderung, Staatsbürgerschaft und Standesamt, vom 1.4.2014 (KZ O-2286/2014-24).

75 *Birgit/Michel Reiter* forderte bereits im Jahr 2000 einen ihm/ihr entsprechenden Personenstand lautend auf „zwitterig“. In zweiter Instanz wies das LG München seine Beschwerde im Juni 2003 mit der Begründung ab, dass *Birgit/Michel* als Pseudohermaphrodit gar kein „richtiger“ Zwitter sei und aufgrund der überwiegend weiblichen Geschlechtsmerkmale als Frau gelte. Darüber hinaus komme nach Ansicht des Gerichts ein auf „intersexuell“ oder „intrasexuell“ lautender Geschlechtseintrag nicht infrage, da diese Bezeichnungen lediglich als Oberbegriff für unterschiedliche sexuelle Differenzierungsstörungen verwendet und daher kein bestimmtes Geschlecht kennzeichnen würden (LG München, 16 T 19449/02, FamRZ 2004, 269-270).

76 Ua Australien, Argentinien, Bangladesch, Indien oder Neuseeland.

77 Nr 21.4.3 PStG-VwV-ÄndVwV.

Dieses ist insofern problematisch, als es aus Angst vor einer gesellschaftlichen Stigmatisierung den elterlichen Druck, einer Geschlechtsnormierung ihres Kindes noch rascher zuzustimmen, möglicherweise erhöhen kann.⁷⁸ So sollte Eltern die Option zum zumindest vorläufigen Offenlassen der Geschlechtseintragung sowie zur Wahl eines provisorischen „Erziehungsgeschlechts“ gegeben werden.⁷⁹ Die Entscheidung, ob, mit wem und zu welchem Zeitpunkt man über sein Geschlecht und damit zusammenhängende Besonderheiten sprechen und welche Geschlechtskategorie man für sich in Anspruch nehmen möchte, sollte von jeder einzelnen Person selbst getroffen werden.

5. Conclusio

Die medizinische und rechtliche Praxis geschlechtliche Variationen betreffend zeigt, dass intergeschlechtliche Menschen bereits unmittelbar nach der Geburt erheblichen Einschränkungen ausgesetzt sind. Gegen die damit verbundenen Benachteiligungen setzen sich Betroffene auch vor Gerichten zur Wehr. Bspw ist gegenwärtig in den USA ein Verfahren wegen einer fremdbestimmten Geschlechtsnormierung an einem Säugling anhängig, der sich während dieser Zeit in staatlicher Obhut befand und mittlerweile eine dem Zuweisungsgeschlecht widersprechende Geschlechtsidentität entwickelt hat.⁸⁰ Den Personenstand betreffend fordert in Deutschland aktuell eine Inter-Person die Berichtigung ihrer ursprünglich weiblichen Geschlechtseintragung lautend auf „inter/divers“.⁸¹ Intersexualität ist keine Krankheit, sondern eine Normvariation des Menschen. Die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen können jedoch die Einhaltung der Rechte intersexueller Menschen nicht ausreichend gewährleisten. Angesichts der damit verbundenen potenziellen Missachtung der Grund- und Freiheitsrechte⁸² Betroffener ist die Schaffung spezifischer Regelungen erforderlich und sinnvoll. Zur Ermöglichung personaler Autonomie (nicht nur) intersexueller Menschen ist, wie *Holzleithner* es treffend formuliert, die Öffnung des Rechts für die Vorstellung der „Fluidität“ des Geschlechts notwendig.⁸³

Mag.^a Marija Petričević ist Juristin in Wien und verfasste eine Dissertation zum Thema „Rechtsfragen zur Intersexualität“; petricevic.m@gmx.at

78 Vgl dazu *Kromminga* zit n *Ausser*, Zwangsgeoutet, Siegessäule – Das queere Onlinemagazin 2013/12, http://issuu.com/siegessauele/docs/sis_12-13/9 (30.9.2015).

79 Vgl dazu *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme 177.

80 *Advocates for Informed Choice (AIC)*, Blog about „M.C.“, <http://aiclegal.org/category/m-c/> (30.9.2015).

81 Vgl dazu Antrag auf „dritte Option“, <http://dritte-option.de> (30.9.2015), *Röhner*, *juridikum* 2015, 526-527.

82 Im Zhm fremdbestimmten Geschlechtsnormierungen erfolgen potenziell Verletzungen des Rechts auf Selbstbestimmung, der körperlichen Unversehrtheit und der freien Entwicklung der Persönlichkeit. Die Zwangszuordnung Betroffener zu den konventionellen Geschlechtskategorien kann gegen den Allgemeinen Gleichheitssatz, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verstoßen. Ausführlicher dazu in meiner Dissertation zu „Rechtsfragen zur Intersexualität“.

83 *Holzleithner*, *Geschlecht* 61-62.

Gewalt an Frauen mit Behinderungen – allgegenwärtig und noch immer tabuisiert

Ergebnisse aus dem EU Forschungsprojekt – „Zugang von Frauen mit Behinderungen zu Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen bei Gewalterfahrungen“¹

Sabine Mandl / Claudia Sprenger

Zusammenfassung in einfacher Sprache

Frauen mit Behinderungen erleben viel öfter Gewalt als Frauen ohne Behinderungen.

Leider finden diese Frauen oft sehr schwer gute Beratung und Unterstützung.

Es gibt wenig Berichte warum das so ist.

Deshalb haben wir ein Projekt in Europa gemacht.

Wir haben gemeinsam mit Frauen mit Behinderungen geforscht.

Wir haben Frauen mit Behinderungen befragt.

Wir haben auch Gespräche mit Mitarbeiterinnen von Unterstützungs-Angeboten gesprochen.

Hier sind einige Ergebnisse:

- Es gibt viele Gesetze für den Schutz von Menschen mit Behinderungen.
- Es gibt viele Gesetze gegen Gewalt an Frauen.
- Frauen mit Behinderungen werden in den Gewaltschutz-Gesetzen nicht erwähnt.
- So entstehen viele Probleme.
- Viele Frauen mit Behinderungen erleben verschiedene Formen von Gewalt.
- Es gibt verschiedene Täter und Täterinnen:
Eltern, Lehrer und Lehrerinnen, Betreuer und Betreuerinnen und so weiter...

1 Mandl/Schachner/Sprenger/Planitzer Übertragung in leichte Sprache: Udl/Zormann (2014), Hilfe für Frauen mit Behinderungen bei Gewalt. Bericht über das Projekt: http://women-disabilities-violence.humanrights.at/sites/default/files/reports/oesterreich_abschliessender_projektbericht_ls_0.pdf (29.9.2015) und Udl/Vogt/Mandl/Schröttle Übertragung in leichte Sprache: Udl/Zormann (2014), Gewalt – was kann ich tun? Infos für Frauen mit Behinderungen, http://women-disabilities-violence.humanrights.at/sites/default/files/reports/oesterreich_broschuere_fuer_frauen_m._behinderungen_ls.pdf (29.9.2015).

- Oft bekommen Frauen mit Behinderungen nicht die richtige Unterstützung.
- Es gibt noch immer zu wenig Barrierefreiheit.
- Es gibt aber auch viel Unterstützung:
Freunde und Freundinnen, Selbsthilfe-Gruppen und so weiter...
- Viele Frauen haben aus eigener Kraft viel gegen Gewalt unternommen.

Wir haben diese Empfehlungen von Frauen mit Behinderungen gehört:

- Es soll mehr barrierefreie Informationen über Gesetze geben.
- Es soll gute Unterstützung bei Gericht geben.
- Es soll bessere Unterstützung für Frauen mit Behinderungen geben, die Gewalt erlebt haben.
- Es soll Selbstbestimmung für Frauen geben, die in Einrichtungen leben.
- Es soll Schulungen für Berater und Beraterinnen geben.
- Selbst-Bestimmt-Leben Organisationen sollen mit Frauenberatungs-Stellen zusammenarbeiten.

*Jede Frau hat das Recht,
dass ihr geholfen wird, wenn sie Gewalt erlebt!
Jede Frau hat das Recht,
dass sie vor weiterer Gewalt geschützt wird!*

1. Einleitung

Gewalt gegen Frauen ist seit Beginn der 1990er Jahre nicht mehr eine primäre Privatsache, sondern international als Menschenrechtsverletzung anerkannt,² wodurch Staaten dazu verpflichtet werden, Frauen vor Gewalt zu schützen bzw ihnen adäquate Unterstützungleistungen zukommen zu lassen. In den letzten 20 Jahren sind eine Reihe von Gesetzen erlassen und Maßnahmen getroffen worden, um diese völkerrechtlichen Verpflichtungen auch innerstaatlich umzusetzen, jedoch werden Frauen mit Behinderungen darin kaum berücksichtigt.³ Gewalt gegen Frauen mit Behinderungen ist nach wie vor ein Tabu-Thema, das bislang wenig politische sowie öffentliche Aufmerksamkeit erlangte.⁴ Obgleich mittlerweile belegt ist,⁵ dass Frauen mit Behinderungen häufiger von Gewalt betroffen sind als Frauen im Bevölkerungsschnitt, gibt es kaum Untersu-

2 Verankert ua in: *UN-Generalversammlung*, Res 48/104 (1993), www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm (25.9.2015); 4. UN-Welfrauenrechtskonferenz, Abschlussdokument (1995), www.un.org/depts/german/conf/beijing/anh_2.html (28.9.2015).

3 Vgl dazu: *Wurziinger*, Frauen und Mädchen mit Behinderungen: Ein Streifzug durch UNCPRD, CEDAW und Lebenswirklichkeiten in Österreich, *juridikum* 2015, 96.

4 Vgl dazu: *Flieger*, Nirgends ein sicherer Ort. Gewalt an Menschen mit Behinderungen, *juridikum* 2015, 110, 113ff.

5 *Schröttle/Hornberg et al*, Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen in Deutschland (2013) 217, 382, www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/publikationen,did=199822.html (28.9.2015).

chungen zur Nutzung von formellen Betreuungs- und Unterstützungsstrukturen durch Frauen mit Behinderungen bei Gewalterfahrungen. Aus diesem Grund setzte sich das EU-Projekt „Zugang von Frauen mit Behinderungen zu Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen bei Gewalterfahrungen“⁶ von 2013-2015 mit diesem Thema auseinander.

2. Projektbeschreibung

Das EU-Projekt wurde vom *Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte* koordiniert und in Österreich gemeinsam mit *queraum. kultur- und sozialforschung* sowie *NINLIL – Empowerment und Beratung für Frauen mit Behinderung* umgesetzt. In den anderen europäischen Staaten waren die Universität Gießen (D), die Universitäten Leeds und Glasgow (UK) sowie die Universität Island beteiligt.

Folgende Forschungsfragen leiteten die Untersuchung:

1. Von welchen unterschiedlichen Formen von Gewalt sind Frauen mit Behinderungen betroffen?
2. Was hat Frauen bei der Bewältigung der Gewalterfahrungen geholfen bzw welche Barrieren haben sie beim Zugang zu Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen identifiziert?
3. Wie zugänglich sind Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen tatsächlich für von Gewalt betroffene Frauen mit Behinderungen und was braucht es noch?

In allen teilnehmenden Staaten⁷ wurden die rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen erhoben und eine einjährige empirische Untersuchung mit quantitativen und qualitativen Methoden auf zwei Ebenen durchgeführt. Zum einen wurden insgesamt 165 von Gewalt betroffene Frauen in Fokusgruppen und biographischen Tiefeninterviews befragt. Zum anderen nahmen 602 Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen, wie Frauenhäuser, Frauenberatungsstellen, Frauennotrufe, Gewaltschutzzentren, Interventionsstellen gegen Gewalt in der Familie und, zu einem geringeren Anteil, Organisationen aus dem Behindertenbereich mit einem Fokus auf Gewalt an einer Onlinebefragung teil. Zusätzlich stellten sich 54 Vertreterinnen derselben Einrichtungen für Interviews zur Verfügung.

Diese Untersuchung ist aufgrund der vergleichsweise geringen Anzahl an Befragten nicht repräsentativ, sondern wurde explorativ angelegt, um ein vertieftes Verständnis über die komplexen Gewalterfahrungen von Frauen mit Behinderungen zu erlangen. Zudem wurde die Zugänglichkeit zu Opferschutzeinrichtungen aus der Sicht der betroffenen Frauen, aber auch aus der Perspektive der Einrichtungen selbst, analysiert.

6 Dieses Projekt wurde von der Europäischen Kommission finanziert und in Österreich gefördert durch Mittel des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz sowie des Bundesministeriums für Bildung und Frauen.

7 Deutschland, Großbritannien, Island und Österreich.

Good-Practice Beispiele wurden identifiziert sowie Empfehlungen zur Verbesserung der Situation von Gewalt betroffenen Frauen mit Behinderungen ausgearbeitet. Die Projektergebnisse sind auf Englisch, Deutsch und Isländisch und in barrierefreien Formaten, wie in Leichter Sprache, Gebärdensprachenvideos und Audio-Dateien auf der Projektwebsite zugänglich.⁸

2.1. Definition von Behinderung und Gewalt

Die dem Projekt zugrundeliegende Definition von *Behinderung* basiert auf der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen⁹ und umfasst das soziale Modell von Behinderung, das besagt, dass Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund gesundheitlicher Beeinträchtigungen behindert sind, sondern durch das gesellschaftliche und soziale System – durch Barrieren und Ausgrenzungsmechanismen – ausgegrenzt und an einer gleichberechtigten Teilhabe gehindert werden.¹⁰ Um diese Ausschlüsse auch wissenschaftlich untermauern zu können, wurde *Behinderung* im Rahmen des Projekts sehr breit definiert und Frauen mit unterschiedlichen Beeinträchtigungsformen¹¹ nahmen teil, um von ihren persönlichen Gewalt- und Diskriminierungserfahrungen zu berichten.

Das dem Projekt zugrundegelegte Verständnis von *Gewalt gegen Frauen* basiert auf der Definition von Gewalt gegen Frauen der UN-Erklärung über die Beseitigung der Gewalt gegen Frauen.¹² Der Begriff umfasst demnach jede Handlung geschlechtsspezifischer Gewalt, die der Frau physischen, sexuellen oder psychischen Schaden oder Leid zufügt oder zufügen kann, einschließlich der Androhung derartiger Handlungen, der Nötigung oder der willkürlichen Freiheitsberaubung in der Öffentlichkeit oder im Privatleben. Das Forschungsprojekt entwickelte daraus fünf Kategorien von Gewalt: psychische, physische, sexualisierte, strukturelle sowie „behinderungs-spezifische Gewalt“. Im Rahmen der empirischen Untersuchung war es für das Forschungsteam jedoch essentiell, die befragten Frauen selbst definieren zu lassen, welche Handlungen sie als Formen der Gewalt betrachteten.

8 <http://women-disabilities-violence.humanrights.at/de/publikationen> (8.10.2015).

9 UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml (25.9.2015), BGBl III 2008/155.

10 Vgl dazu: *Plangger/Schönwiese*, Behinderung und Gerechtigkeit, *juridikum* 2015, 76f.

11 Die Beeinträchtigungen reichten von physischen, psychischen, intellektuellen (Lernschwierigkeiten) bis hin zu sensorischen.

12 UN Res 48/104, 1993, Declaration on the Elimination of Violence against Women, A/Res/48/104 (1993) www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm (25.9.2015).

3. Ergebnisse

Im folgenden Teil werden die Ergebnisse des EU-Projektes kurz skizziert, wobei zunächst auf die rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen eingegangen wird, um dann die Gewalterfahrungen von Frauen mit Behinderungen sichtbar zu machen. Anschließend zeigt ein kurzer Überblick die Einschätzungen von Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen im Hinblick auf ihre Zugänglichkeit für von Gewalt betroffene Frauen mit Behinderungen. Die Empfehlungen zur Verbesserung der Situation, die gemeinsam von Frauen mit Behinderungen und Mitarbeiter_innen von Einrichtungen formuliert wurden, bilden den Abschluss.

3.1. Rechtliche und politische Rahmenbedingungen

Ziel der Untersuchung war, herauszufinden, ob die in den einzelnen Staaten vorhandenen rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen ausreichend und adäquat sind, um Frauen mit Behinderungen den bestmöglichen Schutz vor Gewalt, die optimale Betreuung und Unterstützung nach Gewalterfahrungen sowie den vollen Zugang zum Recht zu garantieren.

In Deutschland, Großbritannien und Österreich gibt es umfassende Gewaltschutzgesetze, in Island wird Gewalt ua als ein Aspekt in Gesetzen zu „Geschlechtergleichstellung“ mitbehandelt.¹³ In allen untersuchten Staaten finden sich zudem zahlreiche Rechtsnormen, die speziell Personen mit Behinderungen vor Rechtsverletzungen und Diskriminierungen schützen, so haben alle Staaten, außer Island, die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen ratifiziert. Österreich hat zudem als einziger Staat das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt¹⁴ ratifiziert, das im August 2014 in Kraft getreten ist. Insgesamt existieren eine Vielzahl an Rechtsnormen und auch politischen Maßnahmen, wie Aktionsplänen.

Wenn jedoch beide Merkmale – Geschlecht und Behinderung – zusammentreffen und es zu einer Mehrfachdiskriminierung kommt, können sich Rechtsschutzlücken im System zeigen.¹⁵ Wenn bspw in Österreich eine Frau mit Behinderungen eine Diskriminierungserfahrung macht, kann sie bei den Landesstellen des Sozialministeriums ein Schlich-

13 Bspw: Gewaltschutz in Deutschland: Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen v 11.12.2001 (BGBl I S 3513); in Großbritannien: Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004 (c 28), www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/28/contents (9.10.2015); in Österreich: Gewaltschutzgesetz I BGBl 1996/759; Gewaltschutzgesetz II BGBl I 2009/40; in Island: Act on Equal Status and Equal Rights of Women and Men, No 10/2008 (Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla).

14 Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&NT=210 (25.9.2015), BGBl III 2014/164.

15 Vgl dazu: Wurzinger, juridikum 2015, 96.

tungsverfahren¹⁶ beantragen.¹⁷ Diese Möglichkeit wurde 2006 durch das Behindertengleichstellungspaket¹⁸ geschaffen. Somit kann es in der Praxis dazu kommen, dass bei der Prüfung über das Vorliegen einer Diskriminierung von Frauen mit Behinderungen der Genderaspekt aufgrund fehlender Spezialisierung bzw. Sensibilisierung der Schlichtungsstelle unzureichend berücksichtigt wird.¹⁹

Zudem mangelt es an barrierefreien Zugangsmöglichkeiten zu formellen Unterstützungsstrukturen beim Zugang zum Recht. Befragte Frauen berichteten, dass sie häufig über keine zugänglichen Informationen bspw. über den Stand ihres Gerichtsverfahrens in Leichter Sprache erhielten, oder es wurden keine Gebärdensprachdolmetscher_innen vom Gericht bereitgestellt.

3.2. Gewalterfahrungen aus der Sicht betroffener Frauen mit Behinderungen

Die interviewten Frauen beschreiben Gewalt als sehr vielfältig in Ausprägung und Ausgestaltung; sie ist für sie allgegenwärtig und hat substantiellen Charakter.

Eine Frau hat, exemplarisch für viele folgende Worte gefunden: „[...] *es gibt keinen Ort, an dem Frauen mit Behinderungen nicht Gewalt erfahren könnten* [...]“. ²⁰ Nicht nur, dass Frauen mit Behinderungen öfters von Gewalt betroffen sind, sondern trugen auch (frühere) Gewalterfahrungen im Leben der Frauen zu späteren gesundheitlichen und/oder psychischen Beeinträchtigungen bei, was auf eine Wechselwirkung zwischen Gewalt und Behinderung schließen lässt. Wenn Frauen bereits in der Kindheit Gewalt erlebten, erhöhte sich das Gewaltisiko im weiteren Lebensverlauf und nur sehr selten kam es vor, dass Gewalt erst im Erwachsenenalter auftrat.

Es konnten fünf unterschiedliche *Formen von Gewalt* – die oft zeitgleich auftraten, und/oder sich gegenseitig verstärkten – identifiziert werden. Alle Frauen berichteten über *psychische Gewalt*. Eine Frau erzählte von einem Erlebnis aus ihrer Kindheit: „[...] *was auch noch arg war, war das Sprechverbot in der Schule. [...] nicht nur eine Gruppe, sondern die ganze Schule durfte nicht mit mir reden. [...] Eine Woche lang oder so.*“ ²¹

16 Vgl. dazu: §§ 14ff des BGStG, sowie www.sozialministeriumservice.at/site/Behindertengleichstellung/Schlichtung/Schlichtungsgespraech (25.9.2015).

17 Zu den Verfahren vgl. *Frey/Ladstätter*, Soft Law und gerichtliche Durchsetzung im Behindertengleichstellungsgesetz, *Juridikum* 2015, 120.

18 Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG) erlassen wird und das Behinderteneinstellungsgesetz, das Bundesbehindertengesetz, das Bundessozialamtsgesetz, das Gleichbehandlungsgesetz, das Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft sowie das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz geändert werden, BGBl I 2005/82.

19 *Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (ÖAR)*, Bericht zur Umsetzung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen in Österreich anlässlich des 1. Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (2013) 31.

20 *Schachner/Sprenger/Mandl/Mader*, Nationaler Empirischer Bericht Österreich: Zugang von Frauen mit Behinderungen zu Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen bei Gewalterfahrungen (2014) 14, http://women-disabilities-violence.humanrights.at/sites/default/files/reports/ws_3_empirischer_bericht_oesterreich.pdf (24.9.2015).

21 *Schachner et al.*, Bericht 18.

Körperliche Gewalt erlebten fast alle Frauen in unterschiedlichen Facetten: von Schlägen, Anspucken, Tritten bis hin zu Würgen oder versuchtem Mord. Eine Frau berichtete: „[...] mein Papa der hat mich auch geschlagen, also nur so beim Laufen, ich bin ja am Humpeln und mein Papa meinte, wenn ich mich anstrenge, könnte ich besser laufen.“²² Ein hoher Anteil von Frauen sprach über *sexualisierte Gewalt* und ihre Erfahrungsberichte bestärken die Annahme, dass Mädchen und Frauen mit Behinderungen – allen voran mit Lernschwierigkeiten – in der Gesellschaft noch immer häufig als „asexuell“ angesehen werden. Dies begünstigt das Überschreiten von Grenzen und erleichtert Gewalthandlungen. „[...] und so schnell hab ich gar nicht schau können, liegt er bei mir im Bett herinnen, war das der Pfleger [...] hast vielleicht noch nichts mit einem Mann gehabt und willst das nicht einmal wissen?“²³

Strukturelle Gewalt spielt bei allen teilnehmenden Frauen eine Rolle: „[...] Wir werden behindert und wir sind nicht behindert, das stimmt einfach sehr oft.“²⁴ Viele Frauen fühlten sich gesellschaftlich ausgegrenzt, ausgeschlossen, übergangen und nicht ernst genommen. Nach *Galtung* sind die Ursachen *struktureller Gewalt* in sozialen und politischen ungleichen Machtverhältnissen und Ausgrenzungsmechanismen – die die menschliche Selbstverwirklichung verunmöglichen – zu finden.²⁵ *Strukturelle Gewalt* ist vielschichtig, sie fließt in unterschiedlichste Alltags- und Gesellschaftsebenen mit ein und kann durch Institutionen sowie durch strukturelle Verhältnisse hervorgerufen werden. Frauen mit Behinderungen sind davon in mehrfacher Weise betroffen. Weil sie als Frauen geschlechtsspezifischer Gewalt ausgesetzt sind und weil sie aufgrund ihrer Beeinträchtigungen und Behinderungen an der vollen gesellschaftlichen Teilhabe gehindert werden.

Von *multiplen Diskriminierungserfahrungen* berichteten alle Frauen mit Behinderungen, auch wenn sie es selbst in den Interviews nicht so benannt haben. Speziell in Einrichtungen lebende Frauen mit Behinderungen fühlten sich in ihrer persönlichen Entwicklung und Autonomie stark eingeschränkt. Ihr Lebensalltag war durch Fremdbestimmung und klar vorgegebene Strukturen geprägt, die kaum flexibel genug waren, um auf ihre individuelle Bedürfnisse Rücksicht zu nehmen. Zudem begünstigten die system- und organisationsbedingten ungleichen Machtverhältnisse zwischen Pflegepersonal und Bewohner_innen Diskriminierungen und Gewalthandlungen.

Neben den bereits erwähnten Formen von Gewalt – psychische, körperliche, sexualisierte und strukturelle – gibt es eine, die unmittelbar mit den unterschiedlichen Beeinträchtigungen in Verbindung steht, die „*behinderungs-spezifische Gewalt*“. Sie drückt sich bspw aus in Vernachlässigung, Zerstörung von Hilfsgeräten oder Übermedikation.

22 Schröttle/Vogt/Rosemeier, Nationaler Empirischer Bericht: Deutschland (2014) 20; http://women-disabilities-violence.humanrights.at/sites/default/files/reports/ws3_empirischer_bericht_deutschland.pdf (24.9.2015).

23 Schachner et al, Empirischer Bericht Österreich 19.

24 Schachner et al, Empirischer Bericht Österreich 20.

25 Vgl dazu *Galtung*, Strukturelle Gewalt. Beiträge zur Friedens- und Konfliktforschung (1975) 9.

Eine Frau schilderte: „[...] er hat mir absichtlich die stärksten Schmerzmittel gegeben, wenn meine Freund_innen zu Besuch kommen wollten und dann konnten sie natürlich nicht kommen, weil ich geschlafen habe.“²⁶ „Behinderungs-spezifische Gewalt“ wird meist von Betreuungspersonen ausgeführt, die zeitgleich Täter_innen, Partner_innen oder Vertrauenspersonen sind. Diese Gewaltdynamik ist schwer zu durchbrechen, da die von Gewalt betroffenen Frauen oft Angst haben, ihre Pflegepersonen zu verlieren. So bleiben sie häufig aus Mangel an Alternativen in diesen von Gewalt geprägten Abhängigkeitsverhältnissen.

3.3. Wer sind die Täter_innen?

In der Kindheit und Jugend der Frauen waren die Täter_innen meist Väter, weniger häufig Mütter, auch Brüder, Onkel, Großeltern und Personen aus dem nahen sozialen Umfeld (Freund_innen, Lehrer_innen, Betreuungspersonen, Fahrer_innen, Therapeut_innen, etc). Im Erwachsenenalter setzte sich die Gewaltausübung oft durch den Vater fort, und der Täter_innenkreis erweiterte sich um Partner_innen und (Ex-)Ehepartner_innen. Was die Genderzugehörigkeit der Täter_innen betrifft, so wurde sexualisierte Gewalt ausschließlich von Männern verübt, wobei psychische und körperliche Gewalt beiden Geschlechtern zuzurechnen ist. Sehr häufig bleibt die Gewalthandlung für die Täter_innen folgenlos, die meisten Frauen gingen nicht zur Polizei, aus Angst, dass ihnen nicht geglaubt würde. Die wenigen Anzeigen wurden kaum strafrechtlich verfolgt und gerichtliche Verurteilungen bildeten seltene Ausnahmen.²⁷

3.4. Perspektive von Einrichtungen

Die hier beschriebenen Ergebnisse basieren auf der Beantwortung der Online-Befragung und Interviews mit Vertreterinnen der Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen. Die Einrichtungen wurden gebeten, mittels Selbsteinschätzung die Zugänglichkeit ihrer Unterstützungsleistungen für Frauen mit Behinderungen, entsprechend den unterschiedlichen Beeinträchtigungen der Frauen, zu beurteilen. Dies ergab einen eklatanten Mangel an Unterstützung für blinde, sehbeeinträchtigte, gehörlose und hörbeeinträchtigte Frauen. In Österreich, Deutschland, Island und Großbritannien gibt es entweder keine oder nur eine sehr kleine Anzahl an Opferschutzeinrichtungen (2 % bis 13 %), die für diese Zielgruppe uneingeschränkt zugänglich sind. Eine ebenso benachteiligte Gruppe sind Frauen mit Lernschwierigkeiten, auch wenn der Prozentsatz der als zugänglich beurteilten Einrichtungen etwas höher ist (9 % bis 13 %). Das Unterstützungsangebot

26 Mandl/Schachner/Sprenger/Planitzer, Abschließender Projektbericht: Zugang von Frauen mit Behinderungen zu Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen bei Gewalterfahrungen (2014) 16, http://women-disabilities-violence-humanrights.at/sites/default/files/reports/oesterreich_abschliessender_projektbericht_0.pdf (25.9.2015).

27 Vgl dazu Mandl et al, Projektbericht 18.

erhöht sich für mobilitätsbeeinträchtigte Frauen, variiert jedoch stark: Die Prozentsätze in den Länderstudien reichen von 9 % (Deutschland) bis 46 % (Österreich, Großbritannien) und sogar 66 % (Island). In allen Fällen waren Frauen mit psychischen Beeinträchtigungen die Klientinnengruppe, die die Angebote am meisten nutzen konnten (27 % bis 70 %). Desweiteren wurden die teilnehmenden Organisationen befragt, in welchem Ausmaß sie Frauen unterstützen können, die in stationären oder teilstationären Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen leben bzw Pflege oder Unterstützung brauchen. Hier wies Island (40 %) die höchste Rate auf, gefolgt von Großbritannien (29 %), Österreich (13 %) und Deutschland (6 %).²⁸

Als *Maßnahmen zur Gewährleistung von Barrierefreiheit* wurden am häufigsten Beratungen für Frauen mit psychischen Beeinträchtigungen und chronischen Erkrankungen sowie Informationen in leichter Sprache genannt. Bauliche Adaptierungen (etwa Schilder in Braille oder Leitsysteme für blinde Personen) waren bei den geringsten Prozentzahlenwerten zu finden (zwischen 0 % und 4 %).²⁹

Befragt nach der *barrierefreien Zugänglichkeit zu Informationen für Frauen mit Behinderungen und zur Öffentlichkeitsarbeit* (dh ob Einrichtungen gezielt und aktiv Frauen mit Behinderungen ansprechen und barrierefreie Angebote bereitstellen) gab die Mehrheit an, keine derartigen Aktivitäten durchzuführen. Als Begründung wurde genannt, dass sie vielfach nicht wüßten, wo und wie sie Frauen mit Behinderungen erreichen könnten bzw wenn sie dies tun würden, hätten sie keine ausreichende Ressourcen um das „Mehr“ an Beratungsleistungen und Unterbringungen bewältigen zu können.

Obwohl durchaus *Kooperationen und Vernetzungen* mit anderen Organisationen in ähnlichen Tätigkeitsfeldern, wie Gesundheitsbereich und Beratungsstellen bestehen, gibt es zurzeit nur wenige Einrichtungen, die mit Organisationen für Menschen mit Behinderungen³⁰ und Selbstvertretungsorganisationen³¹ zusammenarbeiten.

In allen Staaten sprachen Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen davon, dass es noch viele *Herausforderungen bei der Umsetzung von Barrierefreiheit* gibt. Als zentraler Punkt wurde der Mangel an finanziellen Ressourcen genannt. Alle befragten Einrichtungen befanden, dass sie über zu wenig Kapazitäten, Ressourcen und Wissen über „Gewalt und Behinderungen“ verfügten, um Frauen mit Behinderungen adäquate Unterstützungsleistungen anbieten zu können. Sehr viele sahen Barrierefreiheit – im weitesten Sinn³² – als etwas an, das zur Gänze ohnehin nicht zu erreichen sei und einig davon abgehalten hat, das Thema überhaupt anzugehen. Aus der Sicht der Einrich-

28 Vgl dazu Mandl et al, Projektbericht 8.

29 Vgl dazu Mandl et al, Projektbericht 8.

30 Unter Organisationen für Menschen mit Behinderungen sind bspw Dachverbände, Interessensgruppen, Wohneinrichtungen, Werkstätten und sonstige Vereine der Behindertenhilfe, außer Selbstvertretungsorganisationen erfasst.

31 Selbstvertretungsorganisationen sind Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen, die nach den Kriterien der Selbstbestimmt-Leben-Bewegung organisiert sind.

32 Damit ist barrierefreier Zugang zu Baulichkeiten, Infrastruktur und Informationen sowie Angebote und Serviceleistungen, die auf die Bedürfnisse von Frauen mit unterschiedlichen Behinderungen zugeschnitten sind, gemeint.

tungen ist das Thema Frauen mit Behinderungen und Gewalt nach wie vor gesellschaftlich stark tabuisiert und es bedarf öffentlichkeitswirksamer und bewusstseinsbildender Aktivitäten auf gesellschaftspolitischer Ebene, um nachhaltig Veränderungen zu schaffen.

4. Empfehlungen von Frauen mit Behinderungen und Vertreter_innen von Opferschutzeinrichtungen³³

Interessanterweise gab es bei den Empfehlungen, die in den einzelnen Staaten entwickelt wurden, grenzüberschreitende Überschneidungen und Gemeinsamkeiten. Dies weist darauf hin, dass sich die Situation von gewaltbetroffenen Frauen mit Behinderungen in allen Staaten nicht sehr stark von einander unterscheidet und dass es gemeinsame Kernanliegen gibt. Fünf wesentliche Forderungen, die sich auf unterschiedliche Ebenen beziehen, werden hier kurz vorgestellt:

EU-Ebene

Aufgrund der festgestellten Defizite im Bereich des Zugangs zum Recht für Frauen mit Behinderungen, forderten die Projektteilnehmer_innen einen verbesserten Zugang der Frauen zu barrierefreien Informationen über ihre bestehenden Rechte und zu Möglichkeiten der Rechtsberatung. Es sollten mehr Projekte in diesen Bereichen gefördert werden.

Nationale Ebene

Die einzelnen Staaten müssen ihren Verpflichtungen nachkommen und völkerrechtliche Übereinkommen und Vereinbarungen auch tatsächlich umsetzen, wie bspw. Artikel 16 „Freiheit von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch“ der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen³⁴ und die Allgemeine Empfehlung Nr. 19 der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau,³⁵ die jeder Frau ein Recht auf ein „gewaltfreies Leben“ garantiert. Das Thema der Gewalt gegen Frauen mit Behinderungen muss als Querschnittsthema in verschiedene Ressorts einfließen und es müssen gemeinsam wirksame Gegenstrategien entwickelt werden.

33 Im Rahmen des Projektes hat jeder teilnehmende Staat eine länderspezifische Broschüre mit Empfehlungen für Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen und politischen Entscheidungsträger_innen verfasst. Diese sind auf der Projektwebsite, unter den Länderrubriken, downloadbar: <http://women-disabilities-violence.humanrights.at/de/publikationen> (25.9.2015).

34 www.un.org/disabilities/convention/full.shtml (25.9.2015).

35 www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm (25.9.2015).

Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen

Die Studie hat aufgezeigt, dass Frauen mit Behinderungen insbes in stationären oder teilstationären Einrichtungen unter Fremdbestimmung und Abhängigkeit leiden. Da diese Strukturen gewaltfördernd wirken, lautet eine der Forderungen seitens der Frauen, dass es innerhalb der Einrichtungen mehr Unabhängigkeit und Selbstbestimmung geben soll. Hierzu sollten in Projekten und Workshops gemeinsam mit Frauen mit Behinderungen Strategien für ein selbstbestimmtes Leben entwickelt werden. Zudem braucht es in den Einrichtungen klare Regeln bei Verdachtsfällen von Gewalt und Vertrauenspersonen, an die sich von Gewalt betroffene Frauen wenden können.

Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen

Studienteilnehmerinnen (Frauen mit Behinderungen und Vertreterinnen von Einrichtungen) bestätigten, dass ein großer Mangel an Wissen über die komplexen Gewalterfahrungen von Frauen mit Behinderungen besteht. Deshalb sind gezielte Weiterbildungsmaßnahmen für Mitarbeiter_innen sinnvoll, die gemeinsam mit Frauen mit Behinderungen durchgeführt werden sollten. Weiters soll das Angebot an peer-Beratung erhöht werden, denn Frauen mit Behinderungen fühlen sich oft in deren Gegenwart sicherer und besser verstanden.

Selbstvertretungsorganisationen

Einige der Frauen mit Behinderungen konstatierten, dass Selbstvertretungsorganisationen sich dem Thema geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen mit Behinderungen nicht ausreichend widmeten. Sie fordern daher, dass das Recht der Frauen auf ein Leben ohne Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch auch dort anerkannt und umgesetzt wird. Dazu sollten Projekte und Sensibilisierungsmaßnahmen entwickelt werden bzw bedarf es einer verstärkten Vernetzung zu Opferschutz- und Frauenberatungseinrichtungen.

5. Conclusio

Im Rahmen des Forschungsprojektes zeigte sich, dass Frauen mit Behinderungen genauso wie Frauen ohne Behinderungen – aufgrund ihrer Geschlechtszugehörigkeit – der Gefahr ausgesetzt sind, unterschiedliche Formen von Gewalt erleben zu müssen. Aufgrund der spezifischen Situationen von Frauen mit Behinderungen sind deren Gewalterfahrungen jedoch häufig komplexer und vielschichtiger, vor allen dann, wenn sie von anderen Menschen oder Institutionen abhängig sind. Dies erhöht das Gewaltrisiko und hält die betroffenen Frauen meist davon ab, Unterstützung zu suchen. Zudem sind die Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen oft nicht barrierefrei zugänglich und deren Angebote kaum auf die Bedürfnisse von Frauen mit Behinderungen zugeschnitten.

Im Laufe des Projektes gab es Hinweise darauf, dass Frauen kaum Anzeige bei der Polizei erstatteten bzw. Gewaltdelikte gegen Frauen mit Behinderungen selten gerichtlich verfolgt würden. Einige Frauen berichteten zwar über Barrieren, aber eine umfassende Untersuchung zum Zugang zum Recht von Frauen mit Behinderungen war im Rahmen des Projektes nicht möglich, dazu bräuchte es einer weiteren wissenschaftlichen Auseinandersetzung, zumal es dazu auch noch signifikant an Daten fehlt.³⁶

Mag.^a Sabine Mandl ist als wissenschaftliche Mitarbeiterin im Bereich Frauenrechte am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte (BIM) tätig und koordinierte das Projekt „Zugang von Frauen mit Behinderungen zu Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen bei Gewalterfahrungen“; sie lebt in Österreich; sabine.mandl@univie.ac.at

Mag.^a Claudia Sprenger ist als wissenschaftliche Mitarbeiterin im Team „Entwicklungszusammenarbeit und Wirtschaft“ am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte (BIM) tätig und war als solche im Projekt „Zugang von Frauen mit Behinderungen zu Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen bei Gewalterfahrungen“ tätig; sie lebt in Österreich; claudia.sprenger@univie.ac.at

36 Vgl. dazu Mandl *et al.*, Projektbericht 7, 41.

Täterarbeit nach Betretungsverbot – in jedem Fall ein Beitrag zum Opferschutz?

Ulrike Furtenbach / Angelika Wehinger

1. Einleitung

Menschen ändern ihr Verhalten nicht von heute auf morgen – dies gilt auch für Männer, die ihren (Ex-)Partnerinnen und Kindern gegenüber gewalttätig sind. Wenn nach der Anordnung eines Betretungsverbotes die Vermittlung des Gefährders¹ an eine Täterarbeitseinrichtung erfolgt, stellt sich die Frage, inwiefern dieses Beratungsangebot einen Beitrag zur Prävention von Gewalt an Frauen und Kindern leistet. Trifft die Aussage „Täterarbeit dient immer dem Opferschutz“ zu, oder hängt die Effizienz von Täterarbeit nach einem Betretungsverbot vielmehr von ihrer inhaltlichen Ausrichtung ab? Im Folgenden wird beleuchtet, unter welchen Voraussetzungen Täterarbeit nach der Anordnung eines Betretungsverbotes sowohl in Hinblick auf Opfer als auch Täter gewaltpräventive Wirkung entfalten kann.

2. Ansätze in der Täterarbeit

Zunächst wird ein Überblick über unterschiedliche Ansätze in der Täterarbeit gegeben, um dann auf das Gewaltschutzgesetz (GeSchG)² und den Interventionsprozess, der durch die Anordnung eines Betretungsverbotes ausgelöst wird, näher einzugehen.

2.1. Ansatz der freiwilligen Gewaltberatung (Hamburger Modell der Gewaltberatung, -pädagogik)

Dem Ansatz der freiwilligen Gewaltberatung³ zufolge kann Gewaltfreiheit langfristig nur dann erreicht werden, wenn sich der gewalttätige Mann freiwillig in Beratung be-

1 Der Begriff „Gefährder“ wird in diesem Beitrag iS des Sicherheitspolizeigesetzes (SPG, BGBl 1991/566 idgF) verwendet. Synonym für den Begriff „Gefährder“ wird auch der Begriff „Täter“ für eine Person verwendet, die gewalttätig ist – dies jedoch unabhängig vom strafprozessrechtlichen Status. Der gegenständliche Beitrag befasst sich mit Gewalt von Männern an ihren Partnerinnen und Kindern, die dazu dient, Macht und Kontrolle auszuüben sowie Strukturen der Über- und Unterordnung aufrechtzuerhalten (häusliche Gewalt). Daher werden die Begriffe „Täter“ sowie „Gefährder“ immer in der männlichen Form verwendet.

2 Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie (Gewaltschutzgesetz – GeSchG) BGBl 1996/759.

3 Zum „Hamburger Modell der Gewaltberatung, -pädagogik“ ua: *Oelemann/Lempert*, Endlich selbstbewusst und stark – Gewaltpädagogik nach dem Hamburger Modell (2000).

gibt. Die Kontrolle des Täters zum Schutz des Opfers⁴ ist nicht Teil der Beratung. Nach *Oelemann/Lempert* führt eine Kontrolle, die negative Konsequenzen nach sich ziehen kann, dazu, dass Gefährder sozial erwünschte Aussagen treffen und die Verantwortung für ihr Gewalthandeln nicht übernehmen.⁵ Das Prinzip der Vertraulichkeit genießt in der Beratung absolute Priorität. Dieses Modell sieht keinen Kontakt zwischen der Institution, die mit dem Opfer und jener, die mit dem Gefährder arbeitet, vor. Es ist in erster Linie auf das Dunkelfeld spezialisiert – also auf Täter, die weder polizeilich noch sonst erfasst sind.⁶

2.2. Täterarbeit im Zwangskontext

Vielen Tätern fehlt die entsprechende Motivation, um Beratungsangebote auf freiwilliger Basis anzunehmen. Diese Klientengruppe wird an Täterarbeitseinrichtungen vermittelt, indem Strafgerichte anlässlich einer Verurteilung zu einer bedingten Strafe bzw. einer bedingten Entlassung (§§ 50f StGB) oder im Rahmen einer Diversion eine entsprechende Weisung erteilen (§ 203 Abs 2 StPO). Auch Familiengerichte können zur Teilnahme an einer Beratung oder Schulung zum Umgang mit Gewalt und Aggression verpflichtet (§ 107 Abs 3 Z 3 AußStrG). Die Kinder- und Jugendhilfe hat die Möglichkeit, durch das In-Aussicht-stellen von bestimmten negativen Konsequenzen (zB Entziehung der Obsorge) Täter zur Teilnahme an einem Anti-Gewalt-Programm zu „bewegen“.⁷ Die Evaluation von Täterarbeit im Rahmen der wissenschaftlichen Begleitung der Interventionsprojekte gegen häusliche Gewalt kommt zum Ergebnis, dass justizielle Auflagen zur Teilnahme an Täterprogrammen positiven Einfluss auf deren Abschluss haben und auch Verhaltensänderungen bei gewalttätigen Männern bewirkt werden können.⁸ Der Opferschutz stellt einen wesentlichen Teil dieses Modells der Täterarbeit dar.

Die Gewaltberatung im freiwilligen Kontext und die Täterarbeit im Zwangskontext unterscheiden sich insbes durch die vorgesehene Rückmeldung an die zuweisende Ein-

4 Der Begriff „Opfer“ bezeichnet im vorliegenden Beitrag Frauen und Kinder, die häusliche Gewalt erleiden (Bedrohung oder Verletzung ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität im häuslichen Kontext – Gewaltformen iS des § 38a SPG sowie der §§ 382b und 382e EO), unabhängig vom verfahrensrechtlichen Status. Der Begriff „Opfer“ wird synonym mit jenem der „gefährdeten Person“ (lehnt sich an die im Sicherheitspolizeigesetz verwendete Begrifflichkeit an) verwendet. Zur Problematik des Begriffs „Opfer“ aus psychologischer Sicht s den Beitrag von *Siller/Hochleitner*, Dichotomien in intimer PartnerInnengewalt unter Einschluss einer Genderperspektive, *juridikum* 2015, 505.

5 *Oelemann/Lempert*, *Gewaltpädagogik* 70.

6 *Gewaltberatung HAMBURG*, www.gewaltberatung-hamburg.org (5.10.2015).

7 Zur zurückhaltenden Zuweisungspraxis der Justiz und Kinder- und Jugendhilfe: *Kraus/Logar*, Opferschutzorientierte Interventionen für Täter als wichtige Maßnahme der Gewaltprävention, *juridikum* 2014, 395.

8 *Bundesarbeitsgemeinschaft für Täterarbeit Häusliche Gewalt e.V.*, Standards und Empfehlungen für die Arbeit mit männlichen Tätern im Rahmen von interinstitutionellen Kooperationsbündnissen gegen häusliche Gewalt der Bundesarbeitsgemeinschaft Täterarbeit Häusliche Gewalt e. V. (2009) 3, www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/publikationen,did=112934.htm (5.10.2015).

richtung und die Zusammenarbeit mit Opferschutzeinrichtungen. Im Fall der freiwilligen Gewaltberatung ist die Vertraulichkeit ein wichtiges Prinzip. Diese Vertraulichkeit ist bei Täterarbeit im Zwangskontext eingeschränkt.

2.2.1 Opferschutzorientierte Täterarbeit

Bei opferschutzorientierten Anti-Gewalt-Programmen⁹ ist Opferschutz selbstverständlicher Teil des Programms. Die Zielgruppe sind Männer, die gegen ihre Partnerinnen und/oder gegen Kinder Gewalt ausüben. Opferschutz- und Täterarbeitsseinrichtungen arbeiten partnerschaftlich zusammen, indem über Aufnahme, Beendigung bzw. Ausschluss des Gefährders gemeinsam entschieden wird.¹⁰ Der Fokus beider Einrichtungen liegt stets auf dem Schutz und der Sicherheit des Opfers. Übergeordnetes Ziel ist es, weitere Gewaltausübung zu verhindern.

Wesentliche Voraussetzung, sowohl für die gewaltpräventive Wirkung des Programms für das Opfer als auch für die Verhaltensänderung des Gefährders, ist der Austausch zwischen der Täterarbeits- und der Opferschutzeinrichtung über Gefährdungseinschätzung, allfällige Rückfälle, Auswirkungen des Programms und getroffene Vereinbarungen.¹¹ Der Täterarbeitseinrichtung wird es dadurch ermöglicht, bei erneuter Gewaltausübung den Täter zeitnah mit den Konsequenzen seines Verhaltens zu konfrontieren.¹² Es entsteht „ein möglichst objektives Bild über die tatsächlichen Gewaltverhältnisse innerhalb der Beziehung“¹³, da durch die Zusammenarbeit der beteiligten Einrichtungen die unterschiedlichen Sichtweisen von Opfer und Gefährder zusammengetragen werden und auch die Dokumentation der Polizei über das Betretungsverbot Berücksichtigung finden kann.

Betroffen von häuslicher Gewalt sind vorwiegend Frauen, die Täter sind überwiegend männliche Familienmitglieder (Partner bzw. Ex-Partner).¹⁴ In der Präambel der Europaratskonvention¹⁵ wird Gewalt gegen Frauen als Ausdruck historisch gewachsener un-

9 Zur opferschutzorientierten Täterarbeit s. ua *Kraus/Logar*, *juridikum* 2014, 391ff; *Logar*, *Schutz und Sicherheit für misshandelte Frauen – täterbezogene Intervention*, CORAktuell 2009/12, 1ff.

10 *Wiener Interventionsstelle gegen Gewalt in der Familie* (Hrsg), *Partnerschaften gegen Gewalt – Bericht zum Stand opferschutzorientierter Täterarbeit bei Gewalt an Frauen und häuslicher Gewalt in Österreich* (2014) 4, www.interventionsstelle-wien.at/images/doku/partnerschaftengegengewalt.pdf (5.10.2015).

11 *Bundesarbeitsgemeinschaft für Täterarbeit Häusliche Gewalt e.V.*, Standards 3.

12 *Bundesarbeitsgemeinschaft für Täterarbeit Häusliche Gewalt e.V.*, Standards 3.

13 *Kraus/Logar*, *juridikum* 2014, 394.

14 S. dazu ua *Haller*, *Gewalt in der Familie: Evaluierung des österreichischen Gewaltschutzgesetzes*, in *Dearing/Haller* (Hrsg), *Schutz vor Gewalt in der Familie – Das österreichische Gewaltschutzgesetz* (2005) 279ff; *Schwarz-Schlöglmann/Sorgo*, *Gewalt in der Familie und im sozialen Nahraum*, in *Bauer/Keplinger/Sadoghi/Schwarz-Schlöglmann/Sorgo* (Hrsg), *Gewaltschutzgesetz – Praxiskommentar* (2013) 231f sowie der Jahresbericht der *ifs Gewaltschutzstelle Vorarlberg*, www.ifs.at/gewaltschutzstelle.html (5.10.2015).

15 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Europaratskonvention, Istanbul-Konvention) BGBl III 2014/164; s. dazu auch *Ulrich*, *Das Europaratsübereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt*, in *Schwarz-Schlöglmann/Ulrich* (Hrsg), *Aktuelle Entwicklungen im Gewaltschutz* (2014) 4ff.

gleicher Machtverhältnisse zwischen Männern und Frauen definiert, die zur Beherrschung und Diskriminierung der Frau durch den Mann und zur Verhinderung der vollständigen Gleichstellung der Frau geführt haben. Die Thematik häusliche Gewalt hat daher eine geschlechtsspezifische Dimension, die in den opferschutzorientierten Täterprogrammen Berücksichtigung findet.¹⁶

3. Das Konzept des Gewaltschutzes in Österreich

In einem nächsten Schritt wird das österreichische Gewaltschutzkonzept vorgestellt, dessen Regelwerk aus Perspektive des Opfers präzise Vorgaben für die beteiligten Akteur_innen gegen das Handeln von Gewalt trifft. Es wird sich zeigen, dass sich hingegen im GeSchG keine gesetzliche Grundlage für die Vermittlung des Gefährdeters nach einem Betretungsverbot an Täterarbeitseinrichtungen findet. Daher zeichnen sich Täterarbeitseinrichtungen auch nicht durch einheitliche und verbindliche Standards sowie Vorgaben aus. Anschließend wird herausgearbeitet, dass Opfer gerade nach einem Betretungsverbot in einem Zustand der Verunsicherung und Irritation über weitere Schritte zum Ausstieg aus der Gewaltbeziehung zu entscheiden haben. Es werden die Strategien zur Sprache kommen, die Täter vielfach einsetzen, um den Status quo der Machtverhältnisse aufrechtzuerhalten und das Opfer in der Gewaltbeziehung zu halten. Der Fokus richtet sich im weiteren insbes auf die Gefahren und Risiken, die die Täterarbeit ohne Verbindung zum Opferschutz in sich birgt.

3.1. Betretungsverbot

Das Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie ist am 1.5.1997 in Kraft getreten.¹⁷ Es stellt kein in sich geschlossenes Gesetz dar, sondern novelliert in drei Artikeln einzelne Bestimmungen des ABGB, der EO und des SPG.¹⁸ Das österreichische Gewaltschutzkonzept ist geprägt vom Paradigmenwechsel, wonach Gewalt von Männern an ihren Partnerinnen und Kindern nicht mehr als privates Problem zwischen zwei Personen, sondern als von staatlicher Seite zu verfolgendes gravierendes kriminelles Unrecht eingestuft wird, für das ausschließlich der Gefährder die Verantwortung trägt.¹⁹ Es ist nicht mehr das Opfer, dem angeraten wird, den Wohnbereich zu verlassen und sich in Sicherheit zu bringen, sondern derjenige, von dem die Gewalt ausgeht, wird von

16 Dies entspricht auch den Vorgaben des Art 16 Europaratskonvention, wonach die Sicherheit, die Unterstützung und die Menschenrechte der Opfer ein vorrangiges Anliegen der Täterprogramme darstellen und diese gegebenenfalls in enger Zusammenarbeit mit Opferschutzeinrichtungen auszuarbeiten und umzusetzen sind.

17 Die wesentlichen Bestimmungen des GeSchG wurden in der Zwischenzeit unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes mehrmals geändert. Hervorzuheben ist idZh das „Zweite Gewaltschutzgesetz“ aus 2009 (BGBl I 2009/40), wodurch die Thematik auch in andere Materiegesetze Eingang fand (zB StGB, StPO).

18 *Bauer/Keplinger/Sadoghi/Schwarz-Schlöglmann/Sorgo*, Gewaltschutzgesetz – Praxiskommentar (2013) 15.

19 *Dearing*, Das österreichische Gewaltschutzgesetz als Einlösung der Rechte von Frauen auf Sicherheit in der Privatsphäre und auf Gerechtigkeit, in *Dearing/Haller* 42.

der Polizei aus der Wohnung gewiesen. Der Interventionsprozess, der dadurch zum Schutz des Opfers ausgelöst wird, unterliegt – wie im Folgenden dargestellt wird – einer präzisen gesetzlichen Regelung.

Das Kernstück des GeSchG stellt die sicherheitspolizeiliche Befugnis der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes dar, einem Menschen, von dem eine Gefahr ausgeht, für einen bestimmten Zeitraum das Betreten der Wohnung, in der die Gefährdete wohnt, und deren Umgebung zu untersagen. Die gesetzliche Grundlage für das Betretungsverbot findet sich in § 38a SPG. Voraussetzung für die Anordnung ist, dass aufgrund bestimmter Tatsachen, insbes wegen eines vorangegangenen gefährlichen Angriffs anzunehmen ist, es stehe ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit der gefährdeten Person bevor. Es ist von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes eine Gefahrenprognose zu erstellen. Bei einem Verbot, in die eigene Wohnung zurückzukehren, haben die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes insbes das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (§ 29 SPG) zu wahren. Wenn es sich bei der gefährdeten Person um eine_n unmündige_n Minderjährige_n handelt, ist dem Gefährder seit der SPG-Novelle 2013²⁰ darüber hinaus auch das Betreten von einer von dem_der gefährdeten Unmündigen besuchten Schule oder Kinderbetreuungseinrichtung oder eines von ihm_ihr besuchten Horts zu untersagen.

3.2. Verlängerung durch einstweilige Verfügung

Das Betretungsverbot dauert zunächst zwei Wochen. Wenn die gefährdete Person während dieser Zeit beim Gericht eine einstweilige Verfügung beantragt, verlängert sich das Betretungsverbot bis zur gerichtlichen Entscheidung, längstens jedoch um weitere zwei Wochen. In diesem Zh ist zwischen der einstweiligen Verfügung (eV) zum Schutz vor Gewalt in Wohnungen (§ 382b EO) und der eV zum allgemeinen Schutz vor Gewalt (§ 382e EO) zu unterscheiden. Erstere hat als Voraussetzung die Unzumutbarkeit des weiteren Zusammenlebens mit dem Gefährder, zweitere die Unzumutbarkeit des weiteren Zusammentreffens. Beiden Typen von eV ist gemein, dass der gefährdeten Person aufgrund eines körperlichen Angriffs, der Drohung mit einem solchen oder eines die psychische Gesundheit erheblich beeinträchtigenden Verhaltens das weitere Zusammenleben bzw Zusammentreffen mit dem Gefährder unzumutbar gemacht wird. Mit der eV gem § 382b EO kann dem Gefährder das Verlassen der Wohnung aufgetragen und/oder die Rückkehr in die Wohnung verboten werden. Diese Verfügung kann längstens für sechs Monate getroffen werden, bei Einleitung bestimmter Verfahren wie etwa einem Scheidungsverfahren kann sie bis zu dessen Abschluss verlängert werden. Mit der eV gem § 382e EO kann dem Gefährder der Aufenthalt an bestimmten Orten (wie

20 Bundesgesetz, mit dem das Sicherheitspolizeigesetz geändert wird und Verstöße gegen bestimmte einstweilige Verfügungen zum Schutz vor Gewalt und zum Schutz vor Eingriffen in die Privatsphäre zu Verwaltungsübertretungen erklärt werden (SPG-Novelle 2013) BGBl I 2013/152.

Arbeitsplatz der gefährdeten Person, Schule etc) verboten sowie aufgetragen werden, das Zusammentreffen und die Kontaktaufnahme mit der gefährdeten Person zu vermeiden. Diese Verfügung kann längstens bis zu einem Jahr getroffen werden.

3.3. Einrichtung von Gewaltschutzzentren

Mit dem GeSchG wurden in allen Bundesländern Opferschutzeinrichtungen (im Folgenden: Gewaltschutzzentren²¹) geschaffen, deren Aufgabe es ist, Gewaltbetroffene beim schwierigen Ausstieg aus der Gewaltbeziehung durch psychosoziale und rechtliche Beratung zu begleiten. Im Vordergrund steht die psychosoziale Unterstützung und Stärkung der gefährdeten Person im Sinne eines Empowerments. Wenn das Opfer sich dafür entscheidet, eine eV beim Bezirksgericht zu beantragen, wird es vom Gewaltschutzzentrum dabei unterstützt, diesen Antrag zu formulieren und einzubringen.

Neben der Einzelfallarbeit ist ein weiterer Tätigkeitsbereich der Gewaltschutzzentren die fallbezogene und fallunabhängige Kooperation und Vernetzung mit anderen Institutionen, Behörden und Hilfssystemen (wie Polizei, Justizbehörden, Kinder- und Jugendhilfe, Kinderschutzzentren, Frauenhäusern etc).²²

Den rechtlichen Rahmen für das Handeln der Gewaltschutzzentren stellt das GeSchG dar. Einheitliche, fachlich und wissenschaftlich fundierte Standards bilden die Grundlage der Tätigkeit der Gewaltschutzzentren, welche laufend nach den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen weiterentwickelt werden. Die Vereinbarung, die die einzelnen Gewaltschutzzentren mit dem Bundesministerium für Inneres (BMI) geschlossen haben, legt die Tätigkeitsbereiche sowie Beratungsinhalte präzise fest.

3.4. Datenübermittlung an Gewaltschutzzentrum sowie Kinder- und Jugendhilfe

§ 56 Abs 1 Z 3 SPG regelt die Übermittlung personenbezogener Daten an die Gewaltschutzzentren, soweit dies zum Schutz gefährdeter Menschen erforderlich ist.²³ Nach der Anordnung eines Betretungsverbotes erfolgt die Übermittlung der Daten der gefährdeten Person, des Gefährdeters sowie der Dokumentation des Gewaltvorfalls auf einem standardisierten Formular an das örtlich zuständige Gewaltschutzzentrum. Dessen Auf-

21 In Wien wird diese Opferschutzeinrichtung als Interventionsstelle bezeichnet, in den übrigen Bundesländern werden darunter die Gewaltschutzzentren bzw in Vorarlberg die Gewaltschutzstelle verstanden. Die gesetzliche Grundlage für deren Einrichtung findet sich in § 25 Abs 3 SPG.

22 Zu den Arbeitsschwerpunkten der Gewaltschutzzentren im Detail s *Sorgo*, Was sind Interventionsstellen? in *Dearing/Haller* 199ff; *Schwarz-Schlöglmann/Sorgo* in *Bauer/Keplinger/Sadoghi/Schwarz-Schlöglmann/Sorgo* 265ff.

23 Es gilt auch, den Erlass für die Organisation und die Umsetzung im Bereich „Gewalt in der Privatsphäre“ („Gewaltschutz“) zu beachten, der die Basis des exekutivdienstlichen Handelns idZh bildet (Bundesministerium für Inneres, Erlass ZI BMI-EE1500/0114-II/2/a/2014). Diesem Erlass (12) zufolge ist bei jedem Fall eines Betretungsverbotes umgehend das örtlich zuständige Gewaltschutzzentrum von den Sicherheitsorganen vom Vorfall in Kenntnis zu setzen.

gabe ist es dann, mit der gefährdeten Person proaktiv Kontakt aufzunehmen und psychosoziale sowie rechtliche Beratung anzubieten.

Wenn ein Betretungsverbot zum Schutz eines_einer Unmündigen angeordnet wird, sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gem § 38a Abs 4 Z 2 lit a SPG verpflichtet, unverzüglich den Kinder- und Jugendhilfeträger (§ 37 B-KJHG²⁴) zu informieren. Auch bei Verhängung eines Betretungsverbot im Familienverband ist jedenfalls von einer Verständigungspflicht nach § 37 B-KJHG auszugehen.²⁵ Den rechtlichen Rahmen für das weitere Vorgehen der Kinder- und Jugendhilfe bildet das B-KJHG, dessen Grundsatzbestimmungen durch die Ausführungsgesetze der Länder näher bestimmt werden.

3.5. Zwei-Phasen-Modell des Gewaltschutzes

Im Zentrum des Interventionsprozesses nach einem Betretungsverbot steht die Betonung des Rechts des Opfers auf Schutz vor weiteren Gewalttaten. Es geht darum, die objektive Sicherheitslage des Opfers zu verbessern. Dadurch wird das Opfer darin unterstützt, ein rudimentäres Gefühl der Kontrolle und der Sicherheit zurückzugewinnen.²⁶

Das GeSchG wurde unter der Prämisse konzipiert, dass die Verantwortung für die Tat nicht beim Opfer, sondern ausschließlich beim Täter liegt. Die sanktionierende Maßnahme des Betretungsverbot richtet sich mit der eindeutigen Botschaft „wer schlägt, der geht“ an den Gefährder. Die staatliche Unterstützung für Opfer lässt sich bei der Wiederherstellung der objektiven Sicherheitslage in zwei Phasen einteilen.²⁷ Ausschließlich in der Zuständigkeit der Polizei liegt die erste Phase. Die Verhängung eines Betretungsverbot durch die Polizei basiert auf deren Gefährdungseinschätzung. Grundsätzlich könnte die Polizei ein Betretungsverbot bei entsprechender Gefährdungslage auch gegen den Willen des Opfers aussprechen. Auch die Übermittlung der Daten der gefährdeten Person an das Gewaltschutzzentrum unterliegt nicht deren Zustimmung. In der zweiten Phase liegt es in der Hand der Gefährdeten selbst, ob sie weitere Schritte zu ihrem Schutz setzen möchte, sich vom gewaltausübenden Partner trennen oder die Beziehung fortsetzen möchte. Die Verlängerung des Betretungsverbot über zwei Wochen hinaus setzt voraus, dass die Gefährdete selbst einen Antrag auf Erlassung einer eV an das Bezirksgericht stellt. Andernfalls endet das Betretungsverbot.

Kehrt ein gewaltbereiter Mann nach Ablauf des Betretungsverbot in die Wohnung zurück, steigt die Gefahr erneuter Gewaltausübung und dadurch die Gefährdung des Opfers. Rechtliche Maßnahmen wie etwa ein neuerliches Betretungsverbot oder die Be-

24 Bundesgesetz über die Grundsätze für Hilfen für Familien und Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche (B-KJHG 2013) BGBl I 2013/69.

25 Das Wohl des Minderjährigen wird regelmäßig „in anderer Weise“ iSv § 37 B-KJHG auch dann gefährdet sein, wenn Kinder und Jugendliche häusliche Gewalt „bloß“ wahrnehmen (Erlass „Gewalt in der Privatsphäre“ 13).

26 *Dearing* in *Dearing/Haller*, Gewaltschutzgesetz 71.

27 S dazu *Dearing* in *Dearing/Haller*, Gewaltschutzgesetz 96ff.

antragung einer eV können diesfalls zu spät greifen und die erneute Gewaltausübung nicht verhindern. Die psychosoziale Beratung und Unterstützung durch das Gewaltschutzzentrum sollen das Opfer während des aufrechten Betretungsverbot es darin stärken und dazu befähigen, Schritte aus der Gewaltbeziehung setzen und allmählich das Machtgefälle zum Gefährder ausgleichen zu können.

3.6. Vermittlung des Gefährders an die Täterarbeit

Das GeSchG bietet keine rechtliche Grundlage dafür, nach der Anordnung des Betretungsverbot es die Daten des Gefährders an eine Täterarbeitseinrichtung zu übermitteln. Diese Datenübermittlung benötigt die Zustimmung des Gefährders. Entgegen der Implementierung der Gewaltschutzzentren im SPG findet sich keine gesetzliche Grundlage, für die Beratung von Gefährdern nach einem Betretungsverbot Täterarbeitseinrichtungen zu beauftragen. Diese Beratung des Gefährders ist daher nur auf freiwilliger Basis möglich. Eine Ablehnung der Datenübermittlung oder ein Abbruch der Beratung zieht keinerlei Konsequenzen für den Gefährder nach sich. Während sich der gewaltausübende Mann einer Auseinandersetzung mit seinem Gewalthandeln weitgehend entziehen kann und insofern aus seiner Verantwortung „entlassen“ wird, kommt auf das Opfer nach der Anordnung eines Betretungsverbot es ein wahrer „Beratungsmarathon“ zu, durch Opferschutzeinrichtung, Kinder- und Jugendhilfe, Kinderschutzeinrichtung (wenn das Kind gefährdet ist), gegebenenfalls noch weitere Beratungseinrichtungen. Auch wenn das Opfer einen Entscheidungsspielraum dafür hat, das Beratungsangebot anzunehmen oder nicht, bleibt die Herstellung von Schutz und Sicherheit für sich und die Kinder primär Aufgabe der Gefährdeten und der sie beratenden Institutionen.

Seit 2011 besteht in Vorarlberg ein Kooperationsprojekt der Polizei mit der *ifs Gewaltberatung*.²⁸ Nach der Anordnung eines Betretungsverbot es wird der Gefährder von der Polizei gefragt, ob er der Übermittlung seiner Daten (Name, Telefonnummer, Adresse) an die *ifs Gewaltberatung* zustimmt. Bei Erteilung dieser Zustimmung nimmt die *ifs Gewaltberatung* zeitnah nach der Anordnung des Betretungsverbot es Kontakt mit dem Gefährder auf und unterbreitet ihr Beratungsangebot. Die Darstellung der Gewaltvorfälle sowie -verhältnisse erfolgt idR nur aus der Sicht des Gefährders und bildet die einzige Arbeitsgrundlage für die Risikoeinschätzung.

Wie oben dargestellt, gibt es in der Täterarbeit unterschiedliche methodische Ansätze und Konzepte. Die Täterarbeitseinrichtungen haben – anders als die Gewaltschutzzentren – keine einheitlichen Standards und verbindlichen Vorgaben. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Vermittlung sowie Beratung von Gefährdern nach der Anordnung eines Betretungsverbot es gesetzlich nicht vorgesehen ist und Täterarbeitseinrichtungen

28 Im *Institut für Sozialdienste Vorarlberg* ist die *ifs Gewaltberatung* – ein Unterstützungsangebot für Täter, ihr Verhalten zu ändern und aus dem Gewaltkreislauf auszubrechen – angesiedelt, www.ifs.at/gewaltberatung.html (5.10.2015).

im SPG nicht verankert sind. Die Beratungsinhalte sowie -abläufe unterliegen – auch im Unterschied zu jenen der Gewaltschutzzentren – keiner vertraglichen Regelung. Die Täterarbeitseinrichtungen werden daher auch nicht vom BMI finanziert.

3.7. Gefahren und Risiken der Täterarbeit ohne Verbindung zur Opferschutzarbeit

Das Betretungsverbot stellt eine Unterbrechung der Gewaltbeziehung aufgrund einer staatlichen Intervention dar. Während der Geltungsdauer des Betretungsverbotes hat das Opfer Entscheidungen mit weitreichenden Konsequenzen zu treffen. Täter häuslicher Gewalt sind oft hochgradig manipulativ. Sie versuchen vielfach, auf die gefährdete Person durch Versprechungen („ich schlage nie wieder“), Schuldzuweisungen („du bist schuld, dass es so weit gekommen ist“), Verharmlosungen und Verleugnungen („das war gar nicht so schlimm“) Einfluss zu nehmen.²⁹ Zu den Strategien von Tätern zählen auch, das Geschehene als üblich und normal darzustellen („auch andere Männer verhalten sich so“, „in einer solchen Situation muss man so handeln“) und die Verantwortung für die Tat auf das Opfer zu schieben („du bist schuld, wenn ich nicht mehr nach Hause darf“).³⁰ Um das Opfer im Opferstatus zu halten, versuchen Täter, Opfer davon abzuhalten, Beratung in Anspruch zu nehmen („wenn du etwas sagst, muss ich ins Gefängnis“). Ihre eigene Beratung durch eine Täterarbeitseinrichtung wird von Gefährdern dafür genutzt, ihre persönlichen Interessen zu verfolgen und das Opfer zu beeinflussen („ein Beratungstermin hat gereicht, es hat sich gar nicht um Gewalt gehandelt“), dem Opfer die Schuld für den Gewaltvorfall zuzuweisen („der Berater hat gemeint, dein Verhalten ist eine Provokation gewesen“) oder ihr eigenes Verhalten zu legitimieren („das ist mir in der Beratung so empfohlen worden“).

Ohne Information und Austausch darüber, was in der Beratung des Gefährders tatsächlich geschieht, kann das Opfer derartige Aussagen in dieser sensiblen Phase nach der Anordnung des Betretungsverbotes nicht entsprechend einschätzen und einordnen. Die Zusicherung des gewaltausübenden Mannes nach dem Betretungsverbot gegenüber seiner Partnerin, „in Beratung zu sein“ kann bei der Frau die Hoffnung wecken, dass der Mann sich ändert – einsichtig geworden ist – und es zu keiner weiteren Gewaltausübung mehr kommt. Die Gefahr ist groß, dass die Frau sich in trügerischer Sicherheit wähnt und keine Veranlassung mehr sieht, die Dauer des Betretungsverbotes als Zeitfenster für die Inanspruchnahme von Beratung und für die Sicherheitsplanung zu nutzen. Die Information über einen Abbruch der Beratung durch den Gefährder während der Frist des Betretungsverbotes ist etwa gerade dann für das Opfer von Bedeutung, wenn es wegen den Versprechungen des Mannes, Beratung in Anspruch zu nehmen und

²⁹ Zu den Täter- und Neutralisierungsstrategien im Detail s. *Schwarz-Schlöglmann/Sorgo* in *Bauer/Keplinger/Sadoghi/Schwarz-Schlöglmann/Sorgo* 247f.

³⁰ S FN 26.

sich zu ändern, keine eV beantragt und keine weiteren Schritte zum Ausstieg aus der Gewaltbeziehung mehr setzt.

Die Sicherheit und Unterstützung der betroffenen Frauen und ihrer Kinder muss auch in der Arbeit der Täterarbeitseinrichtung insbes nach einem Betretungsverbot absolute Priorität haben. Ohne ein möglichst objektives Verständnis der Gewaltverhältnisse in der konkreten Beziehung ist eine Risiko- und Gefährlichkeitseinschätzung seitens der Täterarbeit nur bedingt möglich. Forschungsergebnissen zufolge besteht eine hohe Übereinstimmung zwischen der Einschätzung des Opfers über ihre Gefährdung und dem tatsächlichen Auftreten von erneuter Gewaltausübung.³¹ Eine Darstellung des Gewaltvorfalls einzig aus Sicht des Gefährdeters ohne Berücksichtigung der Opferperspektive führt zwangsläufig zu einer eingeschränkten Sichtweise der Täterarbeitseinrichtung. Täter häuslicher Gewalt agieren vielfach sehr manipulativ und sind sehr geschickt darin, Sachverhalte zu ihren Gunsten darzustellen. Eine unkoordinierte Sicherheitsplanung innerhalb der Frist des Betretungsverbotes zwischen der Einrichtung, die das Opfer berät und jener, die den Täter betreut, kann das Opfer erneut gefährden. Sämtliche Interventionen sind aus dem Blickwinkel zu betrachten, ob sie das Opfer schützen und stärken sowie den Täter an weiterer Gewaltausübung hindern. Ohne Verbindung zur Opferschutzarbeit kann Täterarbeit nach einem Betretungsverbot Gefahr laufen, Teil der Täterstrategie zu werden, mit der Täter versuchen, die Wahrnehmung der beteiligten Einrichtungen und auch die des Opfers zu manipulieren. Derartige entscheidende Aspekte sollten Täterarbeitseinrichtungen sowohl aus Perspektive des Opfers als auch des Täters in ihren Konzepten sowie in ihrer praktischen Arbeit berücksichtigen, um gemeinsam mit Opferschutzeinrichtungen einen Beitrag zur Gewaltprävention leisten zu können.

3.8. Opferschutzorientierte Täterarbeit nach Betretungsverbot – ein Beitrag zum Opferschutz

Entsprechend der Zweiphasigkeit des österreichischen Gewaltschutzkonzepts befindet sich das Opfer in der ersten Phase, in der das Betretungsverbot angeordnet wurde, in einer Situation der extremen Verunsicherung mitunter sogar Handlungsunfähigkeit. Diese Phase gilt es zu überwinden, um in der zweiten Phase handlungsfähig zu werden, Entscheidungen selbst treffen und die „Prozessherrschaft“³² übernehmen zu können. Dieser Weg aus der Gewaltbeziehung stellt einen mühevollen Prozess dar. Der Täter setzt alles daran, die Auflösung der Gewaltbeziehung zu verhindern, da er doch der „Nutznießer seiner Gewalt“³³ ist. Um das Opfer beim Ausstieg aus der Gewaltbeziehung zu unterstützen und zu verhindern, dass Manipulationen des Täters das Opfer

31 Gondolf, Batterer Intervention Systems. Issues, Outcomes and Recommendations (2002).

32 Dearing in Dearing/Haller, Gewaltschutzgesetz 97.

33 Dearing in Dearing/Haller, Gewaltschutzgesetz 96.

zusätzlich verunsichern und auch die Sicht der beteiligten Institutionen auf die objektiven Verhältnisse behindern, müssen Opferschutz- und Täterarbeitseinrichtungen nach den bewährten opferschutzorientierten Programmen zusammenarbeiten. Dies entspricht auch den Vorgaben des Art 16 der Europaratskonvention. In den Erläut dazu wird explizit darauf Bezug genommen, dass die Teilnahme des Täters an einem Täterprogramm die Entscheidung des Opfers über die Aufrechterhaltung oder Beendigung der Beziehung zum Täter beeinflussen und ihm ein falsches Gefühl der Sicherheit geben kann. Daher gilt es, die Bedürfnisse der Opfer, ihre Sicherheit und Menschenrechte vorrangig zu berücksichtigen.³⁴

4. Abschließende Bemerkungen

Die Beratung der Opfer durch die Gewaltschutzzentren erfolgt auf Grundlage des GeSchG und ist durch einheitliche, fachlich und wissenschaftlich fundierte sowie bewährte Standards festgelegt und auch durch den Auftragsvertrag der Gewaltschutzzentren mit dem BMI geregelt. Die Übermittlung von Gefährderdaten an Täterarbeitseinrichtungen, die isoliert arbeiten und über unterschiedliche Standards und methodische Konzepte verfügen, ist jedenfalls infrage zu stellen.

Der eingangs zur Diskussion gestellten Aussage „Täterarbeit dient immer dem Opferschutz“ kann aufgrund der obigen Ausführungen nicht beigespflichtet werden. Im Gegenteil: Ohne Einhaltung bewährter internationaler und erprobter nationaler Standards opferschutzorientierter Täterarbeit sowie der Übereinstimmung mit den Zielsetzungen des GeSchG kann die Beratung des Gefährders nach einem Betretungsverbot den Opferschutz konterkarieren bzw allenfalls einen solchen Beitrag zum Opferschutz leisten, der lediglich „Zufallscharakter“ hat. Als wichtiger Grundsatz im Handeln gegen häusliche Gewalt gilt, dass keine Institution Gewalt alleine erfolgreich beenden kann. Die Beendigung sowie Verhinderung von Gewalt – das gemeinsame Ziel aller – lässt sich nur durch die gelungene Kooperation der beteiligten Einrichtungen erreichen. Letztlich hängt daher auch die Effizienz der Täterarbeit wesentlich von der Qualität von ihrer Zusammenarbeit mit der Opferschutzeinrichtung ab.

DSaIn Ulrike Furtenbach ist Leiterin der ifs Gewaltschutzstelle Vorarlberg; ulrike.furtenbach@ifs.at

MMag.a Angelika Wehinger ist Mitarbeiterin der ifs Gewaltschutzstelle Vorarlberg; angelika.wehinger@ifs.at

34 ErläutB zur Europaratskonvention Art 16 Rz 104.

Der Verfassungscoup

Ungarns Weg zum verfassungsrechtlichen Umbruch

Caroline Kulmhofer

1. Einleitung

Was ist ein Verfassungscoup? Hierbei handelt es sich um ein politisches Vorgehen, bei dem, zur Erreichung von Zielen der machthabenden Regierung, die Linie der Legalität durch den Verfassungsgesetzgeber nicht gebrochen wird, allerdings das gesamte verfassungsrechtliche System ohne Legitimität umgestürzt wird.¹ Diese fehlende Legitimität leitet sich aus einer Führung ab, die durch die Rechtfertigung, im legalen Rahmen zu handeln, Grundprinzipien der jeweiligen verfassungsrechtlichen Ordnung untergräbt.² Dazu bedarf es sowohl einer Feststellung und Definition der verfassungsrechtlichen Prinzipien, als auch einer Wertungsfeststellung der Gesellschaft, inwieweit Verfassungsänderungen ein illegitimes Abgehen davon bedeuten.³ Weiters handelt es sich um keinen traditionellen Coup in dem Sinn, dass die gesamte existierende Regierung gestürzt wird,⁴ sondern vielmehr die bestehende Verfassung Schritt für Schritt, nach der Machtergreifung, zugunsten der eigenen Regierung verändert wird. Dies geschieht durch eine systematische Reorganisation und Umformung der Institutionen des Staates.⁵

Ein solcher Coup lässt sich derzeit, gleich nach der österreichischen Staatsgrenze, in Ungarn beobachten. *Victor Orbán*, Ministerpräsident seit 2010, und Schlüsselfigur der regierenden Partei *Fidesz-MPSZ*⁶, hat vorgezeigt wie man einen solchen verfassungsrechtlichen Umbruch einleitet. In nur wenigen Jahren wurde die demokratische Struktur der ungarischen Verfassung zum politischen Spielball seiner Partei. Mit einer der ersten Verfassungsänderungen nach dem Wahlerfolg 2010 beseitigte sie die Zustimmungshürde einer 4/5 Mehrheit im Parlament, die zur Schaffung einer neuen Verfassung notwendig war. Der Partei war es daher möglich, mit einer nur zu 2/3 bestehenden Mehrheit im Parlament, den Weg zu einer eigenen Verfassung zu ebnen. Mit dem Be-

1 *Scheppele*, Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary), *Transnational Law & Contemporary Problems* 2014, 51.

2 *Scheppele*, *Transnational Law & Contemporary Problems* 2014, 51f.

3 *Scheppele*, *Transnational Law & Contemporary Problems* 2014, 51f.

4 *Newman*, *Constitutional Coups: Advancing executive Power in Latin American Democracies* (2011) 22, <http://bit.ly/1M69YZB> (1.11.2015).

5 *Newman*, *Coups* 22.

6 Seit 1996: *Fidesz – Magyar Polgári Szövetség* (*Fidesz – Ungarischer Bürgerbund*).

schluss des neuen Grundgesetzes⁷, gelang ein Coup, der als legale Aushebung der verfassungsrechtlichen Grundstruktur bezeichnet werden kann. Das große Defizit der neuen verfassungsrechtlichen Struktur besteht seither darin, dass die Macht in der Exekutive konzentriert ist und gegensteuernde Prüfungsmechanismen, die diese Macht beschränken könnten, ausgeschaltet werden.⁸

Es stellt sich insbes die Frage, in welchem Ausmaß ein Verfassungsgericht, als oberste Kontrollinstanz der verfassungsrechtlichen Ordnung, eine Regierung limitieren kann, die bestehende demokratische Verhältnisse mithilfe von legalen Mitteln zu unterlaufen sucht. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

2. Nachwehen der Verfassung von 1989

Die Möglichkeiten für das Vorgehen der *Fidesz* wurde bereits in der alten Verfassung⁹ aus 1989 gelegt.¹⁰ Die Verfasser_innen der ungarischen Verfassung – in der Wendeperiode weg vom kommunistischen Regime – hatten vor allem zwei Anliegen:¹¹ Einerseits sollte die Verfassung leicht einer Änderung unterworfen werden können, andererseits sollten auch kleine Parteien im Parlament stabile Mehrheitskoalitionen formen können. Ersteres wurde mit der Entscheidung für einen einfachen Änderungsmechanismus gelöst, der einer 2/3 Mehrheit im ungarischen Parlament, das nur aus einer Kammer besteht und keiner weiteren Zustimmungserfordernisse bedarf. Ein Begutachtungsverfahren besteht zwar de-facto, wurde aber bei der Schaffung des neuen „Grundgesetzes von Ungarn“ im Jahre 2011 insofern umgangen, als zwischen der Veröffentlichung des, im Geheimen verfassten, Verfassungsentwurfs mit der Vorlage an die Opposition im Parlament am 15.3.2011¹² und der Abstimmung am 18.4.2011 nur wenig Zeit für eine parlamentarische Debatte blieb.¹³ So wurde diese ausschließlich durch Stimmen von Parteimitgliedern von *Fidesz* und unter Abwesenheit von 78 Oppositionsmitgliedern¹⁴ verabschiedet und trat am 1.1.2012 in Kraft.¹⁵ Zur Kompensation fehlender demokratischer Legitimation wurde die Bevölkerung im Rahmen eines informellen Fragebogens in die Verfassungsgesetzgebung eingebunden. Dieser Fragebogen war gekennzeichnet

7 Grundgesetz Ungarns beschlossen am 18.4.2011, deutsche Übersetzung abrufbar unter www.verfassungen.eu/hu/verf11-i.htm (1.11.2015).

8 Bugarič, Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge, LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series 2014/79, 8.

9 Ungarisches Amtsblatt 84/1990.

10 Arato, Constitution and Continuity in the East European Transition, Constellations 1994, 98f.

11 Bánkuti/Halmái/Scheppele, Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution, Journal of Democracy 2012, 138f.

12 Gesetzesentwurf T/2627 „MagyarországAlaptörvénye“ („GrundgesetzUngarns“) vom 15. März 2011.

13 Lachmayer, Verfassungsreform in Ungarn, EU-Infobrief der AK Wien 2011/3, 16.

14 Siehe www.parlament.hu/internet/plsql/ogy_szav.szav_lap_egy?p_szavdatum=2011.03.28.14:57:23&cp_szavkepv=I&cp_szavkpvcop=I&cp_ckl=39 (23.10.2015).

15 Scheppele, Testimony: U.S. Commission on Security and Cooperation in Europe, Hearing on "The Trajectory of Democracy – Why Hungary matters" (2013) 1; Abstimmungsergebnis: 262 dafür (68,1 %), 44 dagegen (11,4 %), 1 Enthaltung (0,3 %), 78 abwesend (20,3 %).

durch suggestive Fragestellung, die sich nur auf ausgewählte Elemente der Reform bezog, jedoch nicht auf die Einschränkungen der Verfassungsgerichtsbarkeit oder andere brisante Themen.¹⁶

Weiters bildete die Verfassung von 1989 ein Wahlrecht aus, dass die Sitze nicht proportional zur Stimmenanzahl im Wahldurchgang verteilt.¹⁷ Im August 2010 gelang es *Fidesz* mit einem Stimmenanteil von 53 % 263 von 368 Sitzen (= 68 %) des Parlaments einzunehmen. Mit dem am 23.12.2011 beschlossenen Parlamentswahlgesetz wurde ab 2014 das Parlament wesentlich verkleinert.¹⁸ Es besteht seither nur noch aus 199 statt bisher 386 Abgeordneten und wurde 2014 erstmals nach dem neuen Wahlrecht beschickt.¹⁹ Dabei gewann *Fidesz* 133 Sitze und verlor erst im Februar 2015 im Rahmen einer Nachwahl die Zweidrittelmehrheit.²⁰

Einmal an der Macht wurden ausgehend von der *Fidesz*-Partei zwölf Verfassungsänderungen, die insgesamt mehr als 50 einzelne Verfassungsbestimmungen betrafen, und in erster Linie Kontrollmechanismen gegenüber der Regierung schwächten, vorgenommen. Sodann, zuerst durch einzelne Verfassungsänderungen, später mit dem Inkrafttreten der neuen Verfassung am 1.1.2012, richtete die Partei ihre Aufmerksamkeit auf die Destabilisierung des Verfassungsgerichtshofes, der als Hüter der Verfassung mit einer umfassenden und weitreichenden Kontrollfunktion ausgestattet war.²¹

3. Wie man am Beispiel Ungarns einen Verfassungsgerichtshof zur Marionette macht

Das eigentliche Dilemma begann bereits mit der Entstehung des Verfassungsgerichtes im Rahmen der Verhandlungen zwischen Sozialist_innen und der Opposition im Jahr 1989.²² Das Gericht wurde dabei mit einer enormen Handlungs- und Führungskompetenz im Demokratisierungsprozess ausgestattet und nahm lange Zeit europaweit

16 *Dobrin*, Verfassunggebung in Ungarn 2010/2011: Fragebogen zur neuen ungarischen Verfassung, www.vsr-europa.blogspot.co.at/2011/03/verfassunggebung-in-ungarn-20102011.html (23.10.2015).

17 Act No XXXIV on the Election of the Members of Parliament (Wahlgesetz gültig von 1989 bis 2014); es handelt sich dabei um ein Zweistimmen-Wahlrecht. Von den 368 Abgeordneten werden 176 in Einzelwahlkreisen unter Berücksichtigung absoluter Mehrheiten gewählt, andernfalls jeweils ein zweiter Wahlgang durchzuführen ist. 152 Sitze werden auf 20 territoriale Wahlkreise aufgeteilt. Die jeweiligen Reststimmen sind für die restlichen 52 Sitze von Bedeutung. Bis 1993 bestand eine Prozenzhürde von 4 %, diese wurde 1993 auf 5 % angehoben. Vgl. *Kurtán*, Wahlen in Ungarn. Fakten und Folgen seit Mai 1994, in *Steffani/Thaysen*, Demokratie in Europa: Zur Rolle der Parlamente (1995) 340.

18 Act CCIII of 2011 On the Elections of Members of Parliament (Wahlgesetz ab 2014). Weiters wurde die Zahl der Wahlkreise reduziert und es besteht nur mehr ein Wahldurchgang, bei dem eine relative Mehrheit ausreichend ist. Die Regionalwahllisten wurden abgeschafft.

19 *Hungarian Voice – Ungarn News*, Neues Wahlgesetz: Fragen und Antworten, www.hungarianvoice.wordpress.com/2011/12/25/neues-wahlgesetz-fragen-und-antworten (23.10.2015).

20 *Kokot*, Die Ungarn wenden sich von Orbán ab, *Zeit Online* v 24.2.2015, www.zeit.de/politik/ausland/2015-02/ungarn-orban-verliert-popularitaet (23.10.2015), *Bankuti/Halmi/Scheppele*, Disabling a constitution, *Journal of Democracy* 2012, 139.

21 *Bankuti/Halmi/Scheppele*, *Journal of Democracy* 2012, 138.

22 *Arato*, *Constellations* 1994, 68f.

eine führende Stellung mit seiner weitreichenden und bedeutungsvollen Judikatur ein.²³ Dies war va durch weitreichende Kompetenzen und einfachen Zugang der Bürger_innen zum Gericht möglich. Da kein Erfordernis einer individuellen Betroffenheit durch den angefochtenen Rechtsakt bestand, landeten anfänglich praktisch alle, auch nur gering kontroverse Gesetze vor dem Verfassungsgericht. Dies führte zu einer großflächigen Überprüfung neuer Legislativakte.²⁴ Die Zeit von 1990-1999 war gezeichnet von aktiver Justiz, die grundlegende verfassungsrechtliche Problemstellungen in dieser Phase der Transformation löste und somit eine federführende Rolle in der demokratischen Umformung nach dem Fall des Eisernen Vorhangs übernahm.²⁵

Diese Konzentration von weitreichender interpretativer und regelnder Gewalt machte das Verfassungsgericht zu einer strategischen Zielscheibe zukünftiger Regierungen, die einen verfassungsrechtlichen Umbruch einleiten wollen. Vor allem durch die Verfassung von 2011 wurde die Funktionsweise des Verfassungsgerichtes zahlreichen Modifikationen unterworfen, und dessen eifrige und fortschrittliche Vorgehensweise beschnitten. Dabei wurde einerseits die Rolle des Verfassungsgerichtshofes eingeschränkt und andererseits wurde es gefährlich nah an die regierende *Fidesz* gebracht. Der Hang zur Befangenheit äußert sich etwa in der Platzierung von politisch gleichgesinnten Richter_innen auf der Richter_innenbank. Weitreichende Veränderungen wurden hierzu auch im Verfahren der Richter_innenernennung vorgenommen und werden seither vom sog. durch das Parlament gewählten, „National Judicial Office“ (NJO) übernommen, das ohne Überwachung anderer Institutionen über die Ernennung und Entlassung von Richter_innen entscheidet.²⁶ Präsidentin ist, gewählt für eine Amtsperiode von 9 Jahren, die Ehefrau des Vizepräsidenten der *Fidesz* und Verfassers des Grundgesetzes von 2011 *Szájer József, Tünde Handó*.²⁷

Diese Kombination von einem zweifelhaften Besetzungsverfahren mit der Absetzung einer Vielzahl von amtierenden Richter_innen durch eine signifikante Herabsetzung des Pensionsalters im Jahre 2010, die jedoch nach einer Verurteilung Ungarns durch den EuGH im Jahre 2012 wieder zurück genommen wurde, bildeten die Wurzeln für einen sanften Übergang in die politische Einseitigkeit.²⁸

Weiters wurde im Grundgesetz die allgemeine „*actio popularis*“ beseitigt und das Erfordernis der individuellen Betroffenheit eingeführt, die nur in wenigen Fällen zuerkannt

23 *Hirschl*, Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law (2014) 41.

24 *Scheppele*, Transnational law and contemporary problems 2014, 54f.

25 *Halmi*, The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? The First Decade of the Hungarian Constitutional Court, in *Sadurski*, Constitutional Justice, East and West (2002) 195.

26 *Scheppele*, Testimony 8.

27 *Rozenberg*, Meet Tünde Handó, The Guardian v 20.4.2012, www.theguardian.com/law/2012/mar/20/tunde-hando-hungarian-judges (18.10.2015).

28 *Szente*, The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court: A Critical View, German Law Journal 2013, 1594; *Scheppele*, Testimony 6ff; EuGH 6.11.2012, C 286/12, Europäische Kommission/Ungarn (Feststellung des Verstoßes gegen die RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf).

wird und die außerdem eine Rechtsprechung über Themenkreise wie Gewaltentrennung und demokratische Strukturen vermeidet. Eine abstrakte Normenkontrolle kann nur von speziellen Einrichtungen eingebracht werden, die zurzeit von *Fidesz*-treuen Personen besetzt sind.²⁹ Durch eine Verlängerung der Richter_innenlaufzeiten für die neuernannten Richter_innen, die paradoxerweise im Regelfall die gerichtliche Unabhängigkeit garantieren soll, wurde das Gericht zur Marionettenfigur, deren Fäden nunmehr in den Händen der *Fidesz* liegen. Der scheinbare Schlusspunkt des Übergangsprozesses wurde 2011 gesetzt, als der Verfassungsgerichtshof seine beschränkte Kompetenz aussprach, festzustellen, ob Budget-, Steuer- und Sozialgesetze mit dem von der Verfassung proklamierten Schutz des Eigentums vereinbar seien.³⁰ Darüber hinaus ist es ihnen verwehrt, sich auf eigene Entscheidungen aus der Zeit vor Inkrafttreten der neuen Verfassung zu beziehen.³¹

Bei Betrachtung der bestehenden Mehrheitsverhältnisse in der Nationalversammlung, in der weiterhin *Fidesz* die relative Mehrheit hält, muss man festhalten, dass deren politische Vorgehensweise und staatliches Handeln grundsätzlich ausschließlich durch die Verfassung beschränkt ist. In modernen Rechtssystemen wird oft eine ausschließlich positivrechtliche Ansichtweise vertreten und das Handeln der Regierung nach legalen und nicht legitimen Gesichtspunkten beurteilt. Eine Regierung deren Möglichkeiten der Einflussnahme durch Wahlen demokratisch legitimiert ist, kann gesetzeskonform mit ihrer politischen Machtausstattung generell alles machen, wozu sie rechtlich ermächtigt ist. Doch gilt, dass die Priorisierung von parlamentarischer Souveränität im Rahmen eines Prozesses der Demokratisierung eine Bindung an die Justiz erfährt, die als apolitischer und einschränkender Faktor von der Regierung bei Inanspruchnahme ihrer Führungsgewalt zu berücksichtigen ist.³² Diese notwendigerweise gegenpolige Vorstellung eines Verfassungsgerichts, das einen einschränkenden Rahmen vorgibt, in dem sich die Regierung zu bewegen hat, gewinnt in einer Diskussion, wie sie in Ungarn stattfindet, an Bedeutung.

4. Möglichkeiten der Kontrolle durch Interpretation

Ein Mittel, um Akte der Regierung einzuschränken, liegt darin, die Verfassungsrealität durch erkennende, prüfende und klassifizierende Interpretation des Verfassungstextes zu formen und damit ein Rahmenwerk für Vorgehensweisen der Legislative zu schaf-

29 *Scheppele*, Testimony 8.

30 Verfassungsänderung der section 32A(2) des Act XX der Verfassung von 1989, Entschließung No 37/2011 (V.10) AB; AB = „Alkotmánybíróság“ bedeutet Verfassungsgerichtshof, siehe: *Deák*, Pioneering Decision of the Constitutional Court of Hungary to Invoke the Protection of Human Dignity in Tax Matters, INTERTAX 2011, 534.

31 Vierte Verfassungsnovelle zum ungarischen Grundgesetz Art 19; *Scholz*, Rechtsgutachten zur Verfassungs- und Europarechtskonformität der Vierten Verfassungsrechtnovelle zum ungarischen Grundgesetz vom 11./25. März 2013 (2013) 8f.

32 *Ginsburg*, Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases (2008) 3.

fen.³³ Schon früh erfüllte das ungarische Verfassungsgericht diese Rolle im Rahmen eines entscheidungsfreudigen Vorgehens in der Transformation nach 1989.³⁴ Im theoretischen Regelfall gilt, dass die Opposition eine unabhängige und starke Justiz als Gegenpol zur machthabenden Partei unterstützen wird. Im Falle eines Verfassungscoups wird dieses Prinzip jedoch ad absurdum geführt, da die Regierung die verfassungsrechtlichen Zügel in die Hand nimmt.³⁵ Dies führt sozusagen zu einem sich wechselseitig unterstützender Machtkreislauf. Da das Konzept einer effektiven Normenkontrolle nach einem autonomen und apolitischen Gegenpart verlangt, der die politischen Entscheidungsträger_innen einschränkt, übt ein politisch besetztes Gericht, wenig bis keine Überwachungsfunktion mehr aus.³⁶ Normenkontrolle ist daher ein Ausgleichsmittel, das in diesem Fall leicht umgangen werden kann.

In Ungarn bewegt sich die Regierung jedoch innerhalb des rechtlich Zulässigen. Gerade das stellt die Besonderheit eines Verfassungscoups dar, der sich vollständig im Rahmen der rechtlichen Regeln vollzieht und Normenkontrolle versagen lässt. Bei einer rechtspositivistischen Auffassung des Verfassungsgerichtes ist daher jeder Schachzug der Richter_innen machtlos, die Rechtslage zu verändern.³⁷

Im Rahmen der Verfassung von 1989 konnte das ungarische Höchstgericht jedoch auf eine lange Tradition in der Verwendung außer-positivrechtlicher Quellen zurückgreifen, sodass vielfach sogar von einer „unsichtbaren Verfassung“³⁸ gesprochen wurde. Dies hat besondere Bedeutung im Rahmen eines Verfassungscoups. Die grammatikalische, historische und teils auch die systematische Interpretation, als rein textbezogene Interpretationsformen, sind an die Grenze des positivrechtlichen Rahmens gebunden, der jedoch im Falle eines Verfassungscoups weiterhin intakt bleibt.³⁹ Ebenso ist es möglich Verletzungen von Legitimitätsvorgaben durch teleologisch-fundierte Interpretationstechniken und Naturrechtsdenken zu begründen.⁴⁰

Bereits in der Zeit nach dem Fall des Eisernen Vorhanges war es primär die Aufgabe des Verfassungsgerichtshofes, bestehende Regelungslücken in der Verfassung zu füllen und Widersprüchlichkeiten im Verfassungstext zu beseitigen.⁴¹ Er wurde vertreten, dass das Gericht, das so viel in diesem Prozess beisteuerte, demokratischer gewesen sei als die gewählten Volksvertreter_innen, da keine der ersten Regierungen nach dem Sozialismus Beständigkeit zeigte. Der Verfassungsgerichtshof zögerte nicht, die Hauptrolle in der

33 *Shapiro/Sweet*, On Law, Politics, and Judicialization (2002) 143.

34 *Shapiro/Sweet*, On Law 143.

35 *Arato/Miklósi*, Constitution Making and Transitional Politics in Hungary, in *Miller*, Framing the State in Times of Transition Case Studies in Constitution Making (2010) 368ff.

36 *Hirschl*, Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism (2004) 33f.

37 *Scheppele*, Transnational Law & Contemporary Problems 2014, 52.

38 Zumindest in der englischsprachigen Literatur wird von einer „invisible constitution“ gesprochen. Vgl *Füzér*, The Invisible Constitution, *International Journal of Sociology* 1997, 48ff.

39 Vgl zur systematischen Argumentation: Ungarisches Verfassungsgericht 30.10.1990, 1990/23 (Todesstrafe).

40 *Szente*, *German Law Journal* 2013, 1593.

41 *Sólyom/Brunner*, Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court (2000) 42.

Überprüfung der Legislativakte zu spielen und wurde als einzige Institution als einflussreich genug angesehen, um bestehende politische Konflikte zu lösen.⁴² Alle übrigen institutionellen Einrichtungen verharren entweder in Schockstarre oder konnten sich noch nicht genug behaupten, um grundlegende Entscheidungen zu treffen.⁴³ Der Verfassungsgerichtshof hingegen urteilte schon 1990 über die allgemeine Menschenwürde, woraus andere Rechte, wie etwa die Abschaffung der Todesstrafe, Recht auf Abtreibung und Recht auf Vertretung durch Gewerkschaften abgeleitet wurden.⁴⁴

Weiters verwies der Verfassungsgerichtshof mittels einer historischen Interpretationsmethodik auch nach 1.1.2012 oft auf Prinzipien, die in Entscheidungen in der alten Verfassung erarbeitet wurden. Diese Praxis wurde jedoch mit der vierten Verfassungsnovelle 2013 verboten.⁴⁵

5. Europäische Hoffnung und Europäische Lösung?

Betrachtet man die einzelstaatlichen Regierungssysteme aus unionsrechtlicher Perspektive, erkennt man das weitreichende Fehlen von exakten Richtvorgaben in der EU, wie sie sich als Demokratien zu organisieren haben und inwieweit Handlungsbedarf besteht.⁴⁶ Das zu schützende unionale Demokratieprinzip ist vor allem im Art 2 Satz 1 EUV niedergelegt, und gibt die demokratischen Leitlinien der Union vor. Ein effektives, mehrstufiges Sanktionsinstrumentarium besteht jedoch nicht.

Bezugnehmend auf mögliche Referenzen einer unionsrechtlichen Wehrordnung innerhalb der europarechtlichen Werteordnung sind hier *va* das Feststellungs- und Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV zu nennen, das jedoch nur bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der Grundsätze der Union relevant wird.⁴⁷ Weitere Verankerung finden sich im Loyalitätsgebot,⁴⁸ der Grundrechtscharta⁴⁹ und eventuell in allgemeinen Rechtsgrundsätzen.⁵⁰

42 *Halmi* in *Sadurski* 195.

43 *Sadurski*, Constitutional Justice, East and West: Introduction, in *Sadurski* 2; *Sólyom/Brunner*, Judiciary 105; Ungarisches Verfassungsgericht 23.4.1990 1990/8.

44 Präambel der ungarischen Verfassung von 1990: „In order to facilitate a peaceful political transition to a state under the rule of law, realizing a multi-party system, a parliamentary democracy and a social market economy, the Parliament hereby establishes the text of the Constitution of our country [...]“.

45 Art R Abs 3 des Ungarischen Grundgesetzes lautet: „The provisions of the Fundamental Law shall be interpreted in accordance with their purposes, the National Avowal contained therein and the achievements of our historical constitution.“ Art 19 Abs 5, Vierte Verfassungsnovelle des Ungarischen Grundgesetzes, vom 25.3.2013: „Decisions and their reasoning of the Constitutional Court prior to the coming into force of the Fundamental Law cannot be used for interpreting the Fundamental Law.“ Vgl *Visser*, Constitutional Review in Europe (2015) 225; vgl dazu auch: Ungarisches Verfassungsgericht 29.12.2012, 2012/45; Ungarisches Verfassungsgericht 7.1.2013, 2013/1.

46 *Arato*, Constellations 1994, 190.

47 *Klamt*, Die Europäische Union als Streitbare Demokratie (2012) 314.

48 Art 4 Abs 3 EUV.

49 Vgl die Art 12 Abs 2 (Politische Parteien), 14 Abs 3 (Achtung demokratischer Grundrechte im schulischen Bereich) sowie 54 (Verbot des Missbrauches der Rechte) der GRC.

50 *Klamt*, Demokratie 352ff.

Klare und bis ins Letzte determinierte europäische und internationale Standards bestehen in diesem Kontext oft nur in Bezug auf Menschenrechte. Ein Bsp hierfür ist das umstrittene, 2011 beschlossene, Mediengesetz Ungarns, dass nach einem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission abgeändert wurde.⁵¹ Derartige Standards fehlen aber – auch aufgrund des völkerrechtlichen Souveränitätsprinzips – bei demokratischen Wertungen und allgemein verbindlichen institutionellen Vorgaben.⁵² So wurde das Büro des unabhängigen Ombudsmannes von vier auf eine Person reduziert und dessen Mitarbeiter_innenstab drastisch verkleinert. Der Datenschutzbeauftragte wurde bspw vor Auslaufen seines Vertrages ersetzt und direkt in die Regierung eingegliedert. Auch hier folgte eine Verurteilung Ungarns im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens, doch führte sie zu keiner Änderung der Situation.⁵³ Anhand dieser Bspe zeigt sich, dass zwischen durchsetzbaren Standards demokratischer Entwicklung und fundamentalen Menschen- und Freiheitsrechten zu differenzieren ist.⁵⁴

Va durch die jüngsten Entwicklungen rund um den Umgang mit Flüchtlingen wird Ungarns Menschenrechtspolitik zunehmend infrage gestellt. Unzweifelhaft steht die Vorgangsweise Ungarns unter den Argusaugen und der Kontrolle des Europäischen Gerichtshofes und des EGMR. Anders ist der Fall gelagert im Falle des Abdriftens eines einst demokratischen Gefüges in einem einzelnen Mitgliedstaat. Diese scheinen den zentralisierenden und vereinheitlichenden Einwirkungen der EU und des Europarates oft durch die Lappen zu gehen. Demnach gibt es keine europäische „Demokratieschutzbehörde“ per se, die die EU zu einer „streitbaren Demokratie“⁵⁵ machen würde. Der Schutz der Demokratie auf unionsrechtlicher Ebene ist somit offengelassen. Sehr wohl gibt es jedoch soft-law in diesem Bereich wie etwa das Büro für demokratische Institutionen und Menschenrechte im Rahmen der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE).⁵⁶

6. Das ungarische Verfassungsgericht: Ein Ausblick in die Zukunft

Abschließend kann festgestellt werden, dass sich im regelungstechnischen Repertoire des ungarischen Gerichts durchaus Lenkkompetenzen befinden, um die Werte der Verfassung zu determinieren. Dies umfasst va die Normenkontrolle, die Interpretationsbefugnis und die mögliche Bezugnahme auf naturrechtliche Überlegungen. Das Bündel dieser Möglichkeiten ist theoretisch einflussreich und vielversprechend. Dies setzt aber

51 Entschließung des Europäischen Parlaments 10.3.2011, 2012/C 199 E/17; dabei wurde ein Konflikt mit Art 2 Vertrag von Lissabon, und Art 10 EMRK, Art 2, 3, 6 und 7 EUV, Art 49, 56, 114, 167 und 258 AEUV festgestellt.

52 Klamt, Demokratie 450.

53 EuGH 8.4.2014, C 288/12 *Europäische Kommission/Ungarn*.

54 Scheppele, *Transnational Law & Contemporary Problems* 2014, 87ff.

55 Die Bezeichnung der „streitbaren Demokratie“ geht wohl auf die Übersetzung des Terminus der „militant democracy“ zurück; vgl Klamt, Demokratie 32.

56 www.osce.org/odihr/ (23.10.2015).

für seine Wirksamkeit personelle Gewaltentrennung voraus und hat wenig Aussicht auf Effektivität mit politisch beeinflussten Richter_innen. In Ungarn gilt daher, dass der einst leuchtende Stern in der progressiven, vorbildhaften und entwickelnden Kraft in der demokratischen Neuerfindung – nämlich das Verfassungsgericht – nicht nur bloß ein bisschen Selbstbewusstsein verloren hat, sondern vielmehr selbst an der Zerstörung seiner Macht mitwirkt.

Das Phänomen eines Verfassungscoups zeigt lehrbuchhaft, wie legislative Maßnahmen planmäßig – etwa mit Gleichgesinnten am Ruder – dazu verwendet werden, gegenläufige Kontrollinstanzen zu schwächen. Diese Form der politischen Machtübernahme kann daher als eine Abwendung von demokratischen Werten bezeichnet werden, die innerhalb einer Europäischen Wertegemeinschaft – falls eine solche existiert – lautstark kritisiert werden muss.

Caroline Kulmhofer studiert Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens Universität Graz;
caroline.kulmhofer@edu.uni-graz.at

Legal Gender Studies: Grundkonstellationen und Herausforderungen¹

Elisabeth Holzleithner

Das Recht geht von einer Ungleichung aus: Alle Menschen sind gleich. Frauen sind anders. Frauen sind *von Geschlechts wegen* anders. An dieses Anders-Sein wurden und werden erhebliche Folgen geknüpft: Es hat gravierende Konsequenzen mit Blick auf die Verteilung von Rechten und Pflichten, Gütern und Lasten. Es ist daher ein Gerechtigkeitsproblem.² Um dieses zu explorieren und mögliche Leistungen der Legal Gender Studies zu klären, werde ich zunächst in diesem geschichtsträchtigen Jahr 2015 – wir begehen 650 Jahre Universität Wien – einen Blick in die Vergangenheit richten. Denn die Anliegen einer Disziplin, zumal einer so politischen wie der Legal Gender Studies, sind dann verständlicher, wenn ihr historisch gewachsenes „Wogegen“ deutlich wird.

1. Der Ausschluss von Frauen

Ausgeschlossen waren Frauen – mit wenigen Ausnahmen – viele Jahrhunderte lang aus dem öffentlichen Raum. Als Ort ihrer Zuständigkeit galt das Private. Männer hingegen hatten ihren legitimen Ort in beiden Sphären: Im Privaten erwarteten sie Schutz und Entspannung, während sie sich in der Öffentlichkeit selbst verwirklichten. Dies war zumindest das Bild einer sich herausbildenden bürgerlichen Gesellschaft. Höhere Bildung galt als öffentlich, das geistige Leben spielte sich in der Öffentlichkeit ab. Frauen waren auf doppelte Weise davon ausgeschlossen. Ich darf zur Illustration den Psychiater *Paul J Möbius* zitieren: „Wollen wir ein Weib, das ganz seinen Mutterberuf erfüllt, so kann es nicht ein männliches Gehirn haben. Liefße es sich machen, dass die weiblichen Fähigkeiten den männlichen gleich entwickelt würden, so würden die Mutterorgane verkümmern, und wir würden einen hässlichen und nutzlosen Zwitter vor uns haben. Übermäßige Gehirntätigkeit macht das Weib nicht nur verkehrt, sondern auch krank.“³

1 Dieser Text folgt dem Eröffnungsvortrag der Verfasserin auf der Tagung „Geschlecht im Handlungsraum des Rechts“ (Programm: http://homepage.univie.ac.at/elisabeth.holzleithner/Einladung_Geschlecht_Handlungsraum_Recht.pdf 29.10.2015). Der Vortragsstil wurde zT beibehalten. Die weiteren Tagungsbeiträge folgen in den nächsten Ausgaben des *juridikum* unter der hier eröffneten „debatte“.

2 S *Holzleithner*, *Gerechtigkeit* (2009) 7.

3 *Möbius*, Über den physiologischen Schwachsinn des Weibes (ND 1977 v 1905⁸) 41, zit n *Feldner*, 75 Jahre Juristinnen. Alle Menschen werden Brüder; *juridikum* 1994, 39.

Die Falle der Weiblichkeit war demnach eine doppelte: Einerseits stand Weiblichkeit an sich für Mangel an Bildungsfähigkeit. So notierte *Hegel*: „Die Bildung der Frauen geschieht, man weiß nicht wie, gleichsam durch die Atmosphäre der Vorstellung, mehr durch das Leben als durch das Erwerben von Kenntnissen.“⁴ Andererseits war Bildung bei Frauen verpönt, weil sie ihrer naturgemäßen Bestimmung im Weg stand. Selbst wenn es ihnen gelingen würde, Erkenntnisse zu erlangen, es konnte nicht richtig sein. Frauen wurden als diejenigen gesehen, denen die männlichen Fähigkeiten nicht nur fehlen, sondern auch fehlen sollen, damit sie ihrer wahren Aufgabe – Kinder zu bekommen und ihnen Mutter zu sein – nachkommen können.

1.1. Platzanweisungen – Ausgrenzende Inklusion

Solche Haltungen erklären, warum wir im Jahr 2015 zwar 650 Jahre Universität Wien begehen, Frauen hierorts aber erst seit 118 Jahren studieren können.⁵ Die Rechtswissenschaftliche Fakultät ist erst seit 1919 – also seit 96 Jahren – für Frauen zugänglich. Wir haben hier also in 4 Jahren etwas zu feiern – mit gewissem Grimm. Es scheint keine Übertreibung, das Recht, die Rechtswissenschaften wie die Rechtswissenschaftlichen Fakultäten als Bollwerk männlicher Hegemonie zu bezeichnen. Recht war und blieb die längste Zeit Männersache. Das war auch das Selbstverständnis jener Juristen, die sich in der Frage der Frauen äußerten.

Kurz nach dem 2. Weltkrieg war etwa in den JBl zu lesen: „Es scheint mir [...], dass man an [die Frau] rechtswissenschaftlich keine besonderen Anforderungen stellen kann. Vorläufig sucht die Frau den Mann nur in der Trockenheit der Diktion zu übertreffen, die indessen kein Kriterium für Wissenschaftlichkeit ist. Auch eine gewisse peinliche Banalität der Gedankenführung tritt zu Tage.“⁶ Und noch 1974 meinte der prominente Verfassungsrechtler *Günther Winkler* in einem Fernsehinterview, das Jusstudium sei „eher kein Frauenstudium.“ Warum? „Das Jusstudium verlangt eine sehr starke Abstraktion im Denken, eine sehr starke logische Begabung und letzten Endes natürlich auch Freude zu einem so gearteten Denken.“⁷ Frauen, dies entnehmen wir der Aussage des Verfassungsrechtlers, fehlen sowohl die Begabung als auch die Freude daran.

4 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1820/1972), Anm zu § 166.

5 S den Banner zum Jelinek-Sprechchor am 10.6.2015: „Frauen fragen: Warum erst seit 1897?“ <https://medienportal.univie.ac.at/videos/650-jahr-jubilaeum/detailansicht/artikel/frauen-ausschluss-ein-jelinek-sprechchor/> (28.10.2015).

6 *Heinrich*, Juristenberufe. Die Frau als Juristin, JBl 1948, 202.

7 Frauen Fragmente: Wissenschaftlerinnen: Gestern – Heute – Morgen, www.youtube.com/watch?v=S5aZY4r7kFE (22.6.2015), ab 11:21 (erstellt im Rahmen des Schwerpunkts „Geschlechtergerechtigkeit“ für die 650/118-Jahr-Feiern der Universität Wien). Der Ausschnitt beginnt mit folgender Bemerkung: „Möchte aber bei der Frage noch früher anfangen und sagen, dass nach meinem Eindruck das Jusstudium eher kein Frauenstudium ist.“

1.2. Widerstände: Frauenforschung, Praxis der Gleichbehandlung

Solche Aussagen, die dahinter stehenden Haltungen und deren Auswirkungen auf den Umgang mit weiblichen Studierenden haben aber nicht nur den Effekt zu entmutigen und zu unterdrücken, sondern sie stacheln auch Widerstand an. Dieser macht sich in Österreich publizistisch ab den späten 1980er Jahren laut bemerkbar. Die erste Nummer nach der Nullnummer des oppositionellen *Juridikum. Zeitschrift im Rechtsstaat* (1989) hatte gleich den Schwerpunkt „Frauen und Recht“ und fragte „Ist Justitia ein Mann?“. Das Bemerkenswerte: Viele, die an diesem Schwerpunkt schrieben, waren männliche Kollegen; die folgenden Bemerkungen stammen aus dem Vorsatz von *Zinner/Zöchling*: „Juristen haben seit jeher ihr Brot damit verdient, Frauen zu unterdrücken. Grundlegende Institute unserer Rechtsordnung dienen diesem Zweck. Sind sinnvolle Reformen möglich? Und wie ergeht es Juristinnen in diesem Beruf? Der ‚Diskurs‘ an der rechtswissenschaftlichen Fakultät zu diesem Thema erschöpft sich in der Regel in frauenfeindlichen Nebenbemerkungen.“⁸

Dieser „Hort des Traditionalismus“ sollte in den kommenden Jahren von den Rändern her aufgemischt werden. Dazu diente nicht zuletzt die „Frauenforschung“. So nannte sich ein „exotisches Phänomen“, das seit 1993 am *Juridicum* betrieben wurde.⁹ Dies einerseits in Form von Lehrveranstaltungen (beginnend mit „Die Frau in der europäischen Rechtsgeschichte“ im SoSe 1993), andererseits in einschlägigen Veröffentlichungen, etwa einer weiteren Nummer des *Juridikum* unter dem Titel „Frauen Recht Politik“. Das reichlich wild gestaltete Cover wurde von einer Zeichnung geziert, die eine hochauferichtete Frau mit Streitaxt in ihren Händen zeigt.

Der Anspruch der Frauenforschung war, dem juristischen Traditionalismus, der geradezu als „Berufskrankheit des Juristen“¹⁰ identifiziert wurde, etwas entgegenzuhalten, die Fakultät von innen aufzumischen – oder jedenfalls von den Rändern her. Denn wer Frauenforschung betrieb, befand sich am *Juridicum* in einer Außenseiter_innenposition. Die Haltung vieler Kolleg_innen – nicht aller! – schwankte zwischen stillem Ressentiment und etwas abschätzigem Gewährenlassen. Suspekt waren jedenfalls die parteiliche Perspektive, die von „Frauenforscher_innen“ eingenommen wurde und damit die Verweigerung scheinbarer Objektivität. Das ist nicht nur im juristischen sondern im gesamten wissenschaftlichen Diskurs ein Sakrileg.

Allerdings kann bereits für die Anfänge der Frauenforschung am *Juridicum* eines festgehalten werden: Methodisch war keinesfalls ein von feministischen Wünschen gepräg-

8 *Zinner/Zöchling*, Vorsatz. Verwirrung im *Juridicum*, *Juridikum* 1989, 2.

9 *Holzleitbner*, Frauenforschung am *Juridicum*. Bestandsaufnahme zu einem exotischen Phänomen, *Juridikum* 1995, 42.

10 „[J]uridische Fakultäten“, so der Tenor, „fungierten bislang vielfach als Beschützer und Bewahrer patriarchaler Systeme. Tradition wird hochgehalten, gerade in gesellschaftspolitischen Belangen. Traditionalismus kann geradezu als ‚Berufskrankheit‘ des Juristen bezeichnet werden.“ (Ebda) S dazu auch *Benke*, JuristInnenausbildung – ein feministischer Irrweg? *JRP* 1995, 90-98.

tes „Anything Goes“ die Devise. Im Gegenteil: Aufgrund der prekären Positionierung im Fach schien gerade ein umso größeres Bemühen um methodische Nachvollziehbarkeit angezeigt, ja, eine Strenge in der Anwendung juristischer Methoden. Das ist kein Gegensatz zur Offenlegung des emanzipatorisch angelegten Standpunkts.

Recht wurde und wird ganz offen als ambivalentes, als unsicheres, aber doch: als Instrument, als Medium der Emanzipation angesehen.¹¹ Recht soll dem Streben nach Gleichstellung der Geschlechter einen Rahmen verleihen. Geschlechtergleichheit verlangt aus dieser Perspektive immer schon Gleichstellungsinitiativen iSe materiellen Gleichheit. Betrieben wird dieses Anliegen sowohl auf rechtspolitischer als auch rechtsdogmatischer Ebene.

1.3. Exempel: Quotenregelungen in Theorie und Rechtspraxis

Das beinhaltet etwa ab den frühen 1990er Jahren ein rechtspolitisches Eintreten für Quotenregelungen als Instrument der Gleichstellung. Zulässig, ja geboten schien dies aus einer gerechtigkeits-theoretischen Perspektive: Ohne ein drastisches Mittel, den Eisbrecher der Quotenregelungen, kann die ungerechte Verteilung von Ämtern und Positionen nie aufgebrochen werden.¹² Darüber hinaus wurde eine rechtsdogmatische Argumentation entwickelt, die darlegte, inwiefern solche Quotenregelungen dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot nicht widersprechen. Vertreter_innen solcher Positionen begaben sich in einen recht pointierten Schlagabtausch mit prominenten Verfassungsrechtlern – literarisch¹³ ebenso wie in der Praxis der Gleichbehandlung.

Denn der EuGH schränkte 1995 im Fall *Eckhard Kalanke/Freie Hansestadt Bremen*¹⁴ die möglichen Formulierungen von quotierten Vorrangregeln beträchtlich ein. Im Rahmen dieses Vorabentscheidungsverfahrens, das zur bindenden Interpretation von EG-Recht führte, hielt der EuGH fest, dass eine „nationale Regelung, die [gleich qualifizierten] Frauen [im Fall ihrer Unterrepräsentation] bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt“, keine im Lichte der GleichbehandlungsRL (76/207) zulässige Maßnahme ist, „da sie über die Förderung der Chancengleichheit hinausgeht und an deren Stelle das Ergebnis setzt, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte.“¹⁵ Sie führe nicht zu Chancengleichheit, sondern im Gegenteil zur Diskriminierung von Männern. Manche bemühten

11 Holzleithner, Emanzipatorisches Recht. Über Chancen und Grenzen rechtlicher Geschlechtergleichstellung, Juridikum 2010, 6-14.

12 Holzleithner, Quotierung und Gerechtigkeit. „Gleichheitsdurchbrechung“ als Mittel zur Gleichheitsverwirklichung, JRP 1995, 81-89.

13 Thienel etwa widmete den Quotenregelungen im B-GBG in seinem Berufungsverfahren nach UOG 1993 (Wien 1996) viele erbitterte Seiten, weil er sie als völlig inkompatibel mit dem Europarecht erachtete. Eine ausführliche Auseinandersetzung damit findet sich in Holzleithner/Somek, Die Macht des Bildes. Eine Stichprobe zur juristischen Methode bei Rudolf Thienel, Juridikum 1997, 26-32.

14 EuGH 17.10.1995, C-450/93, *Eckhard Kalanke/Freie Hansestadt Bremen*.

15 Ebda.

sich, den Spruch des EuGH zu relativieren¹⁶ – doch die Botschaft war angekommen. Gleichbehandler_innen an der Universität waren bald um eine Erfahrung reicher. Denn *Kalanke* sprach sich schnell herum und genauso schnell wurden die an österreichischen Universitäten geltenden Quotenregelungen totgesagt.

Das Ganze hatte handfeste Auswirkungen in der Umsetzung von Normen des Frauenförderungsplans. An einem Tag wenige Wochen nach *Kalanke* tagte eine Berufungskommission. Sie hatte die Aufgabe, einen Beschluss über die erneute Ausschreibung einer Professur zu fassen, bei der sich die Berufungsverhandlungen zerschlagen hatten. Ein Mitglied sprach sich dafür aus, jenen Satz, der in der früheren Ausschreibung der Professur enthalten war, nämlich eine besondere Aufforderung an qualifizierte Frauen, sich zu bewerben, in den neuen Ausschreibungstext nicht aufzunehmen, um nun, nach der *E Kalanke*, kein „falsches Signal“ zu setzen. Die darauf entgegennende Wortmeldung der Gleichbehandlerin, der Ausschreibungstext müsse ganz im Gegenteil gem des ministeriellen Frauenförderungsplans den Hinweis enthalten, Frauen würden bei gleicher Qualifikation vorrangig aufgenommen, wurde mit dem nunmehr entrüsteten Verweis auf die Auswirkungen von *Kalanke* zurückgewiesen. Die Gleichbehandlerin legte, da sie sich in der folgenden Debatte nicht durchsetzen konnte, gegen den abschlägigen Beschluss der Kommission einen Einspruch ein. Man einigte sich in einer weiteren Sitzung schließlich auf einen Kompromissvorschlag. Der Ausschreibungstext wurde um folgende Passage erweitert: „Frauen werden bei gleicher Qualifikation vorrangig berücksichtigt. Diese Regel gilt nach Maßgabe des Europäischen Gemeinschaftsrechts.“ Übersetzt hieß dies wohl: „Die Regel gilt, oder sie gilt nicht.“

2. Institutionelles – Zur Entwicklung der Disziplin Legal Gender Studies

Im Zuge solcher Auseinandersetzungen, solcher Vernetzungen von Theorie und Praxis, im Zuge auch einer engeren und immer durchdringenderen Betrachtung von immer mehr rechtlichen Fragen, kristallisierte sich zunehmend eine Disziplin heraus, die den Namen „Legal Gender Studies“ tragen sollte. Im Zuge der Erstellung eines neuen Studienplans anlässlich der Implementierung des UniStG wurden die Legal Gender Studies zum „Wahlfachkorb“, der ab dem Studienjahr 1999/2000 befüllt wurde.

Anlässlich dieser Konsolidierung verfassten *Nikolaus Benke* und ich einen Grundsatztext, den wir lässig mit „Mainstreaming Legal Gender Studies“ übertitelten, und wir brachten in „salopper“ Weise Konzeption und Programm der „Legal Gender Studies“ als wissenschaftlicher „Disziplin“ auf den Punkt: „Was ist weiblich? Was ist männlich? Warum stellen sich diese Fragen – weiters: wer stellt sie – wann und wo? Wie ist diesen Fragen beizukommen – sowohl allgemein in Wahrnehmung des Umstands der vielfälti-

16 So auch die Kommission der EG im Bulletin EU 3-1996, Chancengleichheit von Frauen und Männern (1/1), 1.3.162. Ähnlich der VD des BKA in einer Stellungnahme v 14.5.1996. S auch *Sporrer*, End of quote? Juridikum 1995, 8f.

gen normativen Quellen, die das Kulturprojekt ‚männlich/weiblich‘ erzeugen, als auch spezieller in der Dimension eines rechtswissenschaftlichen Diskurses?“¹⁷

Diese Fragen stellen wir weiterhin und zwar hartnäckig, und die Debatten sind weiterhin kontrovers, ja erbittert. Warum ist das so? Eine Diagnose setzt am Begriff „Geschlecht“ an und konstatiert ein damit verbundenes Syndrom in Form einer Trias von „Natur – Sentiment – Mystifikation“: „Unreflektiert werden die Gender-Konstruktionen für vorgegebene ‚Natur‘ gehalten (als Metaphysik, bisweilen bloß als Biologismus der Geschlechter) und sind intensiv mit ‚Gefühlen‘ (Sentiment) besetzt; nicht genug – das Paket aus ‚Natur‘ und ‚Gefühl‘ erweist sich als besonders resistent gegen einen reflektierenden Zugang (Mystifikation).“¹⁸

3. Politisches: Das Verdikt des Genderwahns

Benke und ich haben diese Zeilen vor mehr als 15 Jahren geschrieben. Seit damals hat sich im Recht viel getan, die Gender Studies haben in vielen Fächern an Boden gewinnen können, in manchen wieder an Boden verloren, die Institutionalisierung schreitet mit Rück- und Seitsschritten immer wieder prekär voran – an den Grundhaltungen hat sich aber reichlich wenig geändert. Gender Studies ziehen verärgerte, verächtliche, ja regelrecht hasserfüllte Reaktionen an – unter wechselnden Überschriften. Mit ihnen wird auch politisches Kleingeld gemacht. So plakatierte die FPÖ im Vorfeld der Wienwahl 2015, ihr Spitzenkandidat sei „der EINZIGE für UNSERE Werte und Kultur“ und forderte „Familien fördern statt die Homo-Lobby oder etwa den Genderwahnsinn.“¹⁹ Aber auch im akademischen Diskurs sowie in populärkulturellen Befassungen, die in letzter Zeit zunehmen,²⁰ ist nicht selten von „Genderwahn“ die Rede.

Die Botschaft: Wissenschaftliche Ansätze und mit ihnen praktische Maßnahmen, die sich mit Geschlechterfragen kritisch befassen, sind dem Wahnsinn verfallen. Die ideologiekritisch antretenden Gender Studies geraten selbst unter Ideologieverdacht, ja unter das Verdikt, bloße, die Gesellschaft und ihre Werte zersetzende Ideologie zu sein. Wir haben es mit einer Abwehrreaktion gegen die unbequeme Herausforderung zu tun, die Gender Studies darstellen: Gender Studies werfen uns aus der Hängematte traditioneller Geschlechterverhältnisse – eine Hängematte, die freilich für viele davon Betroffene überhaupt nicht bequem ist. Und ich denke nicht nur an Frauen. Im Übrigen gibt es eine feministische Hängematte leider auch nicht – dafür sind die unterschiedlichen feministischen Positionen viel zu kontrovers. Bequem machen kann man es sich auch in den Legal Gender Studies niemals.

17 *Benke/Holzleithner*, *Mainstreaming Legal Gender Studies*, Juridikum 1999, 54.

18 Ebda 57.

19 Plakat auf www.thinkoutsideyourbox.net/?p=36531 (28.10.2015).

20 S etwa *Günther/Reichel* (Hrsg), *GENDERISMUS(S)*. Der Masterplan für die geschlechtslose Gesellschaft (2015); *Kelle*, *Dann mach doch die Bluse zu. Ein Aufschrei gegen den Gleichheitswahn. Kritisch dazu Hark/Villa* (Hrsg), *Anti-Genderismus: Sexualität und Geschlecht als Schauplätze aktueller politischer Auseinandersetzungen* (2015).

Legal Gender Studies verstören, sie legen Finger auf Wunden, sie sind lästig. Nicht zuletzt erinnern sie an uneingelöste Versprechen, die in den Menschenrechten verankert sind, wie in der UN-Frauenrechtskonvention.²¹ Die Frage nach der Gerechtigkeit der Geschlechterverhältnisse wird nicht ausgeblendet, sondern sie steht im Zentrum der Disziplin. Insofern bekennen sich die Legal Gender Studies zu ihrem emanzipatorischen Impetus iS einer Parteilichkeit gegen Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts. Mit *Kant* gesprochen: Vertreter_innen der (Legal) Gender Studies erlauben der „Geschlechterwelt“ nicht, in ihrer „Unmündigkeit“²² zu verharren – respektive es sich in der Hängematte traditioneller Geschlechterverhältnisse bequem zu machen. Sie fordern vielmehr einen reflektierten Umgang mit Geschlecht und Geschlechterverhältnissen, der im Zeichen gleicher Freiheit steht.

4. Grundkonstellationen heute, oder: Was leisten Legal Gender Studies?

Um zu explorieren, was das bedeuten könnte, sind einige Bemerkungen über die Verwendung des Begriffs *Gender* in den Legal Gender Studies erforderlich. Der Begriff hat in den letzten 20-30 Jahren eine Entwicklung genommen, die kurz mit einem Satz charakterisiert werden kann: Alles ist vielfältiger, alles ist komplizierter geworden. Wohl auch deshalb haben die Gender Studies bisweilen ein Vermittlungsproblem; sie wirken abgehoben vom Alltagswissen über Geschlecht und Geschlechterverhältnisse, abgehoben von einer normal wirkenden Geschlechterwelt. Aber ganz so ungestört ist diese Welt gar nicht mehr. Denken wir nur an *Conchita Wurst*, als Frau mit Bart und mächtiger Stimme, Siegerin des Eurovision Song Contests 2014,²³ die zunächst so verstört hat, die mittlerweile aber viel Zuspruch und Anerkennung erfährt. Oder denken wir an den Linzer Buslenker, der sein wallendes Haar mit einem rosafarbenen Haarband zusammengebunden hat und dem deshalb gekündigt wurde. Unlängst hat der OGH die zustimmenden unterinstanzlichen Urteile aufgehoben – mit dem Argument, es gebe keinen Grund, ein solches Accessoire zu verbieten: Menschen haben auch am Arbeitsplatz das Recht, ihre Persönlichkeit auf eine solche Weise zu entfalten.²⁴

21 UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl 1982/443. S dazu *Schläppi/Ulrich/Wytenbach* (Hrsg), CEDAW-Kommentar (2015).

22 S bei *Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? in *Kant*, Werkausgabe XI (1977) 53: „Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der Entschließung und des Mutes liegt, sich seiner ohne Leitung eines andern zu bedienen. Sapere aude! Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen! ist also der Wahlspruch der Aufklärung.“

23 www.conchitawurst.com (28.10.2015).

24 OGH 24.9.2015, 9 ObA 82/15x.

4.1. Dekonstruktion und das Geschlecht als Anerkennungsverhältnis

Was nehmen wir aus diesen Beobachtungen mit? Geschlecht wird dekonstruiert – in der Praxis wie in der Theorie. Das bedeutet, Geschlecht wird auseinandergenommen und auf vielfältige Weise neu zusammengesetzt. Zur Dekonstruktion gehört, dass Geschlecht in den Legal Gender Studies nicht als biologische Gegebenheit gefasst wird, sondern als *Norm*. Der Geschlechterbegriff hat also eine normative Wendung erfahren. Geschlecht wird erfasst über Anforderungen an seine jeweilige Darstellung. Dabei fällt immer wieder auf, dass Geschlechterdarstellungen in stereotypisierende Schablonen gepresst werden. Kondensiert sind solche Vorgaben in medizinischen Festlegungen ebenso wie in geschlechtsspezifischen Kleiderordnungen.²⁵

Normativ gewendet heißt: Ich bin Angehörige eines Geschlechts insofern, als ich als Angehörige dieses Geschlechts anerkannt werde. Geschlecht ist demnach ein *Anerkennungsverhältnis*. Die Frage ist weniger: Welches biologische Geschlecht wird jemandem zugeschrieben? Sie lautet vielmehr: Unter welchen Voraussetzungen – gemäß welcher Normen – wird jemand in einem bestimmten Geschlecht anerkannt? Das mag aufs erste seltsam klingen. Aber wenn ein Blick auf die rechtliche Geschlechterpraxis geworfen wird, dann ist sehr schnell klar, was damit gemeint und warum das plausibel ist. Jedem Menschen wird kurz nach der Geburt juristisch ein Geschlecht verliehen. Jede Person wird, um dies in den Worten *Butlers* zu sagen, mit dem „Stempel des Geschlechts“²⁶ markiert.

In einem Nexus von Recht und Medizin wird ein dichtes, rechtlich institutionalisiertes Sex-Gender-System etabliert, das scheinbare Notwendigkeiten festlegt, das aber an entscheidenden Stellen durchbrochen ist. Bei Transgender-Personen ist mittlerweile anerkannt, dass sie einen Personenstandswechsel auch ohne chirurgische Modifikationen ihrer Genitalien vornehmen lassen können. Freilich hängt der Wechsel des Personenstandes immer noch in den Fängen der Diagnose „Geschlechtsidentitätsstörung“. Immerhin ist damit der Zugang zu medizinischen Ressourcen verbunden, wenn eine Transgenderperson dies für sich vorzieht. Die Anerkennung des Identifikationsgeschlechts sollte aber jedenfalls ohne Diagnose möglich sein.

Noch prekärer ist die Situation für intergeschlechtliche Personen, die nicht in das herkömmliche Zweigeschlechtersystem passen. Wenn sie sich mit ihrem biologischen Geschlecht identifizieren – nämlich ihrer eigenen Zwischengeschlechtlichkeit – dann stellt ihnen das Recht derzeit in Österreich keine Personenstandsoption zur Verfügung. Und noch immer werden an intergeschlechtlichen Säuglingen und Kleinkindern geschlechtsnormalisierende Operationen vorgenommen, um eine Zuweisung körperlicher wie auch rechtlicher Art zu verbürgen. Diese Praxis wird mit guten Gründen von davon Betroffene-

25 S dazu *Holzleithner*, Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance. Gutachten für die Gleichbehandlungsanwaltschaft, www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=61160 (20.11.2015).

26 *Butler*, Körper von Gewicht (1997) 147.

nen wie von Expert_innen aus den Bereichen von Medizin und Recht ganz massiv kritisiert.²⁷

Mit Blick auf diese Phänomene stellt sich die Frage, was es bedeuten kann, dass das Recht darauf verpflichtet ist, gleiche Freiheit zu verbürgen. Bevor ich diese stellen kann, braucht es aber eine weitere Verkomplizierung der Geschlechterverhältnisse. Geschlecht hat nicht nur eine normative Wendung erfahren. Der Begriff hat zudem eine *intersektionelle Erweiterung* durchgemacht. Mann ist nicht gleich Mann. Frau ist nicht gleich Frau. Die Geschlechternormen wirken nicht einfach so. Sie sind vielmehr durchkreuzt von verschiedenen anderen Normen, die äußerst wirkungreich sind: ethnische Herkunft, sexuelle Orientierung, Alter, ökonomische Möglichkeiten. Sie haben Auswirkungen auf die Darstellung, die Wahrnehmung von Geschlecht, auf die Anforderungen an eine adäquate Genderperformance. Geschlecht ist ein Element in einer Welt multidimensionaler Positionierungen im Rahmen hierarchisierter Differenzen. Hier werden Privilegien und Benachteiligungen „verteilt“. Diese Kaskade von Vokabeln sei entschuldigt, gleich folgt die Nächste: Wir bekleiden in dieser Welt kontradiktorische Subjektpositionen. Will heißen, wir sind nicht immer dieselben – ob wir privilegiert sind oder marginalisiert, ist nicht ein für alle Mal festgelegt, sondern hängt davon ab, mit welchen Charakteristika wir uns zu welcher Zeit an welchem Ort mit welchen Menschen zusammenfinden.

4.2. Die Frage nach der Autonomie

Deshalb ist es eine komplexe Herausforderung, heute das Geschäft der Geschlechtergleichstellung zu betreiben. Im Sinne einer Anforderung auf den Punkt gebracht: Ich habe mehrfach betont, dass es im Recht darum geht, die gleiche Freiheit aller anzuerkennen und entsprechende Rahmenbedingungen für deren Realisierung zu schaffen. Was bedeutet das? Eine autonome Entfaltung ist nur möglich, wenn entsprechende Bedingungen existieren. Einfach so Freiheit zu proklamieren ist leer; der alte Spruch: „Jeder ist seines Glückes Schmied“, ist eine allzu schlichte Formel für gelingendes menschliches Leben, auch wenn sie gut in die neoliberale Ideologie der Selbstoptimierung passt. Dahinter versteckt sich aber nur allzu oft eine Strategie, die ich „Autonomiekeule“ nenne. Sie wird geschwungen, indem einer Person vorgehalten wird, sie habe sich nicht zu beklagen, ihre Situation sei allein einer Abfolge von individuellen Wahlentscheidungen im Lauf ihres Lebens zu verdanken. Damit wird das Konzept der strukturellen Diskriminierung und Benachteiligung ausgehebelt und überspielt; übrig bleibt als Maßstab der kompetitive Normalbürger mit den üblichen, verdächtigen Attributen. Besonders fatal ist es, wenn sich die Autonomiekeule mit der „Differenzkeule“ verbindet, indem

27 Dazu Petričević, Zur Legitimität von Geschlechtsnormierungen bei intersexuellen Minderjährigen, juridikum 2015, 427.

das Konzept der freien Wahl angereichert wird mit einem essenzialisierenden Anderssein – weiblich, nicht weiß – das eben zur Folge habe, dass jemand ein miserables Leben führt und Entscheidungen so oder so trifft, weil er_sie eben so ist, nämlich so anders. Dem möchte ich einen Fokus auf die Gewährleistung der Bedingungen von Autonomie entgegenhalten.²⁸ Nur wenn angemessene Lebensmöglichkeiten existieren, wenn diese wahrnehmbar sind (vorausgesetzt entsprechende emotionell-intellektuelle und körperliche Fähigkeiten) und wenn Zwang und Manipulation wenigstens relativ gesehen abwesend sind, kann davon gesprochen werden, dass Autonomie – eine Entfaltung als Angehörige des eigenen Identifikationsgeschlechts – ermöglicht wird. Diese Bedingungen, insb jene der intellektuell-emotionalen und körperlichen Fähigkeiten, sollen nicht als Ausschlusskriterien verwendet werden. Es geht vielmehr darum, Menschen dabei zu unterstützen, die eigenen Fähigkeiten so gut wie möglich zu entfalten und zum Ausdruck zu bringen. Bei Menschen mit Behinderungen ist entsprechend die Rede von „assistierter Freiheit“.²⁹ Ich möchte diesen Begriff aber darüber hinaus verallgemeinernd einsetzen: Wir alle sind nicht einfach aus uns selbst heraus frei; wir bedürfen in vielerlei Hinsicht der Unterstützung anderer, um uns „selbst“ zu verwirklichen. Zu oft wurde und wird etwa der Beitrag jener – überwiegend Frauen – übersehen, die in der Öffentlichkeit aktiven Menschen im Privaten den Rücken freihalten.

Autonomie ist nicht als Zwang zu etwas und nicht als Keule einzusetzen – nochmals sei gewarnt vor stereotypisierenden Zuschreibungen, die dazu tendieren, Autonomie abzusprenken. Auch feministisches Wissen und Handeln ist vor solchen Kurzschlüssen nicht gefeit, wenn wir etwa an bestimmte Positionen zum Kopftuchtragen denken oder an Haltungen gegenüber Sexarbeiterinnen, die ihnen ganz prinzipiell absprechen, Herrinnen ihres eigenen Lebens zu sein. Das soll nicht heißen, dass Kopftuchtragen oder Sexarbeit leisten immer Ausdruck individueller Freiheit im emphatischen Sinne wäre. Genau um das zu überprüfen, dient das Prinzip der Autonomie und seine Bedingungen: Es geht darum, Konstellationen und Situationen daraufhin zu befragen, ob und in welcher Weise ein Rahmen für eine Entfaltung der eigenen Potentiale existiert.

Und die komplexe Aufstellung der multidimensionalen Positionierung soll uns daran erinnern, dass Legal Gender Studies kein Tummelfeld für die relativ privilegierten Frauen sein dürfen. Sie müssen sensibel sein für die Stimmen jener, die häufig gar nicht oder nur verzerrt gehört werden. Sie müssen immer fragen: Wen und was habe ich jetzt noch nicht im Blick? In diesem Sinne sind strukturelle wie individuelle Herausforderungen ernst zu nehmen, die sich durch stereotypisierte Anforderungen ergeben, und es ist die Aufgabe des Rechts, ihnen entgegenzuwirken. Daher sollte etwa jene Methode, die in der Rechtspolitik gern eingesetzt wird, um Gendersensibilität zu verbürgen, nämlich das Gender Mainstreaming, auch entsprechend sensibel für vielfältige Machtverhältnisse

28 Zu den Bedingungen von Autonomie s etwa *Friedman*, *Autonomy, Gender, Politics* (2003) 3ff.

29 S etwa *Graumann*, *Assistierte Freiheit: Von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte* (2011).

sein; sie darf nicht der Versuchung unterliegen, „dem Mann“ „die Frau“ entgegenzusetzen, diese mit angeblich männlichen und weiblichen Charaktereigenschaften auszustatten und sich daraus das Generieren eines möglichen Nutzens zu versprechen. Seriöse Rechtspolitik darf sich Erkenntnissen der Legal Gender Studies nicht verschließen, soll sie sich aktuellen Herausforderungen angemessen zu stellen vermögen. Nämliches gilt für die Rechtsanwendung – auch sie darf die Welt nicht durch den Zerrspiegel patriarchaler Ignoranz wahrnehmen. One can dream.

Elisabeth Holzleithner ist Professorin für Rechtsphilosophie und Legal Gender Studies und Vorständin des Instituts für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien; elisabeth.holzleithner@univie.ac.at; <http://homepage.univie.ac.at/elisabeth.holzleithner>

Thema: Dichotomien im Recht

Vorwort

Miriam Broucek / Isabell Doll / Maria Sagmeister

„Dichotomie“ bedeutet dem griechischen Wortsinn nach „Zweiteilung“, derlei findet sich im Recht zuhauf: Recht – Unrecht, Schuld – Freispruch, Täter_in – Opfer usw. Im Rechtsdenken begegnen uns viele Begriffspaare, die einander scheinbar ebenso dringend brauchen wie ausschließen. Sowohl in Anknüpfung an binäre Kategorien außerhalb des Rechts, als auch in seiner eigenen Strukturierung, folgt es einer dichotomen Ordnung. Das Recht setzt sie voraus, re/produziert und verhandelt sie, Platz für Gleichzeitigkeit und Vielfalt ist da kaum.

In der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsdenkens lässt sich eine besondere, fortschreitende Tendenz zur Dichotomisierung feststellen, denken wir etwa an die sogenannte „Begriffsjurisprudenz“ der (deutschen) Rechtswissenschaft des späteren 19. Jahrhunderts. Diese hat die juristische Entscheidungsfindung mithilfe von klassischen logischen Schlüssen in einem angeblich lückenlosen und widerspruchsfreien System auf die Spitze getrieben; aus Prämisse 1 und Prämisse 2 folgt die Konklusion.¹ Das Recht lebt geradezu davon, einen Lebenssachverhalt – und derer gibt es unendliche – unter eine allgemeine Norm stellen zu wollen und klare Entscheidungen zu treffen. Die klassische Logik, und im Rahmen dieser insbesondere die Syllogistik, baut vorwiegend auf dem Prinzip der Zweiwertigkeit auf – eine Prämisse kann nur „wahr“ oder „falsch“ sein, doch niemals beides zugleich. Wenn aber ein möglichst getreues Abbild der Wirklichkeit erreicht werden will, kommt man mit den Mitteln der Syllogistik, und ihrem Prinzip der Zweiwertigkeit nicht weit, in anderen logischen Systemen, etwa der Modallogik, können Prämissen mehrere oder gar unendlich viele Wahrheitswerte beinhalten, aus ihnen ist keine eindeutige Aussage ableitbar.² In der Rechtswissenschaft scheint das Verlangen nach Eindeutigkeit bestimmend zu sein, obwohl dadurch gesellschaftliche Wirklichkeiten nur unzureichend abgebildet und bestehende soziale Zusammenhänge sowie Macht- und Herrschaftsverhältnisse (bewusst?) nicht ausreichend reflektiert wer-

1 Zoglauer, Einführung in die formale Logik für Philosophen (2002) 57.

2 Zoglauer, Einführung 119.

den können. Die Anforderungen, die wir heute an ein Rechtssystem stellen, sind komplexer und vielfältiger geworden und gehen nicht zuletzt auch mit einem erweiterten Verständnis von Gerechtigkeit und der Berücksichtigung sozialer Normen und Werte in ihrer gelebten Pluralität einher.

Obwohl sich das Verständnis, dass normative Wertungen nicht mehr gänzlich ohne Berücksichtigung der jeweiligen zugrunde liegenden sozialen Wirklichkeit getroffen werden können, in der Rechtswissenschaft durchgesetzt hat, findet vielerorts weiterhin eine simplifizierte Darstellung des Rechts als einer aus rein binären Begriffen zusammengesetzten Wissenschaft statt. Schon im Studium wird Jurist_innen nahegelegt: Entscheiden Sie sich für eine Lösung, die eine oder die andere.

Vereinfachung hat durchaus ihre Berechtigung und ist bis zu einem gewissen Grad notwendig, das soll nicht abgetan werden, doch muss sie als solche gesehen und darf nicht zum einzigen Maßstab werden. Durch Vereinfachung, insbesondere durch das Denken in einander ausschließenden Kategorien, werden Positionen zwischen den Polen miteinander verunmöglicht. Dass Dichotomien sich nicht immer wie ein harmonisches Ying und Yang aneinander schmiegen, sondern hart aufeinander prallen können, wird gerade im rechtlichen Kontext allzu gegenwärtig. Die permanente Zweiteilung bedeutet auch Grenzziehung und den Ausschluss von Zwischenräumen.

In unserem Schwerpunkt greifen wir diesmal bestimmte Begrifflichkeiten auf, die sich auf vermeintliche Gegensätzlichkeiten berufen, um vernachlässigte Komplexitäten in die rechtliche Auseinandersetzung zu inkludieren.

Ulrich Wagrandl nähert sich in seinem Beitrag gleich mehreren Begriffspaaren an und versucht sie nach *kelsenianischer* Manier zu erschließen, wobei sich letztlich alles in der Differenzierung nach *Sein und Sollen* zuspitzt. Ein Verhältnis, das im Studium der Rechtswissenschaften schon zu Beginn eine wichtige Rolle einnimmt und als scheinbar selbstverständlich verhandelt wird, sich aber in der Rechtstheorie *Hans Kelsens* als weitaus vielschichtiger erweist. Während der erste Beitrag gänzlich den Normen erliegt und die Notwendigkeit einer Rechtsordnung nicht in Zweifel zieht, so betrachtet der darauf folgende Text das Recht von außen. Der Philosoph *Sergej Seitz* widmet sich in seinem Beitrag der Beziehung von *Recht und Gewalt*. Als Ausgangspunkt dient der berühmte Text von *Walter Benjamin* „Zur Kritik der Gewalt“³ und die diesbezüglichen Interpretationen und Überlegungen von *Christoph Menke* und *Giorgio Agamben*. Zur Befreiung menschlicher Verhältnisse von schicksalhafter Rechtsgewalt wählen diese Ansätze unterschiedliche Zugänge, die von *Seitz* jedoch aufgrund der „bloßen“ Kritik an der Rechtsform, bei der eine Betrachtung der Rechtsinhalte außen vor bleibt, infrage gestellt werden.

Im Kontext von Gewalt wird wie selbstverständlich nach *Täter_in und Opfer* gefragt, einer weiteren Dichotomie, derer sich der dritte Beitrag annimmt. Diese thematisieren

3 *Benjamin*, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze (1921) 29-65.

Heidi Siller und *Margarethe Hochleitner* aus einer psychologie-basierten Sicht, indem sie intime Partner_innengewalt im Hinblick auf Genderaspekte betrachten. In der Wahrnehmung häuslicher Gewalt herrscht die Vorstellung eines männlichen Täters und seines weiblichen Opfers vor, wodurch es erschwert wird, die Komplexität von intimer Partner_innengewalt zu fassen. Diese vergeschlechtlichte Dichotomie trägt dazu bei, dass gegenläufigen Sichtweisen (zB Männer als Betroffene, Frauen als Täterinnen) weniger Beachtung geschenkt wird und stereotype Geschlechterbilder eine Stabilisierung erfahren. Die Autorinnen legen den Fokus auf Strategien Betroffener, wodurch diese als handlungsfähige Personen sichtbar werden und den Anschein der Machtlosigkeit verlieren.

Die Dichotomie *Mann und Frau* begegnet uns nicht nur im Zusammenhang mit Gewalt, die Vorstellung zweier natürlicher und grundlegend differenter Geschlechter ist Teil der modernen Wissensordnung, die individuelle Denk- und Handlungsmuster ebenso wie gesellschaftliche Institutionen strukturiert. Dichotomes Denken führt, so *Cara Röhner* in ihrem Beitrag, auch im Recht zu Hierarchisierung und Exklusion und steht damit einer gleichberechtigten und inklusiven Gesellschaft mit vielfältigen Identitäten und Sexualitäten entgegen. Dem zu begegnen sind queere und feministische Ansätze bemüht, die einerseits den Verzicht auf Kategorien sowie andererseits auch eine Pluralisierung derselben vorschlagen, um die ständige Reproduktion binärer Muster zu überwinden. Der Abschlusstext im Rahmen unseres Schwerpunktes ist einer Zweiteilung gewidmet, die sich in der Realität oft als ein Einziges zeigt: die Kategorien von *Recht und Politik*. Diese werden anhand der Ereignisse rund um die sogenannte Staatsschuldenkrise in Griechenland abgehandelt, im Rahmen derer sich die griechische Bevölkerung gegen die von der Europäischen Union und dem Internationalen Währungsfonds oktroyierten Strukturereformen aussprach und diese Absage mittels ihres demokratischen Stimmrechtes kundtat. Wie infolge dessen „Recht“ und „Politik“ in beispielloser Weise miteinander vermengt, ja sogar verwechselt wurden, zeigt der Politologe *Yiorgos Vassalos* in seinem Beitrag in englischer Sprache.

Durch die Infragestellung einer dichotomen Ordnung geraten Kategorien ins Wanken, scheinbare Gegensätzlichkeiten lösen sich auf und Zwischenräume werden sichtbar. Dargestalt zeigen sich Dichotomien in einem anderen Licht, zerbrechen gar zur Gänze.

Mag. Miriam Broucek ist Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum* und arbeitet als Rechtsanwaltsanwältin in Wien; miriam.broucek@reflex.at

Mag.^a Isabell Doll ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität Wien; isabell.doll@univie.ac.at

MMag.^a Maria Sagmeister ist Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum* und arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität Wien; maria.sagmeister@univie.ac.at

Hinter dem Schleier des Rechts

Ausprägungen der Sein-Sollen-Dichotomie in *Hans Kelsens* Rechtsdenken

Ulrich Wagrandl

Macht und Recht, Natur und Gesellschaft, Mensch und Rechtsperson, Tatsache und Norm, Erkennen und Wollen, Heteronomie und Autonomie, Kausalität und Zurechnung, Autokratie und Demokratie, Determinismus und freier Wille sind nur einige der Dichotomien, in denen nicht nur Juristinnen und Juristen nahezu selbstverständlich denken. Mit *Hans Kelsen* kann man diese Begriffspaare auf eine tieferliegende Unterscheidung zurückführen: Jene zwischen Sein und Sollen. Ein Dualismus, der uns ebenfalls wohlbekannt ist, doch was hat es mit dem „Sollen“ eigentlich auf sich und wie wirkt sich diese Art, die Welt zu betrachten, auf das juristische Begriffsuniversum aus? Vorliegender Beitrag hat daher das Ziel, die Ausprägungen und die Wirkungen der Trennung von Sein und Sollen in *Kelsens* Rechtsdenken näher zu beleuchten und ihr kritisches Potenzial herauszuarbeiten, stellenweise muss über ihn hinausgedacht werden.

1. Sollen als die normative Rekonstruktion des Seins

Von einem Sein kann kein Sollen abgeleitet werden, oder: Naturtatsachen enthalten keine Handlungsanleitungen; das ist das *Hume'sche* Gesetz. Doch was ist das Sollen überhaupt? *Kelsen* verliert, so erstaunlich das scheinen mag, über das Sollen nicht viele Worte. Er begnügt sich Zeit seines Lebens zu behaupten, das Sollen sei dem menschlichen Bewusstsein unmittelbar gegeben,¹ mehr erfährt man nicht wirklich. So hat sich die Vorstellung des Sollens von einem geheimnisvollen, fernen, undurchdringlichen Reich festgesetzt und *Kelsen* den Vorwurf „*weltabgewandter Sollensmystik*“² eingetragen.

Dabei ist für *Kelsen* das Sollen nicht mehr als eine der vielen Arten, die Welt rund um sich zu sehen, es ist die *normative Deutung faktischer Vorgänge*; es ist die Haltung, *Seiendes als Gesolltes* zu rekonstruieren. Ist damit nicht das *Hume'sche* Gesetz gebrochen, ist damit nicht die Trennung von Sein und Sollen aufgegeben, sind nicht *Geltung* und *Wirksamkeit* unzulässigerweise vermischt?

1 Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz² (1923) 7 [HPS]; *ders.*, Reine Rechtslehre² (1960) 5 [RR]; *ders.*, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 48f [ATN].

2 Diese Kritik ironisch unterstellend *Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen² (1990) 144.

Sein und Sollen stehen jedoch nicht so beziehungslos nebeneinander, wie es dieser Einwand suggeriert. Denn nach *Kelsen* sind Normen *Deutungsschemata*, und zwar für faktisches, menschliches Verhalten.³ Damit meint er, dass zuerst etwas in der sozialen Wirklichkeit vorhanden sein muss – es muss etwas gegeben sein, das *da* ist – bevor daran eine Norm angelegt werden kann, bevor es normativ rekonstruiert werden kann, bevor es anhand eines Schemas gedeutet werden kann. Die Wirklichkeit ist also die Bedingung dafür, dass etwas als geltend beschrieben werden kann⁴ – ohne vorhandene Wirklichkeit existiert kein „etwas“, das man beschreiben könnte! Diese Ansicht weist *Kelsen* als einen radikalen Positivisten aus: Er zieht nur das heran, was *sozial gegeben*, dh *positiv* ist. Als Beispiel nennt er:

*„In einem Saal kommen Menschen zusammen, halten Reden, die einen erheben ihre Hände, die anderen nicht; das ist der äußere Vorgang.“*⁵

Was sagt das der Juristin? Für sich genommen noch gar nichts, denn:

*„Was den Tatbestand zu einem Rechts- (oder Unrechts-)Akt macht, das ist nicht seine Tatsächlichkeit, nicht sein natürliches, das heißt kausal-gesetzlich bestimmtes, im System der Natur beschlossenes Sein, sondern der objektive Sinn, der mit diesem Akt verbunden ist, die Bedeutung die er hat.“*⁶

Aber woraus ergibt sich für *Kelsen* dieser „objektive Sinn“, diese „Bedeutung“? Aus den Normen, die einem in der Natur verlaufenden Geschehen eine bestimmte Bedeutung erst *verleihen*, im obigen Fall: Die Normen, die statuieren, dass das Heben der Hände in einer Versammlung von Menschen ein Gesetzesbeschluss ist.⁷ Gäbe es diese Normen nicht, so wäre das Geschehen für die Rechtswissenschaft unerheblich, es könnte nicht als Recht gedeutet werden. Damit wird klar: Das Recht ist das Produkt einer normativen Rekonstruktion. Es „existiert“ nicht, auch nicht im Reich des Sollens, denn das Sollen beschreibt nur den Modus, in dem die Juristin soziale Tatsachen als Rechtsakte, als Normen deutet. Das Recht ist die normative Interpretation tatsächlicher (also nichtnormativer) Vorgänge.⁸ Die Sein-Sollen-Dichotomie führt damit gleichzeitig zu einer weiteren Dualität, der zwischen Macht und Recht, wobei Macht hier durchaus, aber nicht nur, physische Gewalt meinen soll. Es sind meistens die Machtverhältnisse, die sich in physischer Gewalt ausdrücken, die als Recht beschrieben werden, und in diesem Sinne sagt *Kelsen*:

3 Vgl *Kelsen*, RR 3.

4 Vgl *Kelsen*, RR 217ff.

5 *Kelsen*, RR 2.

6 *Kelsen*, RR 3.

7 Vgl *Kelsen*, RR 2f.

8 Vgl *Dreier*, Rechtslehre 28.

„Wer den Schleier [des Rechts] hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen.“⁹

Ein Blick in die Welt um sich herum reicht, um zu erkennen, dass Menschen ihr Vermögen, ihre Freiheit oder gar ihr Leben entzogen wird – kurz, dass Gewalt stattfindet. Von diesen Geschehnissen nimmt die Beschreibung des Rechts ihren Ausgang. Dabei ermöglicht die normative Deutung dieser Vorgänge, im Sinne der *Augustinischen Frage*,¹⁰ des ewigen Problems der politischen Philosophie, den Staat, der ja gemäß der Reinen Rechtslehre mit dem Recht ident ist,¹¹ von einer Räuberbande unterscheiden zu können, andererseits aber, entgegen *Augustinus*, den Staat deshalb noch lange nicht als moralisch gut und gerecht ansehen zu müssen. Das ist der große Vorteil des Positivismus: Er kann die Rechtsordnung distanziert beschreiben, ohne sie gut zu finden, ohne sie anzuerkennen,¹² ja sogar, um sie zu stürzen. Denn selbst die Revolutionärin, die den Staat bekämpft, hat ein Interesse daran, zu wissen, wie dessen Recht aussieht.

Das Unterscheidungsmerkmal, das Staat und Räuberbande trennt, ist nach *Kelsen* das Recht, nicht, wie für *Augustinus*, die Gerechtigkeit: Es ist die Ermächtigungsnorm, die den Räuber zum Verbrecher, die Steuerbeamtin aber zum Staatsorgan macht, obwohl beide dasselbe tun. Sie verlangen Geld und drohen bei Zuwiderhandlung Gewalt an.¹³ Bloß ist die Steuerbeamtin dazu *ermächtigt*, der Räuber aber eben nicht. Schließlich werden Menschen überhaupt erst zu Räuber und Steuerbeamtin, *weil* wir die entsprechende Ermächtigungsnorm haben, mit der wir den Ablauf rechtlich begreiflich machen, mit der wir Räuber und Steuerbeamtin differenzieren können.¹⁴ Ohne Norm handelt es sich in beiden Fällen nur um nackte Gewalt. Diese Auffassung des Rechts ist im Kern antiessentialistisch: Nichts „Vorrechtliches“, Überpositives soll vernebeln, dass es das Recht ist, das die Kategorien schafft, in dem sich unser Leben abspielt. Mehr dazu im siebten Abschnitt.

2. Erkennen und Wollen

Nach *Kelsen* ist eine Norm *der Sinn eines Willensaktes*, etwas als Seiend zu begreifen aber ein Erkenntnisakt. Damit wird in radikalpositivistischer Manier ausgedrückt, dass Normen nur durch menschliche Willensanstrengung zustandekommen können, dass sie gewollt sein müssen, weil sie sonst nicht existierten. Die Positivität des Rechts liegt ge-

9 *Kelsen*, Diskussionsbeitrag, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer III (1927) 55.

10 *Kelsen*, RR 46 nimmt Bezug auf *Augustinus*, De Civitate Dei, 4. Buch, 4. Kapitel: „Was sind überhaupt Königreiche, wenn die Gerechtigkeit fehlt, anderes als große Räuberbanden?“ Es handelt sich um die uralte Frage nach der Legitimation von Staatsgewalt.

11 Vgl *Kelsen*, RR 289ff.

12 Dass diese Möglichkeit vielfach bestritten worden ist, verschweige ich nicht.

13 Vgl *Stewart*, The Critical Legal Science of Hans Kelsen, Journal of Law and Society 1990, 273 (296).

14 Vgl *Kelsen*, ATN 22.

nau darin, von Menschen gesetzt zu sein.¹⁵ Man kann Normen eben nicht in der Natur vorfinden, dh mit wissenschaftlichen Mitteln, Experimenten und mikroskopischen Untersuchungen gar, *erkennen*. Denn das Recht ist Menschenwerk: Und wo ein Mensch will, dass ein anderer etwas tun soll und er sich faktisch durchsetzt, dort ist Recht: „*Kein Imperativ ohne Imperator*“¹⁶ – kein Sollen ohne Wollen. Jede Norm braucht einen Normsetzer und einen Normadressaten: Der eine will, dass der andere soll und dieser soll, weil der eine will.¹⁷ Der Hauptunterschied zwischen Naturrecht und Positivismus ist in dieser Hinsicht, dass *Kelsen* als Positivist an einem *menschlichen* Willensakt festhält, während viele Strömungen des Naturrechts einen göttlichen Willen annehmen.

Freilich bedeutet die Abhängigkeit der Norm vom Willensakt ganz und gar nicht, von diesem Willen auf das Gesolltsein seines Inhaltes zu schließen – das wäre eine eklatante Verletzung der Trennung von Sein und Sollen. Vielmehr ist damit gemeint, dass – um dem Postulat des Positivismus zu genügen, dass das Recht Menschenwerk sei¹⁸ – es einen in der Seinswelt real vorhandenen, von Menschen gemachten Anknüpfungspunkt geben muss, der erst dann, wenn er aufgefunden wurde, normativ rekonstruiert werden kann. Lässt man aber das menschliche Element weg, das *Kelsen* mit dem Willensakt identifiziert, ist man *philosophische Absolutistin*.

3. Absolutismus und Relativismus

Wer nämlich vorgibt, Normen in der Natur durch wissenschaftliches Erkenntnisstreben entdecken zu können, ohne dass ein Mensch diese Normen durch Willensakte hätte hervorbringen müssen, den bezichtigt *Kelsen* des „*philosophischen Absolutismus*“, *dessen Grundlage die Vermischung von Sein und Sollen ist*. Um absolute Werte in der Natur ausmachen zu können, müsse an eine absolute, vom erkennenden Subjekt unabhängige Realität geglaubt werden. Weil diese Realität absolut wäre, würde sie mit absoluten Werten zusammenfallen – Gerechtigkeit, als Übereinstimmung mit dem höchsten Wert, und Wahrheit, als Übereinstimmung mit der Wirklichkeit, würden gleichgesetzt,¹⁹ Sein und Sollen dadurch vermischt.

Dem kann *Kelsen* als (Neu-)Kantianer aber nicht zustimmen. Für ihn kreiert das erkennende Subjekt seine Umwelt autonom und zwar anhand der a priori gegebenen Kate-

15 Vgl *Kelsen*, ATN 114.

16 *Kelsen*, ATN 3, 23. Ob damit wirklich ein realpsychischer Willensakt gemeint sein kann ist fraglich; vgl dazu *Jabloner*, Kein Imperativ ohne Imperator – Anmerkungen zu einer These Kelsens, in *Olechowski/Zeleny*, Clemens Jabloner: Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zu Rechtstheorie, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts 35 (2013) 1-22.

17 Vgl *Kelsen*, ATN 23.

18 Wie es auch *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932; Bd II der von *Arthur Kaufmann* hrsg Gesamtausgabe³; 1993) 227 formuliert.

19 Vgl *Kelsen*, Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics, in *ders*, What is Justice? Justice, Law, Politics in the Mirror of Science. Collected Essays (1957) 198 (199) [Absolutism].

gorien von Raum und Zeit.²⁰ Nicht Gott, sondern der Mensch ist Schöpfer seiner Welt, die nur innerhalb der menschlichen Erkenntnis überhaupt existiert.²¹ *Kelsen* nennt diese Position *erkenntnistheoretischen Relativismus*, wir könnten heute auch *Konstruktivismus* dazu sagen. Dieser setzt die Autonomie jedes einzelnen, erkennenden Individuums voraus, weil der freie Mensch sich seine Umwelt notwendigerweise nach autonomen Denkgesetzen konstruiert. Der Absolutismus, der Erkenntnis bloß für die Spiegelung der „Dinge an sich“ hält, gesteht dem Individuum keine eigene Handlungsmacht in diesem Bereich zu – die Absolutistin muss ihre obersten Werte so hinnehmen, wie sie ihr durch die Natur gegeben sind, die sie nur erkennen, aber nicht wollen kann, die ihr heteronom vorgesetzt sind. Die Relativistin hingegen ist selbst Schöpferin ihrer Welt und damit auch ihrer Werte – die aber, weil sie nicht in der Welt erkannt werden können, durch Willensakte gesetzt werden müssen, die also nicht unabhängig vom Menschen existieren.²²

4. Demokratie und Autokratie

An diesem erkenntnistheoretischen Scheideweg trennen sich auch die politischen Weltanschauungen. Die Absolutistin wird, so *Kelsen*, eher der Autokratie, die Relativistin eher der Demokratie zuneigen. Denn Demokratie und Relativismus haben gemein, dass in beiden Bereichen das Subjekt an der Erzeugung seiner Umwelt teilnimmt. In der Demokratie dadurch, dass die Normadressatin über die Normen (sei es direkt oder indirekt) mitbestimmt, die sie betreffen, im Bereich der Erkenntnis derart, dass sie ihre eigenen, autonomen Denkgesetze auf die Welt anwendet.²³ Der philosophische Absolutismus hingegen, der davon ausgeht, dass dem Subjekt die Erkenntnis von Welt und Wert heteronom vorgegeben sei, findet seine Entsprechung in der Autokratie, die das Individuum nicht an der Rechtserzeugung teilhaben lässt. Die Demokratie jedoch, die jeden für gleichermaßen frei hält, dh allen den gleichen Anspruch einräumt, in Übereinstimmung mit dem eigenen Willen leben zu dürfen,

*„muß nicht nur die eigene, muß auch die fremde, gegenteilige Meinung zumindest für möglich halten. Darum ist der Relativismus die Weltanschauung, die der demokratische Gedanke voraussetzt.“*²⁴

In der Politik, wo es um die Verwirklichung von Werten geht, zählt (weil Werte ja bloß Sollensanordnungen sind), der Wille, der diese hervorbringt, nicht die Erkenntnis – da-

20 So wie es in *Kant*, Kritik der reinen Vernunft (Bd III der von *Wilhelm Weischedel* hrsg Werkausgabe⁸; 2014) 69-96, beschrieben ist.

21 Vgl *Kelsen*, Absolutismus 198 (199); ähnlich in *ders*, Foundations of Democracy, Ethics 66 I/2 (1955) 1 (14-18) [*Foundations*].

22 Vgl *Kelsen*, Foundations 17; ähnlich in *ders*, Absolutismus 198 (199).

23 Vgl *Kelsen*, Absolutismus 198 (204).

24 *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929) 101 (Hervorhebungen im Original).

mit zählt gleiche Freiheit, nicht wissenschaftliche Expertise. Keine Philosophenkönige, keine Technokratinnen, sondern freie Individuen sollen die Wertentscheidungen im Staat treffen. Die Demokratie verlangt nach Kelsen bloß das „Wollen“, zu dem jeder Mensch aufgrund seiner Freiheit fähig ist.²⁵ So ist die Wahl in der Demokratie bei *Kelsen*, anders als bei *Rousseau*, nicht eine Wissensfrage, ob nun ein Gesetz dem Gemeinwillen wirklich entspreche,²⁶ sondern vielmehr eine Entscheidung, ein Willensakt, der aufgrund von Werten, dh Normen, gesetzt wird. In gleicher Weise kann man sich mit *Kelsen* aufgrund seiner oben gezeigten theoretischen Position gegen die weit verbreitete Annahme wenden, es könne so etwas wie eine „neutrale“ „Sachpolitik“ geben. Politik heißt Wertverwirklichung und diese Werte können, eben weil sie Werte sind, nicht „neutral“ sein.

5. Determinismus und Willensfreiheit

Wer sich so sehr auf den menschlichen Willen als treibende Kraft des Rechts kapriziert wie *Kelsen*, der muss sich auch die uralte Frage nach dem freien Willen gefallen lassen: Können wir wollen, was wir wollen oder sind wir der kausalen Determination unserer Welt machtlos ausgeliefert?

Kelsen ist Determinist, eine „*transzendente Freiheit*“,²⁷ die darin besteht, dass der eigene Wille die Ursache des eigenen Verhaltens sein kann, lehnt er ab.²⁸ Ganz kann oder möchte er die Freiheit aber nicht aufgeben. Seine Lösung ist, das Konzept, der Freiheit von der Seins- in die Sollenswelt zu verschieben: Der Mensch ist nicht deshalb frei, weil sein Wille nicht kausal vorherbestimmt wäre, das ist er nämlich unentrinnbar. Vielmehr ist der Mensch frei, weil das Recht (oder eine andere Sollensordnung) ihn verantwortlich macht. Die Frage nach der Verantwortung ist aber, so *Kelsen*, die Frage danach, wer für ein Verhalten belohnt oder bestraft werden soll.²⁹ In der Tat fragt man in den wenigsten Fällen „einfach so“ nach der Verantwortung, sondern weil an diese Verantwortung bestimmte Folgen geknüpft werden sollen. Dies ist aber eigentlich eine Rechtsfrage, da erst das Recht uns sagt, welches Verhalten welche Rechtsfolgen auslöst, erst das Recht gebietet über Lohn und Strafe. Wir können daher erst dann erkennen, dass jemand verantwortlich ist, wenn wir eine Norm haben, die für dieses Verhalten eine gewisse Folge vorsieht: Ohne Norm als Deutungsschema wäre das Verhalten rechtlich irrelevant. Dieses Prinzip, menschliches Verhalten mit einer Rechtsfolge zu verknüpfen, nennt *Kelsen* „Zurechnung“; wenn diese Rechtsfolge in Lohn oder Strafe besteht, nennt er es „Ver-

25 Dass die Demokratie in soziologischer Sicht auf gebildete Bürgerinnen und Bürger angewiesen ist, verkennt *Kelsen* deshalb nicht. Vgl *Kelsen*, Politische Weltanschauung und Erziehung, in *Klecatsky/Marcic/Schambeck*, Die Wiener Rechtstheoretische Schule II (2010) 1227-1245.

26 Vgl *Rousseau*, Contrat Social, 4. Buch, 4. Kapitel. Darauf nimmt *Kelsen*, Foundations 24 Bezug.

27 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft (Bd IV der von *Wilhelm Weischedel* herausgegebenen Werkausgabe⁸; 2014) 426ff, 488ff.

28 Vgl *Kelsen*, RR 97.

29 Vgl *Kelsen*, RR 96.

geltung“.³⁰ Diese Verknüpfung erfolgt aber nicht kausal, sie geschieht nicht naturnotwendig, sondern ausschließlich aufgrund von Normen, die nach Ansicht *Kelsens* der Sinn menschlicher Willensakte sind.

Wie kommt die Willensfreiheit wieder ins Spiel? Freiheit ist nach *Kelsen* die vom Recht eingeräumte Position, Endpunkt der Zurechnung zu sein und nicht die für Deterministinnen undenkbare, Anfangspunkt einer Kausalitätsreihe zu sein.³¹ Daher die Verbindung von Freiheit, Verantwortung, Zurechnung und Norm: Die *Norm* sagt, welche Sanktion *zugerechnet* werden soll. Erst dadurch erkennen wir, wer, wie, wofür, vor wem *verantwortlich* ist. Verantwortlich sein, heißt *frei* sein: Indem das Recht mich verantwortlich macht, gesteht es mir zu, maßgeblich zu sein, dh rechtserheblich zu sein. Im Vergleich zu dem, was wir traditionell „Unfreiheit“ nennen, wird das Konzept deutlicher. Dass zum Beispiel eine Sklavin unfrei sei, ist ein Gemeinplatz. Aber wie zeigt sich das im Recht? Letztlich ist sie doch ein Mensch wie alle anderen. Doch ihre Handlungen haben im Recht keinen Niederschlag, weil ihr keine Norm diese Fähigkeit eingeräumt hat oder besser, weil es Normen gibt, die ihr diese Fähigkeit vorenthalten. Da es demnach keine Zurechnung einer Rechtsfolge zu ihren Handlungen gibt, fällt sie aus dem Recht heraus, egal was sie tut, das Recht nimmt es nicht wahr: Sie ist unfrei, weil sie unverantwortlich ist.

6. Kausalität und Zurechnung

Bei Kausalität und Zurechnung handelt es sich um zwei

„verschiedene Arten eines funktionellen Zusammenhangs, zwei verschiedene Arten, in denen zwei Tatbestände miteinander als Bedingung und Folge verknüpft sind.“³²

Beiden ist gemein, dass sie ein Mittel zur Deutung der Welt sind, sie unterscheiden sich aber in ihrer Wirkungsweise. Während die Kausalität in die Vergangenheit wie in die Zukunft unendlich ist und jede menschliche Handlung nur ein unbedeutendes Moment in dieser kosmischen Kette ist, kennt die Zurechnung nur zwei Momente: Sie verknüpft ausschließlich ein menschliches Verhalten mit der dafür vorgesehenen Sanktion und sie macht in der ewigen Kausalitätsreihe diejenigen Elemente „dingfest“, welche die Norm zu den rechtserheblichen erklärt. Die Kausalität sagt also: Wenn A, dann *ist* B; die Zurechnung sagt: Wenn A, dann *soll* B.³³ Gleichmaßen ist nach *Kelsen* für die Kausalität wesentlich, dass eine Folge notwendigerweise eintreten muss, während die Zurechnung nur aufgrund einer Norm erfolgen kann, die einen entsprechenden Willensakt voraussetzt, der eben nicht naturnotwendig gegeben ist. Ohne Willensakt keine Zurechnung.

30 Vgl *Kelsen*, RR 96.

31 Vgl *Kelsen*, AStL 72; *ders*, RR 97.

32 *Kelsen*, ATN 19.

33 Vgl *Kelsen*, RR 93.

Für die Kausalität ist der Willensakt allerdings belanglos, unerbittlich nimmt sie ihren ewigen Lauf.³⁴

Zur Veranschaulichung ein Bsp aus dem Strafrecht: Im allgemeinen Sprachgebrauch werden „Verursachung“ und „Schuld“ nicht wirklich getrennt. So sagt man: „Der Wind ist schuld daran, dass der Baum umgefallen ist.“ Doch sind hier die zwei verschiedenen Konzepte am Werk, nämlich Kausalität und Zurechnung. Der Wind hat das Umfallen des Baumes verursacht. Da in unserer Rechtsordnung nur Menschen Rechtsfolgen zugerechnet werden,³⁵ hat es juristisch keinen Sinn, von einer Schuld des Windes zu sprechen. Ebendies gilt nun auch immer dann, wenn Menschen etwas verursachen, wofür ihnen keine Rechtsfolge zugerechnet wird. So sind die Eltern einer Mörderin nicht *verantwortlich* für die Tat dieser ihrer Tochter – sie sind nicht „schuld“ daran –, obwohl sie den Mord durch die Zeugung und Geburt ihrer Tochter unbestreitbar verursacht haben. Aber warum sind die Eltern nicht verantwortlich für den Mord? Einfach, weil es keine Norm gibt, die das Zeugen einer Mörderin unter Strafe stellt, weil es keine Norm gibt, die die Eltern verantwortlich *macht*: Weil die Zurechnung mangels Norm nicht vollzogen wird, während der Kausalitätszusammenhang (ohne Geburt der Mörderin keine spätere Tat durch dieselbe) sehr wohl hergestellt werden kann. Es sind auch ganz andere Strafrechtssysteme denkbar, etwa solche kollektiver Verantwortung. Da Zurechnung oder Nichtzurechnung eine menschliche Entscheidung ist, gibt es nichts, was davon prinzipiell ausgeschlossen wäre.

7. Mensch und (Rechts-)Person

Wie in diesem Beitrag dargestellt, ist das Recht für *Kelsen* Menschenwerk, es entsteht durch menschliche Willensakte. Doch was ist der Mensch eigentlich? Rechtlich gesehen gar nichts, denn im Recht gibt es nur Personen und diese müssen keine Menschen sein – so wie es Zeiten gab, da nicht alle Menschen Personen waren. Vom Menschen zu sprechen, meint ihn als in der Natur auffindbaren, kausal bestimmten, „organisierten Zellhaufen“ zu begreifen. Der Mensch wird erst zur *Person*, wenn die Rechtsordnung ihm Rechte und Pflichten verleiht.³⁶ Als „Gegenprobe“ dazu nehme ich wieder das Bsp jemandes, dem in der Geschichte „Rechtspersönlichkeit“ abgesprochen wurde. Die Sklavin ist keine Person, aber bloß deshalb, weil sie keine Rechte und Pflichten hat. Eine typisch *Kelsen'sche* Umkehrung, würde man doch geneigt sein zu behaupten, Sklavinnen hätten deshalb keine Rechte, weil sie keine Personen seien. Darin zeigt sich der radikal antiessentialistische Zug in *Kelsens* Denken: Nicht das „Wesen“ der Dinge ist der Grund für ihre rechtliche Stellung, sondern umgekehrt, das von Menschen gemachte,

34 Vgl *Kelsen*, RR 94.

35 Was wohlgemerkt keineswegs zwingend ist; die Bewegung, Tieren Rechtspersönlichkeit zuzuerkennen, geht genau gegen diese Einschränkung vor. Vgl zB *Pavlidis*, *Leinwandmesser und Co – human gelesen*, juridikum 2014, 441.

36 Vgl *Kelsen*, RR 177.

positive Recht gibt den Dingen erst ihr rechtliches „Wesen“. In der Natur sind wir alle nur Menschen. Erst das Recht macht die Unterscheidung zwischen Person und Nicht-Person; In anderen Worten: Die von Menschen gewollte Zurechnung wählt aus der ewigen Kausalitätskette jene Glieder aus, an die sie Folgen knüpft – oder eben auch nicht.

Dies lässt sich auf alle sog „rechtserheblichen“ Eigenschaften des Menschen übertragen. *Kelsens* Gedanken weiterspinnend zeigt sich in diesem Lichte auch die rechtlich institutionalisierte binäre Geschlechterordnung, das Geschlecht überhaupt als eine normative, dh im Reich des Sollens verhaftete Konstruktion: Es ist das von Menschen geschaffene Recht, welches das Neugeborene zu „Mann“ oder „Frau“ erklärt, indem es diese Kategorien vorsieht und verschiedene Rechtsfolgen mit ihnen verbindet und nicht ein „vorrechtliches“ Geschlecht, dessen angebliches „Wesen“ sich im Recht wiederfindet. Gäbe es diese Zurechnungskriterien nicht, dann gäbe es *im Recht* auch kein Geschlecht; so wie die Haarfarbe keine rechtliche Kategorie und damit rechtlich inexistent ist.

Doch auch die Konstruktion der Person selbst trägt noch einen Rest an Essentialismus in sich. Eigentlich ist auch die Rechtsperson für *Kelsen* nur ein Inbegriff von Rechten und Pflichten, die sich auf den so bezeichneten Menschen beziehen.³⁷ Die Person – nicht mehr als eine „*Teilrechtsordnung*“.³⁸

8. Schluss

Wie wir gesehen haben, erweist sich die Sein-Sollen-Dichotomie als elementar für viele unserer Begriffe, wenn wir sie „kelsenianisch“ durchleuchten. Um in *Kelsens* Metaphorik zu bleiben: Wie ein Schleier legt sich das Sollen über die Welt und lässt sie in einem anderen – dem rechtlichen – Licht erscheinen. Was liegt nun hinter dem Schleier des Rechts? Es ist die lebendige, soziale Realität, die nicht immer schön ist, die oft kritikwürdig ist, aber für *Kelsen* dennoch für seinen Rechtsbegriff maßgeblich bleibt. Mit einem Wort: Das pralle Leben ist es, das hinter dem Schleier des Rechts liegt, also alles andere als das mystische Reich des Sollens. *Kelsen* ist hier eigentümlich ambivalent: Einerseits nimmt er die Gesellschaft hin, wie sie sich ihm faktisch darstellt, andererseits deckt er schonungslos die Einwirkungen der herrschenden Verhältnisse auf das Recht auf und zeigt, dass sich im Recht keine vorrechtlichen „Wesensbegriffe“ verwirklichen. Er legt dar, dass unsere „liebgewonnenen“ Rechtsinstitute, wie zB die Ehe, nicht naturgegeben sind, sondern von Menschen gemacht und daher auch von Menschen änderbar sind. *Kelsens* Betonung der Notwendigkeit menschlicher Willensakte im Recht bewahrt auch vor der Annahme, die „einzig richtige“ Entscheidung könnte *more geometrico* aus den Gesetzen deduziert werden. Immer bleibt ein Rest an Entscheidungsspielraum,³⁹

37 Vgl *Kelsen*, RR 177.

38 Vgl *Kelsen*, HPS XIX.

39 Vgl *Kelsen*, RR 348f.

den *Kelsen* nicht idealistisch verleugnet, sondern realistisch in die Rechtstheorie eingebettet hat.

Hier fällt auf, dass sich *Kelsens* Reine Rechtslehre ihr Anliegen zumindest teilweise mit den (heute schon wieder weniger populären) Critical Legal Studies teilt.⁴⁰ Beiden geht es darum, die unausgesprochenen Vorannahmen der Jurisprudenz ihrer Zeit aufzudecken, beide bestreiten, dass es die eine einzig wahre Lösung für jedes Rechtsproblem gibt, beide gestehen zu, dass Rechtsanwendung letztlich (auch) Politik ist.⁴¹ Diese Parallelen zu untersuchen, ist eine noch zu erfüllende Aufgabe. Das Denken in Dichotomien, so hat sich gezeigt, ist jedenfalls sehr fruchtbar. Freilich kann die Reduzierung auf binäre Unterscheidungen dazu führen, Gesichtspunkte, die sich nicht so gut einfügen lassen, gleich ganz auszublenden. Doch sind Sein und Sollen die denkbar weitesten Kategorien und wie wir gesehen haben, schließen sie einander keineswegs aus.

Mag. Ulrich Wagrandl ist Universitätsassistent am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität Wien; ulrich.wagrandl@univie.ac.at

40 So auch *Guerrero*, Was wir Jusstudierenden verschweigen, *juridikum* 2015, 133 (134).

41 Zu den Zielen der Critical Legal Studies vgl auch *Unger*, The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Task (2015).

Entsetzungen des Rechts

Transformationen der Rechtsgewalt bei *Giorgio Agamben* und *Christoph Menke*

Sergej Seitz

1. Einleitung

Vor dem Recht – die Gewalt. Spätestens seit *Hobbes* ist die Notwendigkeit der Einsetzung von Recht zur Beendigung ursprünglicher Gewaltverhältnisse zu einem Grundtopos der modernen Rechtsphilosophie geworden. Recht wird demnach mit dem Anspruch instituiert, den ursprünglich gewaltsamen Verhältnissen der Menschen zueinander ein Ende zu setzen. Zur Verwirklichung dieses Anspruchs bedarf das Recht, wie sich ebenfalls bereits bei *Hobbes* zeigt, jedoch selbst der Gewalt oder ihrer Androhung: „Wie, hat nicht Kain seinen Bruder aus Neid ermordet? Würde er das wohl gewagt haben, wenn schon damals eine allgemein anerkannte Macht, die eine solche Greuelthat hätte rächen können, dagewesen wäre?“¹ Insofern Recht darüber hinaus seine Institutionierung erst nachträglich im Rahmen seiner eigenen Ordnung rechtfertigen kann, hat nicht nur die Erhaltung und Durchsetzung, sondern auch jede Einsetzung von Recht strukturell gewaltsamen Charakter. Die Entgegensetzung von Recht und Gewalt einerseits und die untilgbare Immanenz von Gewalt im Recht andererseits bilden die zwei Seiten eines Paradoxons, an dem sich die Rechtsphilosophie seit langem abarbeitet. „Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei“, heißt es bei *Kant*.²

Die Frage, wie das Verhältnis von Recht und Gewalt theoretisch zu fassen und wie mit der Rechtsgewalt institutionentheoretisch umzugehen ist, ist in der Rechtsphilosophie umstritten.³ Insbesondere für poststrukturalistische Ansätze abseits des rechtstheoretischen Mainstreams stellt *Benjamins* Text „Zur Kritik der Gewalt“ (1921) dabei einen zentralen Referenzpunkt der Überlegungen dar.⁴ Mit *Agamben* (2003) und *Menke*

1 Hobbes: *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*. Hg v Iring Fetscher, Frankfurt/M: Suhrkamp 1994, 97.

2 Kant: *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt/M: Suhrkamp 2009 [1797], 339.

3 Während liberalistische Konzeptionen wie diejenigen von *Rawls* und *Dworkin* die Frage nach der Gewaltbarkeit des Rechts strukturell ausblenden, haben im deutschsprachigen Raum etwa *Habermas* und *Luhmann* wirkmächtige theoretische Ansätze zu dieser Frage vorgelegt. Vgl John Rawls: *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt/M: Suhrkamp 1979; Ronald Dworkin: *Law's Empire*. Cambridge (MA): Belknap 1986; Habermas: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt/M: Suhrkamp 1992; Luhmann: *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag 1987. Vgl hierzu auch Menke: *Recht und Gewalt*. Berlin: August 2011, 105, Anm 5.

4 Eine der prominentesten Lektüren von Benjamins Aufsatz hat *Derrida* vorgelegt, in *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*. Frankfurt/M: Suhrkamp 1991.

(2011) haben rezent zwei einflussreiche Autoren in Auseinandersetzung mit *Benjamin* Ansätze vorgelegt, die zum einen den Umstand anerkennen, dass die Gewalt des Rechts nicht einfach zu überwinden ist, und zum anderen dennoch versuchen, „utopische“ Perspektiven offenzuhalten, in denen grundlegende Transformationen der Rechtsgewalt in Aussicht gestellt werden. Im Folgenden werden diese beiden Ansätze in ihrer jeweiligen Spezifik dargestellt und kritisch evaluiert. Dabei führe ich zunächst einige zentrale Überlegungen *Benjamins* an, die für das Verständnis der Positionen *Agambens* und *Menkes* notwendig sind (2.). Davon ausgehend wird dargestellt, wie *Agamben* (3.) und *Menke* (4.) produktiv an *Benjamin* anschließen, um ausgehend von *Benjamins* auslegungsbedürftiger Idee einer „Entsetzung des Rechts“ in je eigener Weise Leitlinien einer Transformation der Rechtsgewalt zu skizzieren. Abschließend werden beide Konzeptionen mit einer kritischen ‚metatheoretischen‘ Rückfrage konfrontiert (5.), die den Umstand betrifft, dass im Anschluss an *Benjamin* die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gewalt auf das Problem der Gewalt der Rechtsform oder Rechtsförmigkeit normativer Ordnungen zugespitzt wird, wodurch tendenziell die nicht minder dringliche Problematik der Gewaltsamkeit von Rechtsinhalten und die damit verbundene Frage nach der Ausarbeitung normativer Kriterien gerechten Rechts aus dem Blick zu geraten droht.

2. „Entsetzung des Rechts“ – *Benjamins* „Kritik der Gewalt“

Benjamins „Kritik der Gewalt“ gilt als notorisch schwierig.⁵ Eine zentrale Schwierigkeit liegt bereits im Ansatz, das Verhältnis von Recht und Gewalt nicht in Bezug auf die Gewaltsamkeit inhaltlicher Rechtsbestimmungen, sondern in Bezug auf die formale Gestalt des Rechts als solcher zu thematisieren. Objekt der Kritik ist nicht die Gewalt *im* Recht oder die Gewalt, die *durch* dieses oder jenes Recht ins Werk gesetzt wird, sondern die Gewalt *des* Rechts an sich als maßgeblicher Form gesellschaftlicher Normativität. Die Grundproblematik des Rechts liegt für *Benjamin* darin, dass das Recht alle intersubjektiven Verhältnisse instrumentell überformt, dh dass in rechtsförmigen Gesellschaften menschliche Handlungen primär unter dem Paradigma der Zweckrationalität in den Blick geraten. Nach *Benjamin* bildet das Zweck-Mittel-Schema das „elementarste Grundverhältnis einer jeden Rechtsordnung“⁶. Im Rahmen rechtlich geprägter Sozialität werden demnach tendenziell alle menschlichen Beziehungen zu instrumentellen Beziehungen umgebogen. Auch Gewalt kann damit nur als Mittel zu gerechten oder ungerechten Zwecken in Betracht kommen. Gegen diese Herrschaft des Instrumentellen zielt *Benjamin* darauf ab, eine andere Gewalt zu denken, „die von so umstürzlerischer

5 Eine sehr klare Darstellung liefert Honneth: „Zur Kritik der Gewalt“, in: Burkhardt Lindner (Hg): *Benjamin-Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*. Stuttgart/Weimar: Metzler 2011, 193–210, 193.

6 Benjamin: „Zur Kritik der Gewalt“, in: Ders: *Gesammelte Schriften 2/1*. Frankfurt/M: Suhrkamp 2014 [1921], 179–203, 179.

Art ist, daß sie der gewaltsamen Institution des Rechts im Ganzen ein Ende bereiten kann.“⁷

Das Gewaltmonopol des Rechts ist demnach auf die Selbsterhaltung der Rechtsinstitution hin ausgelegt. Das Recht sichert nicht zuvorderst die gesellschaftliche Ordnung, sondern seinen eigenen Fortbestand. Jede rechtsexterne Gewalt kommt für das Recht als Bedrohung in Betracht, die aufgrund ihres „bloße[n] Dasein[s] außerhalb des Rechts“⁸ unterbunden werden muss. Das Recht unterbindet Gewalt, um sich selbst zu erhalten, da in jeder nichtrechtlichen Gewalt die Möglichkeit latent ist, neues Recht zu setzen. Demgemäß gibt es für *Benjamin* in rechtsförmigen Gesellschaften nur zwei Formen von Gewalt: *rechtsetzende* und *rechtserhaltende*. Jedes gegebene Recht geht auf einen rechtsetzenden Gewaltakt zurück, und dieser gewaltsame Ursprung des Rechts findet sich in jedem rechtserhaltenden Akt repräsentiert. Jede Art von Gewalt, die gegen bestehendes Recht ausgeübt wird, wird selbst wiederum zu potentiell rechtsetzender Gewalt. Gerade im konkreten staatlichen Kontext lassen sich, wie *Benjamin* argumentiert, die beiden Funktionen der Rechtssetzung und der Rechtserhaltung nicht immer sauber voneinander unterscheiden. So erscheint ihm die Polizei als Institution, in der die „Trennung von rechtsetzender und rechtserhaltender Gewalt aufgehoben ist“, insofern sie „zwar eine Gewalt zu Rechtszwecken (mit Verfügungsrecht) [ist], aber mit der gleichzeitigen Befugnis, diese in weiten Grenzen selbst zu setzen (mit Verordnungsrecht)“.⁹

Für ihn erscheint insgesamt die Geschichte des Rechts als *schicksalhafter* Gewaltzusammenhang, in dem rechtsetzende und rechtserhaltende Gewalt endlos changieren und die instrumentelle Gestalt intersubjektiver Verhältnisse perpetuieren. Jede Bestrebung, das Recht zu verbessern, selbst jede radikale Umwälzung, verbleibt – solange sie Rechtsform annimmt – im ‚Bannkreis‘ schicksalhafter Gewalt verhaftet.

Die „Entsetzung des Rechts“,¹⁰ die Befreiung der menschlichen Verhältnisse von schicksalhafter Rechtsgewalt, kann für *Benjamin* damit nur durch eine andere Gewalt erfolgen, die mit dem Recht die Herrschaft des instrumentellen Paradigmas radikal bricht. Eine solche Gewalt dürfte nicht selbst wiederum Mittel zu einem gerechten Zweck sein, sondern müsste als „reine Gewalt“ fungieren, die „überhaupt nicht als Mittel zu [Zwecken], vielmehr irgendwie anders, sich verhalten würde“.¹¹ Hier tritt in *Benjamin*s Text Gott selbst auf: Reine Gewalt wäre als göttliche Manifestation denkbar, wie im Zorn Gottes, der sich nicht auf einen bestimmten Zweck richtet, sondern *unmittelbarer* Ausdruck göttlicher Gerechtigkeit ist. Diese „göttliche Gewalt“¹² manifestiere sich, ohne Recht zu setzen, sie sei vielmehr radikal rechtsvernichtend. Ein Abglanz göttlicher Gewalt fällt dabei auch auf die „revolutionäre Gewalt“, die „die höchste Manifestation

7 Honneth: Kritik, 193.

8 Benjamin: Kritik, 183.

9 Ebd., 189.

10 Ebd., 202.

11 Ebd., 196.

12 Ebd., 200.

reiner Gewalt durch den Menschen“ darstelle.¹³ Die wahrhafte Revolution wäre demnach nicht die Instituierung eines endlich gerechten Rechts, sondern die Manifestation einer anderen – einzig wahrhaft gerechten, weil nicht mehr auf Mittel-Zweck-Relationen bezogenen – Form von Normativität, welche die Menschen endgültig vom Schicksal des Rechtlich-Instrumentellen befreit.

Derrida hat darauf hingewiesen, dass *Benjamins* Fiktion der Rechtszerstörung ungewollt und in gleichsam gespenstischer Weise die Vernichtungslogik des Nationalsozialismus antizipiert.¹⁴ *Benjamins* Konzeption einer schicksalsmäßigen und gleichwohl überwindbaren Rechtsgewalt ist demnach nicht nur aufgrund ihrer unvermittelten Einführung Gottes als *deus ex machina* argumentativ hochproblematisch, sondern auch in Hinblick auf ihre impliziten Konsequenzen fatal. Die Vorstellung der Rechtsgewalt als eines Schicksals, das durch die Aufbietung reiner unmittelbarer Gewalt zu überwinden wäre, wird in neueren Auseinandersetzungen, die an Benjamin'sche Motive produktiv und kritisch anzuschließen versuchen, zurückgewiesen. *Agamben* und *Menke* halten dabei an dem zentralen Gedanken der *Schicksalhaftigkeit* der Rechtsgewalt fest, die es zu durchbrechen gilt.¹⁵ Sie versuchen diese Forderung jedoch anders einzulösen als durch den Bezug auf reine Gewalt, die im Sinne eines göttlichen Schlages das Recht selbst entsetzt. „Entsetzung des Rechts“ muss demnach etwas anderes bedeuten als die völlige Aufhebung des Rechts; sie kommt, wie in der Folge nachvollzogen werden soll, bei *Agamben* als *anderes Verhältnis zum Recht* und bei *Menke* als *anderes Verhältnis des Rechts zu sich selbst* zum Ausdruck.

3. Gewalt der Interpretation: *Agambens* Utopie des Studiums

In seinem *Homo-sacer*-Projekt,¹⁶ das die Wurzeln der modernen Biopolitik bis in die Antike zurückverfolgt, untersucht *Agamben* die verschiedenen geschichtlichen Konstellationen zwischen der Norm und dem der Norm unterworfenen Leben. Er stellt insbesondere die Frage, wie rechtlich-normative Ordnungen das Leben als Anderes des Rechts und der Norm konstituieren. Damit ist die Überlegung gemeint, dass die Einsetzung rechtlicher Normativität als Negativfolie wesentlich für den Begriff eines als ungenormten, natürlichen oder bloßen Lebens ist. Leitend ist dabei der Gedanke, dass das Recht sich nicht einfach auf ein bereits bestehendes bloßes Leben vor der Norm bezieht, sondern dass allererst durch die Instituierung von Recht Leben als außerhalb des Rechts stehend konstituiert wird.

Von besonderem Interesse ist für ihn dabei das juristische Dispositiv des Ausnahmezustands – der dem Recht eingeschriebenen Möglichkeit der Rechtssuspendierung –, in dem die Grenze zwischen dem Recht und dem Außerrechtlichen in paradigmatischer Weise

13 Ebd., 202.

14 Vgl. *Derrida*: *Gesetzeskraft*, 115-125.

15 Vgl. *Agamben*: *Ausnahmezustand*. Frankfurt/M: Suhrkamp 2004, 65; *Menke*: *Recht*, 53.

16 Vgl. *Agamben*: *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*. Frankfurt/M: Suhrkamp 1995.

zutage tritt. *Agamben* bezieht sich dabei auf *Carl Schmitts* Definition der Souveränität als Entscheidungsgewalt über den Ausnahmezustand. *Agamben* versucht zu zeigen, dass *Schmitts* Konzept des Ausnahmezustands als Antwort auf *Benjamins* Denken einer reinen, rechtsfremden Gewalt gelesen werden kann: Während *Benjamin* die Möglichkeit einer absolut außerrechtlichen, reinen Gewalt denkbar zu machen versucht, geht es „für Schmitt darum, eine solche Gewalt in den Rechtskontext zurückzuholen. [...] Für Schmitt kann es so etwas wie eine reine, absolut außerhalb des Gesetzes stehende Gewalt nicht geben, denn mit dem Ausnahmezustand ist sie durch eben ihr Ausgeschlossensein ins Recht eingeschlossen.“¹⁷ Mit der Profilierung des Ausnahmezustands als Grenze des Rechts fügt *Schmitt* der Unterscheidung von rechtsetzender und rechtserhaltender Gewalt eine *rechtssuspendierende* Gewalt hinzu und verrechtlicht damit, wie *Agamben* argumentiert, die die Rechtsordnung aufhebende Gewalt. Wenn der Ausnahmezustand die Schnittstelle markiert, an der das Recht sein Verhältnis zum Nichtrecht regelt, könnte man folglich in Bezug auf *Schmitt* von einer ‚Verrechtlichung der Grenze des Rechts‘ sprechen.

Agamben bezieht sich auf *Benjamin*, um entgegen der *Schmitt'schen* Konzeption das Problematische dieser Verrechtlichung der Grenze des Rechts durch den Begriff des Ausnahmezustands aufzuzeigen. Während das Dispositiv des Ausnahmezustands dazu da ist, „die Norm anwendbar zu machen, indem ihre Wirkung zeitweilig suspendiert wird“,¹⁸ macht *Benjamin* in seiner 8. These über den Begriff der Geschichte darauf aufmerksam, dass „der ‚Ausnahmezustand‘, in dem wir leben, die Regel ist. Wir müssen zu einem Begriff der Geschichte kommen, der dem entspricht. Dann wird uns als unsere Aufgabe die Herbeiführung des wirklichen Ausnahmezustands vor Augen stehen“.¹⁹ Als Evidenz für diese von *Benjamin* behauptete Ununterscheidbarkeit von Regel- und Ausnahmezustand führt *Agamben* den NS-Staat an, in dem der 1933 ausgerufenen Ausnahmezustand Zeit seines Bestehens nie zurückgenommen worden war.

Wenn der Ausnahmezustand dergestalt zur Regel wird, dass keine Möglichkeit mehr bleibt, zwischen dem normalen Funktionieren des Rechts und seiner souveränen Suspendierung zu unterscheiden, dann ist er damit als juridisches Dispositiv insgesamt in Frage gestellt: „Der Versuch der Staatsmacht, sich die Anomie durch den Ausnahmezustand einzuverleiben, wird von Benjamin bloßgestellt als das, was er ist: eine *fictio iuris* par excellence, die vorgibt, das Recht genau dort, wo es suspendiert ist, als Gesetzeskraft aufrechtzuerhalten.“²⁰ Mit dem Ausdruck „Gesetzeskraft“ verweist *Agamben* auf die Unmöglichkeit, im Ausnahmezustand rechtliche und nichtrechtliche Kraft bzw. Gewalt auseinanderzuhalten. Schicksalhafte Rechtsgewalt wird im perpetuierten Ausnahmezustand auf die Spitze getrieben; es oszillieren „reine Geltung ohne Anwendung

17 *Agamben: Ausnahmezustand*, 66.

18 Ebd., 70.

19 Benjamin: „Über den Begriff der Geschichte“, in: Ders.: *Gesammelte Schriften* 1/2, Frankfurt/M.: Suhrkamp 1974, 697.

20 *Agamben: Ausnahmezustand*, 71.

[...] und reine Anwendung ohne Geltung“ in einer gleichsam gespenstischen „Gesetzeskraft“.²¹ *Agambens* kontroverse These lautet, dass *Benjamins* Beobachtung vom Zusammenfallen von Regel und Ausnahme nicht nur für die NS-Diktatur zutrifft, sondern auch im gegenwärtigen Rechtskontext virulent ist. Die biopolitische Struktur des gegenwärtigen Rechts, das immer stärker auf das bloße, außerrechtliche Leben Bezug nimmt und dieses vereinnahmt, führt nach *Agamben* zu einer umfassenden Grauzone zwischen Recht und Außerrechtlichem.

Wie könnte nun ein ‚wirklicher Ausnahmezustand‘ gedacht werden, der den Zirkel der Rechtsgewalt aufbricht? Während, wie *Agamben* mit *Benjamin* festhält, im zur Regel gewordenen Ausnahmezustand Rechtskraft und anomische Gewalt ununterscheidbar werden, würde ein ‚wirklicher Ausnahmezustand‘ oder eine ‚Entsetzung des Rechts‘ auf der „Auflösung des Verhältnisses von Gewalt und Recht“²² beruhen.

Entscheidend dabei ist, dass *Agamben* nicht davon ausgeht, dass die Gewalt des Rechts einfach zum Verschwinden gebracht werden könnte. Vielmehr müsse sie im Sinne eines anderen Verhältnisses zum Recht umgelenkt werden. *Agamben* bezieht sich hierbei auf *Benjamins* Lektüre der *Kafka*-Erzählung „Der neue Advokat“, in welcher der Advokat Bucephalus, ehemals Streitross Alexanders des Großen (dh emblematischer Repräsentant der Gesetzeskraft), sich an das Studium der alten Rechtsbücher macht: „[D]as Recht, das nicht mehr praktiziert und nur studiert wird, ist die Pforte der Gerechtigkeit“.²³ In *Benjamins* Hinweis auf das Studium des Rechts sieht *Agamben* einen Ansatz zur Entsetzung des Rechts, zur Entkoppelung des Rechts von seiner Gewalt: „Einen Weg zur Gerechtigkeit zu bahnen heißt nicht Auslöschung, sondern Deaktivierung und Untätigkeit des Rechts“.²⁴ Das Recht soll nicht zerstört, sondern, seiner Anwendung beraubt, als Objekt des Studiums zum Spielball in Interpretationskonflikten werden, die nicht mehr durch Rechtsentscheide beizulegen sind. Wie ist jedoch eine derartige Transformation der Rechtsgewalt in Auslegungsgewalt genauer vorzustellen? *Agamben* liefert hier eine utopische Schilderung: „Eines Tages wird die Menschheit mit dem Recht spielen wie Kinder mit ausgedienten Gegenständen, nicht um sie wieder ihrem angestammten Gebrauch zuzuführen, sondern um sie endgültig von ihm zu befreien.“²⁵ Das Spiel der Rechtsauslegung soll das Band zerreißen, das das Recht an die Gewalt bindet. *Agamben* entfernt sich somit im Resultat weit von der göttlichen Zerstörungsphantasie *Benjamins*. Das Recht wird nicht mit einem Gewaltschlag entsetzt, sondern die Entsetzung oder „Befreiung“ von der Rechtsgewalt ist „Aufgabe des Studiums – oder des Spiels“.²⁶ Ein Recht, „das von jeder Disziplin und von jedem Verhältnis zur Souveräni-

21 Ebd, 73.

22 Ebd, 75.

23 Benjamin: „Franz Kafka. Zur zehnten Wiederkehr seines Todes“, in: *Benjamin über Kafka*, hg v Schweppenhäuser. Frankfurt/M: Suhrkamp 1981, 9-38, 37.

24 *Agamben*: *Ausnahmezustand*, 77.

25 Ebd, 77.

26 Ebd

tät frei wäre“,²⁷ und von dem kein anderer Gebrauch als der des Studiums gemacht würde, wäre, wie *Agamben* argumentiert, von Gesetzeskraft entkoppelt. An deren Stelle träte die völlige Trennung des Rechts von seiner Anwendungs- und Durchsetzungsgewalt. Der Gedanke einer Kanalisierung der Rechtsgewalt ins Studium soll dabei der Einsicht Rechnung tragen, dass die Gewalt des Rechts nicht einfach verpuffen kann; insofern geht es *Agamben* nicht um eine Abschaffung der Gewalt des Rechts, sondern um eine Überwindung ihrer Schicksalhaftigkeit im endlosen Zirkel aus Einsetzung, Erhaltung und Suspendierung des Rechts.

4. Selbstreflexivierung des Rechts: *Menkes* Utopie der Gleichberechtigung

Benjamin erachtet die Rechtsgewalt als durch reine, göttliche Gewalt zerstörbar. *Agamben* bringt gegen diese Fiktion der Rechtszerstörung die Utopie einer umfassenden Entkoppelung des Rechts von seiner Gewalt durch den anderen Gebrauch vom Recht im Studium ins Spiel. Aus *Menkes* Perspektive wären beide Konzeptionen zurückzuweisen, da es für ihn vielmehr gilt, den Zusammenhang von Recht und Gewalt rückhaltlos anzuerkennen.²⁸ Denn es gibt kein Recht, das nicht zumindest insofern gewaltsam ist, als es sich gegen sein Außen – das Nichtrechtliche – unter Bezug auf Kriterien abheben muss, die Kriterien des Rechts und nicht des Außerrechtlichen sind. Dabei geht *Menke* ebenfalls davon aus, dass das Außerrechtliche nicht vor der Einsetzung des Rechts besteht, sondern erst durch die Einsetzung des Rechts als dessen Anderes mit hervorgebracht wird: „Die Durchsetzung des Rechts gegen das Nichtrecht kann niemals gelingen, weil das Recht in seinem Durchsetzen das, wogegen es sich richtet, selbst hervorbringt. [...] Das Recht kann den Akt seiner Einsetzung nicht hinter sich lassen. Ihn endlos wiederholen zu müssen ist das Schicksal oder die Gewalt des Rechts.“²⁹ Recht ist wesentlich an die Gewaltsamkeit seines Bezugs aufs Nichtrechtliche gebunden. Die Scheidung des Rechts vom Nichtrechtlichen ist die Innovation, die mit der Einsetzung des Rechts selbst einhergeht. Wie er mit Blick auf die griechische Tragödie ausführt, setzt das Recht, indem es die Ordnung der Rache beendet, die ihm historisch vorausgeht, einen Raum des Außerhalb des Rechts. Das Recht bringt „eine Möglichkeit hervor, die in der Ordnung der Rache gänzlich unbekannt, ja undenkbar war: die Möglichkeit eines Außerhalb der Gerechtigkeit; die Möglichkeit der Nicht-Gerechtigkeit – eines Wollens und Handelns diesseits der normativen Orientierung an Gerechtigkeit überhaupt.“³⁰ Während die normative Ordnung der Rache kein Außen zulässt (jeder ist entweder gerecht oder ungerecht), beruht das Recht demnach wesentlich auf der Möglichkeit, sich außerhalb des Gemeinwesens zu stellen und die Ordnung der gleichen

27 Ebd, 76.

28 Vgl *Menke: Recht*, 7-8.

29 Ebd, 55.

30 Ebd, 36.

Bürger zu verlassen, in der allein zwischen Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit unterschieden werden kann.

Soll nun schicksalhafte Gewalt, die im Recht weiterwirkt, weil es ständig die gewaltsame Geste seiner Einsetzung gegen das Außerrechtliche wiederholen muss, durchbrochen werden, bedarf es nach *Menke* der Implementierung eines Moments der Selbstreflexion des Rechts. Diese Reflexion auf seine eigene, immanente Gewaltsamkeit wäre demnach die einzige Option, wenn Recht strukturell und unüberwindbar an Gewalt gebunden ist. Ein selbstreflexives Recht weiß um die Gewaltsamkeit seines Zugriffs aufs Außerrechtliche.³¹ Manifeste Formen selbstreflexiven Rechts findet man, wie *Menke* erläutert, im modernen Recht etwa im Recht zu schweigen, dh in der rechtlichen Anerkennung rechtsfremder Kommunikationsformen, und in der Rechtsunfähigkeit, durch die das Recht Individuen vom Gebot der Autonomie, also gerade vom Ursprungsgebot des Rechts „Sei eine Person!“³² befreit.

Derartige moderne Liberalisierungen gehen jedoch nach *Menke* nicht weit genug, da sie nur die „Reichweite“ des Rechts begrenzen, seine „Urteilsweise“ jedoch unangetastet lassen.³³ Diese Veränderung in der Art und Weise des rechtlichen Urteilens markiert bei ihm den Fluchtpunkt des Utopischen. Seine Version der „Entsetzung des Rechts“ besteht in einer besonderen Form des Urteilens, die den Widerstreit zwischen Recht und Außerrechtlichem nicht verdrängt, sondern reflektiert.

Menke erläutert dies mit Bezug auf *Heiner Müllers* Stück *Wolokolamsker Chaussee I*. Dort verurteilt der Kommandeur eines sowjetischen Batallions einen desertierten Gruppenführer zum Tode, wobei der Kommandeur offen lässt, ob sein Urteil rechtmäßig ist. Kurz vor der Erschießung widerruft der Kommandeur den Befehl und begnadigt den Verurteilten. In einem weiteren Umschlag der Handlung erteilt der Kommandeur jedoch einen zweiten Erschießungsbefehl und der Verurteilte wird schließlich exekutiert: „ich ließ ihn erschießen und nach dem Kriegsrecht.“³⁴ Die Wendung „und nach dem Kriegsrecht“ ist für *Menke* zentral, zumal der Kommandeur weder behauptet, außerrechtlich gehandelt zu haben, noch, dass sein Exekutionsbefehl einfach aus dem Recht gefolgt wurde. Dieser zweite Befehl sei utopisch, insofern er „nach dem Kriegsrecht und im Verhältnis zum Nichtrecht“ erfolgt,³⁵ also Recht und Nichtrecht nicht mehr hierarchisch

31 Dass das Verhältnis des Rechts zu seinem Außen ein gewaltsames ist, und dass sich das Recht zu dieser Gewaltsamkeit zu verhalten hat, ist dabei keineswegs ein neuer Gedanke. Bereits *Aristoteles* argumentiert im Sinne des Begriffs der Güte oder Billigkeit (*epieikeia*) für die Notwendigkeit, die gewaltsame Allgemeinheit des Gesetzes unter Bezug auf den je singulären Einzelfall zu korrigieren: Jede Subsumtion von Besonderem (von singulären Einzelfällen) unter Allgemeines (unter ein allgemeines Gesetz) hat demnach strukturell gewaltsamen Charakter. Diese Gewaltsamkeit der Subsumtion des Besonderen unter das Allgemeine soll über den Rekurs auf den Begriff der Billigkeit eingedämmt und korrigiert werden. Nach *Aristoteles* ist das Billige oder „Gütige ein Gerechtes“, es gehört also durchaus dem Begriffsumfang der Gerechtigkeit an, zugleich aber ist es als Form der Gerechtigkeit „ein höherer Wert als [...] das infolge seiner allgemeinen Fassung Fehlern unterworfenen Gerechte“ (*Aristoteles*, *Nik Eth V* 14,1137 b).

32 Hegel: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt/M: Suhrkamp 2004 [1820], § 36.

33 *Menke*: *Recht*, 86.

34 Müller: „Wolokolamsker Chaussee I“, in: Ders: *Shakespeare Factory I*. Berlin: Rotbuch, 241-250, 249.

35 *Menke*: *Recht*, 100.

scheidet, sondern als „gleichberechtigt“ offenbart: „Das Utopische seines Befehls liegt in seinem Wie: darin, dass er das Recht im Bezug zum Nichtrechtlichen selbst zu etwas Nichtrechtlichem entsetzt.“³⁶ Für die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gewalt bedeutet diese Veränderung der Urteilsweise, in der Rechtliches und Nichtrechtliches im Rahmen rechtlichen Entscheidens selbst als gleichberechtigt auftreten, wiederum kein Ende der Rechtsgewalt, sondern die utopische Perspektive auf ein Recht, das die Gewaltbarkeit seiner Form selbstreflexiv zum Anlass der Revision seiner eigenen prozeduralen Verfahrensweisen nimmt. Das Recht bleibt damit strukturell gewaltsam, aber die Schicksalhaftigkeit der Rechtsgewalt wird zugunsten der Gleichberechtigung des Rechts und seines Anderen im Rahmen einer anderen, selbstreflexiven Urteilsweise aufgehoben. Offen bleibt in *Menkes* Ausführungen, wie Selbstreflexivität konkreter in die Funktionsweise der Rechtsinstitution eingeschrieben werden könnte, wie also ein „entsetztes“ Recht konkreter zu denken sei, das in sich selbst die Logik einer Urteilsweise aufnimmt, in der Recht und Außerrechtliches gleichberechtigt sind.

5. Formale Kritik der Rechtsgewalt und die Kritik der Rechtsinhalte

Im Rahmen dieser knappen Übersicht sollte gezeigt werden, wie *Agamben* und *Menke Benjamins* Wendung von der „Entsetzung des Rechts“ produktiv aufnehmen und in unterschiedlicher Weise ausbuchstabieren. Dass sowohl *Agamben* als auch *Menke* ihre Konzeptionen der „Entsetzung des Rechts“ als Utopien formulieren und damit die institutionentheoretische Fragestellung nach der strukturellen Beschaffenheit entsetzten Rechts hintanstellen, mag skeptische Rückfragen auf den Plan rufen. Ich möchte zum Abschluss nur einen Punkt anführen, der mir auf beide Konzeptionen in unterschiedlichem Maße zuzutreffen scheint.

Dieser gewissermaßen ‚metatheoretische‘ Kritikpunkt betrifft den *Benjamin’schen* theoretischen Rahmen, auf den *Agamben* und *Menke* sich berufen (auch wenn sie jeweils kreativ damit umgehen). Dieser Rahmen fixiert, wie ich in der Darstellung sowohl von *Agambens* als auch von *Menkes* Version der Rechtsentsetzung deutlich zu machen versuchte, die Aufmerksamkeit auf die Gewalt der Rechtsform und nicht auf die Gewalt konkreter Rechtsinhalte. Damit stellt sich die Frage, worin der Anspruch kritischer Rechtsphilosophie zu verorten ist, wenn die Kritik der Rechtsgewalt letztlich alles Recht einem generellen Verdacht unterstellt. Anders formuliert: Der extrem grobkörnige *Benjamin’sche* Rahmen verpflichtet auf die Beantwortung der Gretchenfrage: „Wie hast du’s mit dem Recht?“

Agamben legt in der Tat keine Kriterien zur Beurteilung bestimmter Rechte oder Rechtsverhältnisse vor. Selbst im kontrafaktischen Fall, dass ein Recht vorläge, das alle von ihm irgendwie Betroffenen in allen Einzelheiten akzeptieren könnten, müsste es bloß

36 Ebd., 101.

aufgrund seiner formalen Gestalt entsetzt werden, um eine „Pforte zur Gerechtigkeit“ zu öffnen.

Von *Menke* her jedoch könnte dagegen geltend gemacht werden, dass Selbstreflexivität als normatives Kriterium zur Evaluation von Rechtsinstituten gedeutet werden könnte. Demnach wäre ein Rechtsinstitut gerecht, wenn es selbstreflexiv die Gleichberechtigung von Recht und Außerrechtlichem ins Werk setzt und damit den Herrschaftsanspruch des Rechts über das Außerrechtliche immanent subvertiert. Im Rahmen einer feinkörnigeren Kriteriologie könnte das Moment der Selbstreflexivität folglich als ein Kriterium unter anderen fungieren, ich sehe jedoch nicht, inwiefern Selbstreflexion als Programm zur Instituierung gerechten Rechts genügen könnte, oder inwiefern alle Gerechtigkeitsansprüche an das Recht auf den Anspruch der Selbstreflexion zurückzuführen wären. Damit möchte ich darauf hinweisen, dass die berechtigte Kritik der Rechtsgewalt im Sinne einer Kritik an der formalen Struktur des Rechts nicht die ebenfalls berechtigte – und dringliche – Kritik der Rechtsinhalte außen vor lassen darf. Eine produktive Kritik der Rechtsgewalt müsste beide Aspekte ineinander verschränken. *Menkes* Position scheint mir hier anschlussfähiger zu sein als die Konzeption *Agambens*, die bloß die Hoffnung auf eine anarchische Gesellschaft in Anschlag bringt, in der die Möglichkeit, Konflikte als Rechtskonflikte zu behandeln, einfach ausgeschlossen wird und in der auch nicht mehr die Frage nach der Gewaltsamkeit dieses Ausschlusses selbst gestellt werden kann. Denn schließlich gestalten sich politische Kämpfe oftmals als Kämpfe um Rechte und es wäre zu fragen, wie es um die Möglichkeit politischer Handlungsfähigkeit bestellt ist, wenn die Einforderung von Rechten in einer rechtsetzenden Gesellschaft keine Option mehr ist.

Die formale Kritik der Rechtsgewalt müsste demnach stärker mit der Frage nach normativen Kriterien für Rechtsinhalte und -strukturen verbunden werden. Ansätze wie die von *Agamben* und *Menke* haben eine wesentliche Stärke darin, dass sie aufgrund ihrer formal orientierten Fragerichtung die gewaltsamen Grundstrukturen des Rechts in den Fokus der Aufmerksamkeit rücken. Soll Recht jedoch nicht einfach seiner Gewalt enthoben werden wie bei *Agamben*, sondern, wie *Menke* argumentiert, sich zu dieser Gewalt reflexiv verhalten, muss weiter danach gefragt werden, welchen inhaltlichen Niederschlag die formale Forderung nach Selbstreflexion finden kann und wie sie sich zu anderen Forderungen (etwa der Begründung von Grund- und Menschenrechten) verhält, denen die kritische Rechtsphilosophie sich stellen muss. Von *Menkes Kritik der Rechte* sind hier wichtige Einsichten zu erwarten.³⁷

Mag. Sergej Seitz, MA ist Projektmitarbeiter am Institut für Philosophie der Universität Wien; sergej.seitz@univie.ac.at. Der vorliegende Beitrag wurde ermöglicht durch die Förderung vonseiten des FWF im Rahmen des FWF-Forschungsprojekts P 26579-G22 *Language and Violence. The Ethico-Political Turn to Language after the Linguistic Turn* am Institut für Philosophie der Universität Wien.

37 Vgl Christoph Menke: *Kritik der Rechte*. Berlin: Suhrkamp 2015.

Dichotomien in intimer PartnerInnengewalt unter Einschluss einer Genderperspektive

Eine psychologie-basierte Sicht

Heidi Siller / Margarethe Hochleitner

1. Einleitung

Interpersonelle Gewalt, die auch intime PartnerInnengewalt und häusliche Gewalt sowie familiäre Gewalt umfasst, hat in den vergangenen Jahren in der Forschung vermehrte Aufmerksamkeit erfahren. Das zeigt sich etwa in der gesteigerten Anzahl an einschlägigen Publikationen¹ sowie an spezifischen und auch neu eingerichteten (europäischen) Tagungen zu diesen Themen.²

Eine Genderperspektive wird in die Betrachtung intimer PartnerInnengewalt bzw. häuslicher Gewalt ua inkludiert, indem verschiedene Mechanismen diskutiert werden, die mit Geschlecht in Zusammenhang stehen und zu intimer PartnerInnengewalt beitragen können.³ So werden bspw. Macht- und soziale (Un-)Gleichstellungsfaktoren von Frauen und Männern und deren potentieller Einfluss auf intime PartnerInnengewalt diskutiert. Weiters werden Frauen und Männer in Bezug auf Betroffenheit und TäterInnenschaft erforscht und Erklärungsansätze zur Entstehung von intimer PartnerInnengewalt⁴ sowie zur Prävention von interpersoneller Gewalt aber auch speziell von intimer PartnerInnengewalt⁵ hervorgehoben. Bereits diese kurze Aufzählung lässt erkennen, dass Dichotomien die Auseinandersetzung strukturieren, da va Frauen und Männer miteinander verglichen werden. Dabei zeigt sich gleichzeitig die Verwobenheit von intimer PartnerInnengewalt mit Geschlecht bzw. Gender. Gender kann als individuelles Charakteristikum oder als Ergebnis sozialer Prozesse sowie sozialer Strukturen gesehen werden.⁶

1 Das Schlagwort „interpersonal violence“, eingeschränkt auf „academic journals“, lieferte in der Datenbank PsychInfo 713 Treffer für den Zeitraum 2000-2005, 1019 Treffer für den Zeitraum 2005-2010 und 1405 Treffer für den Zeitraum 2010-2015 (28.9.2015).

2 Bspw. *European Conference on Domestic Violence*, 1. Europäische Tagung zu häuslicher Gewalt in Belfast, Nordirland, 6.-9.9.2015, <http://www.qub.ac.uk/sites/ECDV2015/> (28.9.2015).

3 *George/Stith*, An Updated Feminist View of Intimate Partner Violence, *Fam Process* 2014, 53(2), 179-193.

4 ZB: *Eriksson/Mazerolle*, A cycle of violence? Examining family-of-origin violence, attitudes, and intimate partner violence perpetration, *J Interpers Violence* 2015, 30(6), 945-964.

5 ZB: *Michau/Horn/Bank/Dutt/Zimmerman*, Prevention of violence against women and girls: lessons from practice, *Lancet* 2015, 385(9978), 1672-1684.

6 *Anderson*, Theorizing Gender in Intimate Partner Violence Research, *Sex Roles*, 2005, 52(11-12), 853-865 (854; 856-859).

Die Verstärkung der Betrachtungsweise „Frau = schwaches Geschlecht“, „Mann = starkes Geschlecht“ scheint mit den Vergleichen und der Fokussierung auf Frauen fortgeführt zu werden. Frauen sind „Opfer“, Männer sind Täter. Im Englischen wird für Personen, die von Gewalt oder Trauma betroffen sind, häufig der Begriff „survivors“ verwendet. Damit soll hervorgehoben werden, dass es sich bei betroffenen Personen nicht um passive, schwache „Opfer“ handelt, sondern um handlungsfähige Personen. Obwohl die Begriffsverwendung „Überlebende/r“ und „Opfer“ immer noch diskutiert werden, wird in diesem Beitrag der Begriff „Opfer“ nicht verwendet, sondern der Begriff „Betroffene/r“⁷ gewählt und der Fokus – gerade in Hinblick auf salutogenetische Aspekte⁸ – auf Strategien gelegt, die Betroffene anwenden, um mit Gewalt umzugehen. Im vorliegenden Text wird der Fokus auf intime PartnerInnengewalt unter besonderer Berücksichtigung einer Genderperspektive gelegt und auf vorherrschende Dichotomien in der Forschung zu Gewalt eingegangen. Obgleich derzeit das vorrangige Interesse der Forschung auf Vulnerabilitäten aufgrund von intimer PartnerInnengewalt zu liegen scheint, soll in diesem Beitrag auch auf salutogenetische Aspekte eingegangen werden, wobei diese mit dem Konstrukt der Resilienz⁹ umrissen werden. Vulnerabilitäten spiegeln einerseits Verletzlichkeiten für Gewalt, (Re-)Viktimisierung sowie Aspekte, die die Wahrscheinlichkeit erhöhen, von Gewalt betroffen zu sein, wider, andererseits umfassen sie auch die Auswirkungen, bspw in Form von gesundheitlichen Auswirkungen.

2. Begriffsabgrenzungen: interpersonelle Gewalt – intime PartnerInnengewalt – familiäre Gewalt – Opfer/Überlebende

Unter dem Begriff „interpersonelle Gewalt“ sind nach der Einteilung der World Health Organization (WHO) sowohl Gewalt durch Familienangehörige oder eineN PartnerIn sowie Gewalt durch die Gemeinschaft, also durch Personen ohne intime oder verwandtschaftliche Beziehung (wie Fremde, NachbarInnen und Bekannte) zu verstehen.¹⁰ Gewalt durch den/die PartnerIn wird auch als intime PartnerInnengewalt (intimate partner violence – IPV) bezeichnet. Hier zeigt sich bereits, dass unterschiedliche Begriffe in der Forschung zu Gewalt verwendet werden und bspw IPV synonym mit häuslicher Gewalt oder familiärer Gewalt gebraucht wird. Familiäre Gewalt umfasst dabei zusätzlich Gewalt gegen Kinder durch Familienghörige.¹¹ *Johnson* kritisiert bspw die Verwendung

7 Obgleich die Diskussion „Opfer“ und „Überlebende“ fokussiert, wird diese hier angeführt, um die kritische Betrachtungsweise des Begriffs „Opfer“ aufzuzeigen.

8 Dabei handelt es sich um ein Konzept, das von *Anton Antonovsky* (Health, Stress, and Coping (1979)) geprägt wurde. Unter Salutogenese sind gesundheitsförderliche Faktoren zu verstehen.

9 Resilienz ist ein Konstrukt, das Ressourcen und Fähigkeiten einer Person betrachtet, um nach aversiven Umständen relativ rasch wieder zu einem lebhaften Alltag zurückzufinden. Vgl etwa *Juen/Siller*, Resilienz als sozialer Prozess, *Gruppenpsychother Gr* 2013, 49(3), 238-251.

10 *World Health Organization (WHO)* 2015, „Definition and typology of violence“, www.who.int/violenceprevention/approach/definition/en/ (28.9.2015).

11 *Stewart/MacMillan/Wathen*, Intimate partner violence, *Can J Psychiatry* 2013, 58(6), 1-15 (2).

des Begriffs „häusliche Gewalt“ und weist auf die Mechanismen von Angst und Terror hin, welche bei intimer PartnerInnengewalt vorherrschend sind. *Johnson* schlägt die Unterscheidung von „intimem Terrorismus“¹² und „*situational couple violence*“ vor.¹³ Er bezieht sich bei intmem Terrorismus auf die zugrunde liegende Motivation von Macht und Kontrolle über den/die PartnerIn, während sich *situational couple violence* auf Gewalt zwischen Personen einer Paarbeziehung bezieht, wobei spezifische Situationen zu Gewalt eskalieren, ohne dass aber die Kontrolle einer Person über die andere vorherrscht.

Die Trennung der verschiedenen Gewalttypologien (zB familiäre Gewalt, intime PartnerInnengewalt) wird aber auch kritisiert, da davon ausgegangen wird, dass die Verknüpfung des Wissens in diesen verschiedenen Bereichen Aufschluss über Mechanismen der Entstehung von Gewalt in der Familie geben könnte.¹⁴

Neben der Unterscheidung der Typologien, die sich auf den/die AusübendeN von Gewalt beziehen (und), wie die genannten: interpersonelle Gewalt, IPV und familiäre Gewalt (und), ist auch die Unterscheidung zwischen Formen von Gewalt zu treffen. Gewalt kann sich ausdrücken als psychische, physische, sexuelle und ökonomische Gewalt sowie durch Vernachlässigung/Deprivation. Die Forschung tendiert zu einer getrennten Betrachtung von Gewaltformen, obgleich die Praxis zeigt, dass sie meist in Kombination auftreten. Vereinfacht gesagt, kann mit folgender Überlegung die Verwobenheit von Gewaltformen verdeutlicht werden: Ist zB eine Vergewaltigung nicht zugleich auch eine Machtdemonstration, eine Unterwerfung der Person, der Gewalt angetan wird, ein Aufzwingen des Willens und eine Darstellung der Omnipotenz der ausübenden Person, bei der gleichzeitig die sexuelle Entladung nur ein untergeordnetes Ziel in der Handlung ist? An dieser Überlegung wird deutlich, dass Gewalt – auch IPV – verschiedene Facetten zugleich aufweist und diese Verwobenheit sehr wohl wesentlich ist, um Gewaltphänomene zu begreifen.

In diesem Kontext soll zudem nochmals auf die Begriffe „Opfer“ und „ÜberlebendeR“ sowie auf die Kritik daran eingegangen werden. So wird ein einfaches Austauschen des Begriffs eines „schwachen und hilflosen Opfers“ mit einer/einem „handlungsfähigen Überlebenden“ als kritisch betrachtet. Der Begriff „Überlebende“ wird besonders bei der Frage „warum bleibt eine Frau in einer Beziehung, in der sie Gewalt erfährt?“, diskutiert, da hierbei das Wort „Überlebende“ und Handlungsfähigkeit als kritisch gesehen werden, denn in diesem Kontext wird keine bzw kaum Handlungsfähigkeit wahrgenommen.¹⁵ Die Kritik bezieht sich hier darauf, dass mit dem Begriff „ÜberlebendeR“

12 *Johnson*, Domestic Violence: It's Not About Gender – Or Is It?, *J Marriage Fam* 2005, 67(5), 1126-1130 (1127).

13 *Johnson/Leone*, The differential effects of intimate terrorism and situational couple violence findings from the national violence against women survey, *J Fam Issues* 2005, 26(3), 322-349 (323-324); *Johnson*, *J Marriage Fam* 2005, 1128-1129.

14 *Anderson*, Conflict, Power, and Violence in Families, *J Marriage Fam* 2010, 72(3), 726-742 (726-727).

15 *Dunn*, „Victims“ and „Survivors“: Emerging Vocabularies of Motive for „Battered Women Who Stay“*, *Social Inq* 2005, 75(1), 1-30 (22-24).

und der damit verbundenen „Handlungsfähigkeit“ suggeriert wird, dass die betroffene Person die Wahl hat, ob sie sich den Misshandlungen weiter aussetzt oder nicht (dh Beziehungsende oder Weiterführen der Beziehung). Betroffene beschreiben jedoch, dass genau eine solche Wahl – also Entscheidung über Bleiben oder Verlassen – nicht gegeben ist.¹⁶ Die damit verbundene Handlungsfähigkeit könnte aber nicht nur mit Beziehungsabbruch oder Hilfesuchen gleichgesetzt werden, sondern auch mit anderen Handlungen, um sich selbst oder andere zu schützen. Dadurch wäre der Begriff „ÜberlebendeR“ wiederum zutreffender als der Begriff „Opfer“.

2.1. Betroffenheit von Frauen und Männern

Eingehend auf die unterschiedliche Betroffenheit von Frauen und Männern bei traumatischen Ereignissen im Allgemeinen und Gewalt im häuslichen und familiären Kontext im Besonderen, zeigt sich, dass Frauen bspw signifikant häufiger physische PartnerInnengewalt, sexuelle Übergriffe, sexuellen Kindesmissbrauch, und Stalking anführen,¹⁷ während Männer häufiger Überfälle, nicht-sexuelle Übergriffe und kampf- und kriegsbezogene Gewalt berichten.¹⁸ Nicht-sexueller Kindesmissbrauch zeigte in verschiedenen Studien hingegen keine signifikanten Geschlechterunterschiede.¹⁹ Auch hinsichtlich IPV wird diskutiert, wie und ob Frauen und Männer unterschiedlich betroffen sind. So wurde etwa physische Gewalt im IPV-Kontext bei einer von vier Frauen und einem von fünf Männern gefunden.²⁰ Das doVE Project (*domestic violence against men/women in Europe*) zeigte, dass Frauen und Männer ähnlich häufig über psychische, physische und sexuelle Gewalt in PartnerInnenschaften innerhalb des letzten Jahres berichteten.²¹ Bei der Interpretation dieser Ergebnisse sollte jedoch bedacht werden, dass Dunkelziffern vorliegen können, besonders wenn es um intime PartnerInnengewalt gegen Männer²² und über das Berichten über Ausübung/Erfahren von intimer PartnerInnengewalt geht.²³ In der Traumaforschung wird bspw davon ausgegangen, dass die männliche Rol-

16 Dunn, *Sociol Inq* 2005, 5-6.

17 Iverson/Dick/McLaughlin/Smith/Bell/Gerber/Cook/Mitchell, Exposure to interpersonal violence and its associations with psychiatric morbidity in a U.S. national sample: A gender comparison, *Psychol Violence* 2013, 3(3), 273-287 (278-279); Tolin/Foa, Sex differences in trauma and posttraumatic stress disorder: A quantitative review of 25 years of research, *Psychol Bull* 2006, 132(6), 959-992 (965-968).

18 Iverson/ Dick/McLaughlin/Smith/Bell/Gerber/Cook/Mitchell, *Psychol Violence* 2013, 278-279; Tolin/Foa, *Psychol Bull* 2006, 965-968.

19 Tolin/Foa, *Psychol Bull* 2006, 965-968; Iverson/Dick/McLaughlin/Smith/Bell/Gerber/Cook/Mitchell, *Psychol Violence* 2013, 278-279.

20 Desmarais/Reeves/Nicholls/Telford/Fiebert, Prevalence of Physical Violence in Intimate Relationships, Part 1: Rates of Male and Female Victimization, *Partner Abuse* 2012, 3(2), 140-169 (141).

21 Costa/Soares/Lindert/et al, Intimate partner violence: a study in men and women from six European countries, *IJPH* 2015, 60(4), 467-478 (470).

22 Bhattacharjee, Intimate partner violence affects men as well as women, *BMJ* 2014, 348, g3771.

23 Chan, Gender differences in self-reports of intimate partner violence: A review, *Aggress Violent Behav* 2011, 16(2), 167-175.

le und die mit Trauma verbundenen Emotionen und Reaktionen nicht kompatibel sind²⁴ sowie traumatische Ereignisse generell die Vorstellung der Rolle eines starken Mannes untergraben.²⁵ Auch in der Gewaltforschung werden generelle (zB soziale Erwünschtheit), kulturelle (zB Machismo, das Gesicht wahren), aber auch gender-spezifischen Einflüsse (zB im Rahmen der Abhängigkeit von PartnerIn, Entschuldigungen für Verhalten des Partners/der Partnerin suchen, Gewalt als Ausdruck von Liebe, Schuldzuweisung) beim Berichten von erlebter IPV diskutiert.²⁶

Im Kontext der intimen PartnerInnengewalt zeigt sich, dass ein Großteil der Forschung zu interpersoneller Gewalt,²⁷ insb zu IPV, zu Frauen als Betroffenen durchgeführt wird. Dadurch wird einerseits die Dichotomie Frau – Mann, andererseits auch die Fokussierung auf den „Risikofaktor Frau-Sein“ gestärkt. Zugleich zeigt sich darin, dass Frauen die Rolle derer, denen Gewalt widerfährt, zugesprochen wird, Männer in der interpersonellen Gewalt hingegen diejenigen sind, die Macht und Stärke durch Gewalt ausdrücken. In diesem Kontext wird jedoch zugleich wiederholt in Frage gestellt, ob Männer tatsächlich gewalttätiger sind und ob Frauen tatsächlich keine bzw kaum Gewalt in der PartnerInnenschaft einsetzen bzw Täterinnen sind.²⁸ Weitere forschungsrelevante Aspekte sind auch, wie auf Männer als Betroffene reagiert wird, welche Anlaufstellen Männer als Betroffene in Anspruch nehmen und inwiefern die eigenen Geschlechterrollenvorstellungen auf das Wahrnehmen eigener Betroffenheit Einfluss ausüben. Eine Entwicklung hin zu weiteren Fragestellungen, wie Prävalenz von IPV bei Männern, Männern als Betroffene, Frauen als Täterinnen und bi-direktionale Gewalt, kann inzwischen vermehrt gefunden werden. Manche Studien kommen dabei zum Schluss, dass Frauen häufiger physische Gewalt in der PartnerInnenschaft einsetzen, wobei Aspekte wie Kontext, Motivation, aber auch Unterschiedlichkeit in der Gewaltausübung (zB Häufigkeit, Gewaltformen, Schwere der Gewalt und Verletzungen) nicht außer Acht gelassen werden dürfen.²⁹ Männer wenden hingegen schwerwiegendere Gewalt an und Frauen erleiden dabei häufiger (physische) Verletzungen.³⁰ Bi-direktionale Gewalt, die in Studien ebenfalls gefunden wurde,³¹ sollte ebenfalls als ein Puzzleteil in intimen PartnerInnenschaften mitberücksichtigt werden, um ein vollständigeres Bild der Dynamik intimer PartnerInnengewalt zu bekommen³² und zu verstehen, wie dieser entgegenge-

24 Valdez/Lilly, Biological sex, gender role, and Criterion A2: Rethinking the „gender“ gap in PTSD, *Psychol Trauma* 2014, 6(1), 34-40 (38).

25 Valdez/Lilly, Emotional Constriction and Risk for Posttraumatic Stress: The Roles of Trauma History and Gender, *J Aggress Maltreat Trauma* 2012, 21(1), 77-94 (84).

26 Chan, *Aggress Violent Behav* 2011, 167-175.

27 Iverson/Dick/McLaughlin/Smith/Bell/Gerber/Cook/Mitchell, *Psychol Violence* 2013, 281.

28 Cho, Examining gender differences in the nature and context of intimate partner violence, *J Interpers Violence* 2012, 27(13), 2665-2684 (2668); Chan, *Aggress Violent Behav* 2011, 167-175.

29 Cho, *J Interpers Violence* 2012, 278-280; Johnson, Degendering Violence, *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society* 2015, 22(3), 390-410 (400); Johnson, *J Marriage Fam* 2005, 1129.

30 Chan, *Aggress Violent Behav* 2011, 167-175.

31 Chan, *Aggress Violent Behav* 2011, 167-175.

32 George/Stith, An Updated Feminist View of Intimate Partner Violence, *Family Process* 2014, 53(2):179-193 (181).

wirkt werden kann. Die scheinbar widersprüchlichen Ergebnisse zur ähnlichen Betroffenheit von Frauen und Männern bzw eine höhere Betroffenheit von IPV bei Frauen werden auf verschiedene Faktoren zurückgeführt, wie Unterschiede in der Methodik (zB Stichproben wie bspw klinische Stichproben vs bevölkerungsbasierte Erhebungen; Erhebung mit *face-to-face* Interviews vs Fragebogen), Unterschiede in der Bereitschaft von Betroffenen oder TäterInnenschaft zu berichten (hierzu zählen auch die oben erwähnten generellen, gender-spezifischen und kulturellen Einflüsse),³³ sowie die Definition von IPV (zB wie die von *Johnson* vorgeschlagene³⁴ Unterscheidung zwischen intemem Terrorismus und *situational couple violence*). *Chan*³⁵ zeigte in einer Review über Gendersymmetrie bzw -asymmetrie von IPV, dass Frauen häufiger betroffen sind, wenn Schwere, Motivation, aber auch Auswirkungen im Sinne von (physischen) Verletzungen mitbedacht werden. Diese Gratwanderung zwischen der Dichotomisierung Frau = Betroffene / Mann = Täter und genderunabhängiger/kontext-/motivationsabhängiger Einschätzung von intimer PartnerInnengewalt soll darauf hindeuten, dass verschiedenste (intersektionelle) Facetten und Aspekte mitbedacht werden müssen, um das Phänomen der intimen PartnerInnengewalt nicht zu simplifizieren.³⁶

2.2. Zur Bedeutung von Macht und Kontrolle

Omnipotenz des Täters/der Täterin, Macht und Kontrolle über die Person, über die Gewalt ausgeübt wurde, sind wiederkehrende Aspekte in den Erzählungen von Betroffenen.³⁷ Psychische Gewalt spielt in diesem Zusammenhang eine besondere Rolle, da mit ihr Kontrolle und Macht verstärkt werden können. Dennoch wird die Konzeptualisierung von psychischer Gewalt noch diskutiert und es wird versucht Verhaltensweisen zu definieren, welche als psychische Gewalt gelten³⁸, um damit eine bessere Vergleichbarkeit bei Studien zu erlangen.

Follingstad spricht von einem Kontinuum der psychischen Aggression, wobei psychische Gewalt als schwere Form davon gesehen wird.³⁹ In einer Studie an inhaftierten Frauen zeigte sich, dass psychische Gewalt in Form von relationaler Aggression, also jener, die auf Beziehungsebene angelegt ist, benutzt wird, um Macht und Kontrolle auszuüben. Dabei zeigte sich, dass die befragten Frauen relationale Aggression physischer Gewalt vorzogen und zugleich relationale Aggression als schmerzhafter, im Sinne von

33 *Chan*, *Aggress Violent Behav* 2011, 167-175.

34 *Johnson*, *J Marriage Fam* 2005, 1126-1130; *Johnson/Leone*, *J Fam Issues* 2005, 323-324.

35 *Chan*, *Aggress Violent Behav* 2011, 167-175.

36 *George/Stith*, *Fam Process* 2014, 185.

37 *Leahy/Pretty/Tenenbaum*, Perpetrator methodology as a predictor of traumatic symptomatology in adult survivors of childhood sexual abuse, *J Interpers Violence* 2004, 19(5), 521-540 (534-535).

38 *Follingstad*, A measure of severe psychological abuse normed on a nationally representative sample of adults, *J Interpers Violence* 2011, 26(6), 1194-1214 (1195).

39 *Follingstad*, *J Interpers Violence* 2011, 1196.

schwerwiegender, empfanden.⁴⁰ Der Einsatz von psychischer Gewalt zur Gewinnung von Macht wird auch unabhängig von Inhaftierung bei Frauen und Mädchen gefunden.⁴¹ Durch das Einsetzen von Mechanismen, die mit psychischer Gewalt gekoppelt sind, kann ein bestimmter Status gewonnen, aber auch Kontrolle über andere Personen ausgeübt werden. Dies lässt sich nicht nur bei Frauen und Mädchen beobachten, sondern zeigt sich auch bei Betrachtung von gesellschaftlichen Strukturen, bei denen es um Dominanz, Privilegien, Ungleichstellung zwischen Personen, sowie ungleiche Verteilung von Ressourcen und Macht geht.

Diese Ansätze in der Forschung zur Entstehung von IPV und in Zusammenhang stehende feministische Perspektiven in der Gewaltforschung wurden dahingehend kritisiert, dass der Fokus weitgehend auf Frauen als Betroffene gelegt und Frauen als Täterinnen sowie bi-direktionale Gewalt nur wenig berücksichtigt wurden.⁴² Es wird jedoch als kritisch gesehen, dass bei einem Ent-Gendern der Gewaltdebatte soziale Strukturen und Ungleichheiten in den Hintergrund geraten und dabei männliche Gewalt vermehrt Unterstützung erfährt.⁴³ Gender ist eine Einflussgröße, die das soziale (Zusammen-)Leben von Menschen organisiert und strukturiert. Zudem beeinflusst Gender auch die Wahrnehmung und das Verstehen von Mechanismen, Prinzipien und Anordnungen in der Welt.⁴⁴ Das bedeutet aber keinesfalls, dass Gender eine festgeschriebene, statische Konstruktion darstellt, sondern dynamisch und wandelbar über Zeit und Raum hinweg sein kann. Als eine ordnungsbildende Konstruktion muss Gender mitge- und -bedacht werden, um den wechselseitigen Einfluss von sozialen Strukturen und Mechanismen auf Ungleichheit fassbar machen zu können. Damit geht in Hinblick auf IPV einher, dass Gender nicht nur als Abfrage des Geschlechts genutzt wird, sondern die sozialen Strukturen und Mechanismen, einschließlich Macht und Kontrolle herangezogen werden, um das Phänomen „intime PartnerInnengewalt oder familiäre Gewalt“ verstehen und beleuchten zu können. Gleichzeitig darf nicht darauf vergessen werden, intersektionelle Aspekte mitzubüberücksichtigen, um Forschung zu IPV nicht auf zu wenige Variablen zu reduzieren, sondern um Verbindungen und Verwobenheit zwischen den bislang erforschten Aspekten sichtbar zu machen und damit der Komplexität des Phänomens IPV angemessen Rechnung zu tragen. Denn Dichotomien zwischen TäterIn – Betroffene/r, „Opfer“ – „Überlebende“, Pathogenese – Salutogenese erzeugen unter anderem auch ein Schwarz-Weiß-Denken, eine Zuordnung in „Lager“ und ein „Entweder-Oder“. Dabei wird jedoch vergessen, dass Realitäten und damit auch die Erfahrungen und das Wissen, das die Forschung versucht abzubilden, weitaus komplexer sind und nicht nur

40 Trammell, *Relational Violence in Women's Prison: How Women Describe Interpersonal Violence and Gender*, *Women Crim Justice* 2009, 19(4), 267-285 (277).

41 Trammell, *Women Crim Justice* 2009, 270.

42 George/Stith, *Fam Process* 2014, 181; 191.

43 Johnson, *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society* 2015, 404.

44 Johnson, *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society* 2015, 404.

ein „Entweder-Oder“ sein können. In diesem Sinn sagen auch *George/Stith*: „[b]inaries tend to create neat borders between groups [...]“.⁴⁵

Im Zusammenhang mit sozialen Strukturen und Dichotomien lässt sich des Weiteren festhalten, dass trotz des sich stetig ausweitenden Forschungsstandes zu interpersoneller Gewalt und IPV Bereiche bestehen, die noch nicht ausreichend erforscht wurden. So wird kritisiert, dass die Diskussion zu sehr auf Mehrheiten fokussiert ist und einzelne Gruppen zu wenig beachtet werden. Dies betrifft bspw *people of colour*,⁴⁶ ältere Personen,⁴⁷ aber auch Männer als Betroffene häuslicher Gewalt oder sexuellen Kindesmissbrauchs,⁴⁸ homosexuelle Personen, vor allem lesbische Frauen und in diesem Kontext die Unsichtbarkeit von IPV,⁴⁹ sowie den Miteinbezug eines Kontinuums der sexuellen Orientierung anstatt einer fixierten und starren dichotomen Kategorie, um nur einige Punkte zu nennen. Hier spiegeln Forschungsdefizite auch Machtverhältnisse im Sinne von Mehrheitsforschung und Heteronormativität wider.

2.3. Intergenerationale Transmission von Gewalt als ein Aspekt in der Entstehung von IPV

Eine Rolle (unter vielen) bei der Entstehung und Aufrechterhaltung von IPV spielt die intergenerationale Transmission. Sie wird besonders auch in Hinblick auf Gewaltprävention vermehrt diskutiert und soll deshalb hier kurz beleuchtet werden. Im Kontext der intergenerationalen Transmission wird bspw im Sinne des Lernens am Modell beschrieben, dass selbst erfahrener Kindesmissbrauch ebenso wie die ZeugInnenschaft von Gewalt zwischen den Eltern zu IPV im Erwachsenenalter (als TäterIn) führen kann. *Eriksson/Mazerolle*⁵⁰ zeigten an einer mit männlichen Häftlingen durchgeführten Studie auf, dass die Kombination von physischem Kindesmissbrauch und Zeugenschaft von Gewalt zwischen den Eltern in stärkerem Zusammenhang mit eigener Täterschaft steht als Zeugenschaft alleine. Auch andere Studien zeigten auf, dass bei Männern Kindesmissbrauch und Zeugenschaft von Gewalt in der Familie in Zusammenhang mit eigener Ausübung von IPV gebracht werden können.⁵¹

Eine intergenerationale Übertragung von bezeugter Gewalt zwischen den Eltern (sowohl vom Vater als auch von der Mutter ausgehend) auf *dating violence* und Viktimi-

45 *George/Stith*, *Fam Process* 2014, 184.

46 *Pierce*, *Thoughts on interpersonal violence and lessons learned: fact or fiction*, *J Interpers Violence* 2005, 20(1), 43-50 (45-47).

47 *Dong*, *Elder Abuse: Systematic Review and Implications for Practice*, *J Am Geriatr Soc* 2015, 63(6), 1214-1238 (1214).

48 *Kia-Keating/Sorsoli/Grossman*, *Relational challenges and recovery processes in male survivors of childhood sexual abuse*, *J Interpers Violence* 2010, 25(4), 666-683 (667).

49 *West*, *Lesbian intimate partner violence*, *J Lesbian Stud* 2002, 6(1), 121-127 (122).

50 *Eriksson/Mazerolle*, *J Interpers Violence* 2015, 954.

51 *Singh/Tolman/Walton/Chermack/Cunningham*, *Characteristics of men who perpetrate intimate partner violence*, *J Am Board Fam Med* 2014, 27(5), 661-668 (665).

sierung wurde auch in Studien mit vorwiegend weiblichen Teilnehmenden gezeigt.⁵² Im Vergleich mit Kontrollgruppen zeigte ein Stichprobe von Frauen und Männern ein größeres Risiko für Viktimisierung im Sinne von (physischen) Verletzungen durch IPV, wenn sie in der Kindheit Missbrauch und Vernachlässigung erfahren haben.⁵³ *Smith et al*⁵⁴ zeigten, dass beim Ausgesetzt-Sein von Gewalt in der Familie im Jugendalter auch häufiger eigene Erfahrung mit IPV im jungen Erwachsenenalter auftreten. Diese Gewalterfahrung im jungen Erwachsenenalter macht wiederum Gewalterfahrung im Erwachsenenalter wahrscheinlicher. Dabei wurde sowohl Betroffenheit, TäterInnenschaft als auch bi-direktionale Gewalt festgestellt.

Diese Darstellung von Weitergabe von Gewaltmustern in PartnerInnenschaften und Familie ist nur ein kleiner Ausschnitt zu den Mechanismen und Variablen, die in diesem Kontext beforscht werden. Dabei zeigt sich, dass eine klare Trennung von Betroffenheit und TäterInnenschaft nicht möglich ist und in Frage gestellt wird. Dies verdeutlicht die Verwobenheit in der Entstehung und Aufrechterhaltung von IPV und familiärer Gewalt und damit auch die Herausforderungen für Gewaltprävention und -eliminierung.

3. Resilienz als Beispiel salutogenetischer Aspekte

Abschließend soll nun auf salutogenetische Aspekte am Beispiel Resilienz eingegangen werden. Die Salutogenese bezieht sich auf die Förderung von Aspekten, die gesundheitsförderlich oder -erhaltend sind (siehe hierfür die Arbeiten von *Anton Antonovsky*).⁵⁵ Resilienz wird vorwiegend als Fähigkeit bezeichnet, nach einem aversiven Ereignis wieder in eine Form von Normalität zurückzufinden. In diesem Beitrag wird Resilienz als sozialer Prozess begriffen, bei dem es nicht als eine persönliche Eigenschaft im Vordergrund steht, sondern als Zusammenwirken von sozialen Systemen, durch welches der Zugang und die Nutzung von Ressourcen ermöglicht und gefördert und dadurch von einem aversiven Ereignis hin zu einem lebberen Alltag gefunden wird.⁵⁶ Resilienz ist ein dynamisches Konstrukt, welches über Zeit und Situation hinweg flexibel ist. Das impliziert, dass Resilienz nicht eine angeborene Fähigkeit ist, die eine Person hat oder nicht hat, sondern sie kann gefördert werden und einmal stärker und schwächer vorhanden sein.

Es existieren nur wenige Studien zu Betroffenen von IPV und Resilienz. Resilienz wird häufiger in Zusammenhang mit Naturkatastrophen, Notfallsituationen oder Terroris-

52 *Rivera/Fincham*, Forgiveness as a mediator of the intergenerational transmission of violence, *J Interpers Violence* 2015, 30(6), 895-910 (901).

53 *Widom/Czaja/Dutton*, Child abuse and neglect and intimate partner violence victimization and perpetration: a prospective investigation, *Child Abuse Negl* 2014, 38(4), 650-663 (661).

54 *Smith/Ireland/Park/Elwyn/Thornberry*, Intergenerational continuities and discontinuities in intimate partner violence: A two-generational prospective study, *J Interpers Violence* 2011, 26(18), 3720-3752 (3738).

55 Vgl dazu: *Antonovsky*, *Health, Stress, and Coping* (1979).

56 *Juen/Siller*, *Gruppenpsychother Gr* 2013, 49(3), 240.

mus untersucht. Allgemein gesprochen zeigen resiliente Personen zwar Reaktionen in eine Normalität zurückfinden, können aber durch die Wahrnehmung und Nutzung von persönlichen, sozialen und anderen Ressourcen sowie einem optimalen Zusammenspiel der sozialen Systeme relativ schnell aus dem Ereignis herausgehen. Resilienz im Kontext von IPV wird in Zusammenhang mit (meist) Frauen nach Beendigung einer IPV-Beziehung untersucht. So zeigte sich, dass Resilienz negativ mit Stresssymptomen, Depression und Ängstlichkeit zusammenhing.⁵⁷ Eine Studie mit Frauen in Spanien nach IPV-Erfahrung wies darauf hin, dass besonders zu Beginn informelle und externe Unterstützung wesentlich für Resilienz war. Aspekte wie physische Aktivität durch Sport halfen den Frauen eine bessere Wahrnehmung ihres Körpers und Selbstvertrauen aufzubauen.⁵⁸ Dabei wurde auch auf die Wichtigkeit des Zusammenspiels von sozialen und individuellen bzw. persönlichen Ressourcen hingewiesen. *Moeller-Saxone et al* zeigten, dass sich Resilienz durch die Förderung von sozialer Unterstützung bei Frauen vorteilhaft auszuwirken scheint, wenn psychische Gewalt erfahren wurde.⁵⁹ Bei der Erforschung von intimer PartnerInnengewalt wird inzwischen auch vermehrt die Miteinbeziehung von Resilienz gefordert, wenn es um die Forschung von intimer PartnerInnengewalt geht.⁶⁰ Somit stehen nun auch die salutogenetischen Aspekte, wie Resilienz, im Vordergrund, um Betroffene bestmöglich in der Gestaltung ihrer Gesundheit und ihres Wohlbefindens zu unterstützen. Das bedeutet, dass nicht nur die Auswirkung von IPV wesentlich ist, sondern auch die Betrachtung von Ressourcen, wie Betroffenen bestmögliche externe Unterstützung geboten und wie ein Zusammenwirken von persönlichen und sozialen Ressourcen unterstützt werden kann.

Dem vorwiegenden Fokus auf Vulnerabilität, dem „Risikofaktor Frau-Sein“ und die negative Auswirkung auf die Gesundheit durch IPV wird damit entgegengetreten und der Schwerpunkt auf Strategien und Ressourcen gelegt, die von Betroffenen bereits aktiviert werden, um IPV zu begegnen. Damit ist nicht nur die Erholung nach einer gewaltbeherrschten Beziehung gemeint, sondern auch Strategien, die in der Beziehung eingesetzt werden können. Es muss der Fokus deutlicher darauf gerichtet werden, wie Betroffene diese Zeit er- bzw. überleben. Wenngleich manche Strategien maladaptiv erscheinen mögen – aus einer außenstehenden Perspektive –, sollte doch auch immer die adaptive Funktion dieser Strategie in dem jeweiligen Kontext betrachtet werden. In

57 *Jose/Novaco*, Intimate Partner Violence Victims Seeking a Temporary Restraining Order: Social Support and Resilience Attenuating Psychological Distress, *J Interpers violence*, 2015, 1-25 (14).

58 *Lopez-Fuentes/Calvete*, Building resilience: A qualitative study of Spanish women who have suffered intimate partner violence, *Am J Orthopsychiatry* 2015, 85(4), 339-351 (347).

59 *Moeller-Saxone/Davis/Stewart/Diaz-Granados/Herrman*, Promoting resilience in adults with experience of intimate partner violence or child maltreatment: a narrative synthesis of evidence across settings. *J Public Health (Oxf)*, 2015; 37(1):125-137 (135).

60 *Wathen/MacGregor/Hammerton/et al*, Priorities for research in child maltreatment, intimate partner violence and resilience to violence exposures: results of an international Delphi consensus development process, *BMC Public Health* 2012, 12, 684.

dieser Hinsicht sollten Resilienz und Vulnerabilität keine Dichotomie darstellen, sondern ihr zeitgleiches Bestehen sowie ihre Wechselwirkungen bedacht werden.

4. Schlussfolgerungen und Abschlussbemerkung

In diesem kurzen Einblick zu einigen Aspekten in der Forschung von IPV wird deutlich, dass Dichotomien vorhanden sind, die zT die Betrachtungsweise auf IPV in ihrer Komplexität erschweren. Frau-Sein, aber auch Abhängig-Sein (zB Kinder, ältere Personen) wird in der Forschung zu IPV als Vulnerabilitätsaspekt dargestellt. Durch diese erste Dichotomie hinsichtlich der Geschlechter werden bestehende Ungleichheiten in Macht und Kontrolle verstärkt und Gewalt als männliches Phänomen, und Betroffenheit als weibliches Schicksal subtil dargelegt. Nicht nur hinsichtlich des Geschlechts sind diese Dichotomien erkennbar, auch die Gegenüberstellung BetroffeneR-TäterIn, die strikte Trennung zwischen den Kontexten, in denen Gewalt stattfinden kann, ebenso wie die Gegenüberstellung von verschiedenen Gewaltformen, zeigt eine Schwarz-Weiß-Zeichnung.

Die Grundlage für die Erforschung von IPV wurde bereits gelegt und wenngleich noch verschiedenste Lücken in der Datenlage zu IPV bestehen, ist es nun an der Zeit, die Komplexität von IPV stärker in den Blick zu nehmen. Das Zusammenschließen der verschiedenen Forschungsstränge, der Miteinbezug von salutogenetischen Aspekten und die Erforschung von verschiedenen Perspektiven in gewaltbeherrschten Beziehungen oder Familien (zB Kinder, TäterIn, BetroffeneR) wären die weiteren Schritte, um ein vollständigeres Verständnis über die Dynamiken bei IPV und familiärer Gewalt entwickeln zu können.

Dr.ⁱⁿ Heidi Siller ist Universitätsassistentin am Frauengesundheitszentrum, Medizinische Universität Innsbruck; Heidi.Siller@i-med.ac.at

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Margarethe Hochleitner ist Direktorin des Frauengesundheitszentrums und Professorin für Gender Medizin an Medizinische Universität Innsbruck; Margarethe.Hochleitner@i-med.ac.at

Die binäre Geschlechterordnung des Rechts

Rechtstheoretische und rechtspolitische Perspektiven¹

Cara Röhner

Das eigene Geschlecht ist für viele Menschen eine unhinterfragte Selbstverständlichkeit. Die scheinbar natürliche Existenz zweier Geschlechter – die von Männern und Frauen – ist fester Bestandteil einer alltäglichen, normalitätsproduzierenden Wissensordnung, die individuelle Wahrnehmungs-, Denk- und Handlungsmuster genauso wie gesellschaftliche Institutionen durchzieht.² Die Binarität von Geschlecht funktioniert als ein wirkmächtiges Ordnungsprinzip, das die soziale Welt grundlegend strukturiert und aufgrund seiner inhärenten Asymmetrie die Vorherrschaft des Männlichen stützt. Weiblichkeit und Männlichkeit werden dabei als komplementäre Gegensätze konstruiert. So werden mit dem Femininen traditionell Abhängigkeit, Passivität und Emotionalität assoziiert, wohingegen Eigenständigkeit, Aktivität und Vernunft dem Maskulinen zugeschrieben werden. Scheinbar eindeutige körperliche Unterschiede dienen als natürliches Fundament, als „unanfechtbare Rechtfertigung“³ der Zweigeschlechtlichkeit. Auch die Rechtswelt ist geschlechtlich codiert. Sei es die rechtlich erforderliche Geschlechtszuordnung von Neugeborenen, die Institution der traditionellen Ehe, die Regulierung von Elternschaft, die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare, die Einführung von Frauenquoten oder die Ermöglichung einer Geschlechtsanpassung für transgeschlechtliche Menschen: das Recht baut grundlegend auf der Annahme zweier Geschlechter auf.⁴ Dichotomes Denken führt, so die These, auch im Recht zu Hierarchisierung und Exklusion und steht damit einer gleichberechtigten und inklusiven Gesellschaft mit vielfältigen Identitäten und Sexualitäten entgegen. Indem die binäre Geschlechterordnung des Rechts stereotype Verhaltenserwartungen formuliert, bringt sie binär strukturierte Rechtssubjekte hervor und schränkt deren geschlechtliche Selbstdefinition zugleich ein. Zweigeschlechtlichkeit soll im Folgenden als juristische Praxis beschrieben werden, die sich sowohl in den Grundlagen moderner Staatlichkeit (1.) wie auch in den alltäglichen

1 Ich danke *Maria Sagmeister, Isabell Doll* und *Caroline Voithofer* für sehr hilfreiche Anregungen.

2 Kulturanthropologische Studien zeigen, dass in anderen Gesellschaften Geschlecht als Kontinuum gedacht wird, vgl. *Wetterer*, Konstruktion von Geschlecht, in *Becker/Kortendiek*, Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung (2010) 126.

3 *Bourdieu*, Die männliche Herrschaft, in *Dölling/Krais*, Ein alltägliches Spiel (1997) 153 (169).

4 *Foljanty/Lembke* (Hrsg), Feministische Rechtswissenschaft (2006); *Elsuni*, Feministische Rechtstheorie, in *Buckel et al.*, Neue Theorien des Rechts (2009) 157; *Holzleithner*, Recht Macht Geschlecht (2002); *Lembke* (Hrsg), Menschenrechte und Geschlecht (2014).

Prozessen des Rechts (2.) zeigt. Abschließend werden Versuche einer alternativen juristischen Geschlechterpraxis skizziert (3.).

1. Binäre Staatlichkeit – binäres Recht

Die binäre Geschlechterordnung durchzieht die Grundlagen moderner Staatlichkeit. Bereits die Gründungsfiguren des Gesellschaftsvertrags und des autonomen Rechtssubjekts folgten in ihrer Konzeption freier und gleicher Bürger einer maskulinen Rationalität. Sie reflektierten weder deren Abhängigkeit von reproduktiven Tätigkeiten, noch bezogen sie Frauen in den Status als Rechtssubjekt ein. In ihrer Auseinandersetzung mit den liberalen Vertragstheorien konnte zB *Carole Pateman*⁵ zeigen, dass der Gesellschaftsvertrag in einer patriarchalen Sozialordnung – dem sexual contract – wurzelt, welche auf der einen Seite männliche eigentumsbesitzende Bürger als selbstbestimmte Freie und Gleiche denke, auf der anderen Seite aber Frauen Autonomie verweigere und in den Privatbereich zur Sicherstellung der Reproduktion unterordne. Das vermeintlich neutrale Rechtssubjekt werde damit primär als autonomes und maskulines Subjekt imaginiert.⁶

Historisch betrachtet fallen die Entstehung des modernen Rechtsstaats und die Idee der Zweigeschlechtlichkeit zusammen. Bis ins 18. Jahrhundert herrschte ein Ein-Geschlechts-Modell vor, das die Vagina als umgestülpten Penis, die Frau also als Variation des Mannes dachte.⁷ Die Geschlechter traten in dem Moment auseinander, in denen die ständische Gesellschaftsordnung durch die bürgerliche abgelöst wurde. Die Zuordnung zu einem der polaren Geschlechter wurde im Zuge der kapitalistischen Arbeitsteilung zwischen männlicher Produktion und weiblicher Reproduktion wichtig.⁸ Mit der Idee einer natürlichen Zweigeschlechtlichkeit konnte der Ausschluss von Frauen aus den Menschen- und Bürgerrechten – und die damit einhergehende Unterordnung in die private Sphäre der Familie – gerechtfertigt werden.⁹ Zweigeschlechtlichkeit ist seither tief mit modernen Institutionen, wie dem liberalen Recht, der kapitalistischen Wirtschaftsweise und der bürgerlichen Kleinfamilie, verwoben. Auf der Ebene der Gesetzestexte kann dementsprechend beobachtet werden, dass geschlechtlich uneindeutige Menschen bis ins 18. Jahrhundert in deutschen Gesetzbüchern präsent waren, jedoch seit dem 19. Jahrhundert aus diesen verschwunden sind.¹⁰ Erst seit Kurzem beginnt sich diese Rechtslage langsam zu ändern.¹¹

5 *Pateman*, *The Sexual Contract* (1988).

6 *Baer*, *Komplizierte Subjekte zwischen Recht und Geschlecht*, in *Kreuzer*, *Frauen im Recht* (2001) 9 (14).

7 *Laqueur*, *Auf den Leib geschrieben* (1992).

8 *Becker-Schmidt*, »Class«, »gender«, »ethnicity«, »race«, in *Klinger/Knapp/Sauer*, *Achsen der Ungleichheit* (2007) 56 (72ff); *Hausen*, *Die Polarisierung der ‚Geschlechtscharaktere‘*, in *Rosenbaum*, *Seminar Familie und Gesellschaftsstruktur* (1978) 161.

9 *Maibofer*, *Geschlecht als Existenzweise* (1995).

10 *Kolbe*, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht* (2010) 73ff.

11 S dazu unten die Diskussionen um ein dritten Geschlechtseintrag und das Verbot von geschlechtsvereindeutigenden Operationen an intergeschlechtlichen Minderjährigen.

Staat und Recht sind durch die feministischen Rechtstheorien als maskulin codierte Institutionen dechiffriert worden.¹² Das liberale Rechtsdenken abstrahiert von den vergeschlechtlichten Sozialbeziehungen und konzipiert das Individuum als freies und gleiches, geschlechtsloses Rechtssubjekt.¹³ Dass sich durch diese Abstraktion partikuläre (maskuline) Positionen als das Allgemeine im Staat und Recht universalisieren können, plausibilisieren die materialistisch-poststrukturalistischen Staats- und Rechtstheorien mit der Annahme, dass sich gesellschaftliche Kräfteverhältnisse, vermittelt über diskursive und soziale Praktiken, in staatliche Institutionen einschreiben resp staatliche Institutionen von diesen durchzogen sind.¹⁴ Der Staat und das Recht sind Arenen, in denen gesellschaftliche Machtverhältnisse verhandelt und institutionalisiert werden. Im Anschluss an *Antonio Gramsci* und *Michel Foucault* wird staatliche Herrschaft nicht mehr rein repressiv, sondern als vermittelt über universalisierende hegemonie- und normalitätsherstellende (Rechts)Diskurse konzeptualisiert: „In demokratischen Politikprozessen werden hegemoniale Wahrnehmungs- und Wissensformen von Geschlecht und Sexualität, von Klasse und Ethnizität sowie von Religion, Behinderung und Alter ausgehandelt und schließlich in gesetzliche Normen gegossen.“¹⁵

Die maskulinen Organisationsformen des Rechts-Staates, welche aus „einem vermeintlich rationalen, ent-emotionalisierten Regelsystem, einer geschlechtsspezifischen hierarchischen Arbeitsteilung, dem Senioritätsprinzip, persönlichen Netzwerken von Männern sowie einem spezifischen Denkstil staatlicher Institutionen“¹⁶ entstehen, werden für die Unterrepräsentation von Frauen und Menschen in anderen gesellschaftlich marginalisierten Subjektpositionen in staatlichen Institutionen verantwortlich gemacht.¹⁷ *Helen Irving* macht zB auf die strukturellen Hürden informalisierter Ernennungsverfahren in männlich dominierten Staatsapparaten aufmerksam: „Where accession to office depends on the choice or preferences of those already in power, the culture will tend to perpetuate what is already entrenched.“¹⁸

Dass selbst die technischen Strukturen der Staatsorganisation – als jener Ort, an dem Staat und Recht strukturell gekoppelt sind – eine binäre Logik aufweisen können, ha-

12 ZB *MacKinnon*, Toward a feminist theory of the state (1989); *Kreisky/Löffler*, Maskulinität und Staat, in *Ludwig/Sauer/Wöhl*, Staat und Geschlecht (2009) 75.

13 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007) 219f.

14 Eba 136ff; *Ludwig/Sauer/Wöhl* (Hrsg), Staat und Geschlecht; *Buckel/Fischer-Lescano* (Hrsg), Hegemonie gepanzert mit Zwang (2007).

15 *Sauer*, Transformationen von Staatlichkeit, in *Ludwig/Sauer/Wöhl* 105 (110).

16 Ebda 108.

17 Für die USA argumentieren *McDonagh* und *Monopoli*, dass Frauen nicht in der gleichen Weise als geeignete Präsidentschaftskandidatinnen wahrgenommen würden, solange Geschlechterkonstruktionen Macht und Führung dem Maskulinen zuschreiben. Die starke Exekutive des US-amerikanischen Präsidialsystems sei besonders maskulin codiert, da der Präsident Staatsoberhaupt und Regierungschef in einer Person vereint, im Kriegsfall *Commander in Chief* ist und vom Parlament weitgehend unabhängig agieren kann, *Monopoli*, Gender and Constitutional Design, *The Yale Law Journal* 2006/115, 2643; *McDonagh/Monopoli*, The Gendered State and Women's Political Leadership, in *Baines/Barak-Erez/Kahana*, Feminist Constitutionalism (2012) 169.

18 *Irving*, Gender and the Constitution (2008) 131, vgl auch 109ff, 134ff.

ben Verfassungsrechtlerinnen am Beispiel der US-amerikanischen Verfassung argumentiert.¹⁹ So sei die föderale Ordnung der USA als Struktur, die die Gesetzgebungskompetenzen zwischen der nationalen und regionalen Ebene verteilt, binär codiert: Während männlich konnotierte Themen der nationalen Ebene zugeordnet sind (zB commerce clause, Verteidigung, Währung), liegt die Gesetzgebungskompetenz für die Regulierung der Privatsphäre und weiblich codierter Themenfelder bei den Teilstaaten. Die Autorinnen schlussfolgern daraus, dass die Gesetzgebungskompetenzen die Verknüpfung von öffentlich/männlich/national und privat/feminin/regional widerspiegeln. Weibliche Subjektpositionen und Lebenserfahrungen würden daher als nicht-nationale, unwichtige Angelegenheit definiert.²⁰ Der Fall *Morrison*²¹ aus dem Jahr 2000 hat gezeigt, dass diese Codierung rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. In dieser Entscheidung erklärte der Supreme Court den Violence Against Women Act von 1994 (VAWA) wegen fehlender Kompetenz des nationalen Gesetzgebers für verfassungswidrig. Der VAWA sollte aufgrund unzureichender teilstaatlicher Regelungen einen bundesweiten Ausgleichsanspruch für Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt schaffen. Während der nationale Gesetzgeber seine Kompetenz aufgrund der schweren Auswirkungen von Gewalterfahrungen auf die wirtschaftliche Aktivität und Mobilität auf den commerce clause stützte, lehnte der Supreme Court diese Begründung ab, weil der VAWA die Grenzen zwischen „what is truly national and what is truly local“²² verwische. Diese exklusive Zuordnung von Lebensbereichen zur einzelstaatlichen oder zur nationalen Ebene wurde als zu restriktives Föderalismusverständnis kritisiert. Nach *Judith Resnik* ist es beispielsweise nicht möglich, bestimmte Lebensbereiche eindeutig einer Ebene zuzuweisen. Anstatt eines kategorialen müsse daher ein vielschichtiger (multi-faceted) Föderalismusbegriff verfolgt werden, um geschlechtsspezifische Regulierungen angemessen thematisieren zu können.²³ Hierfür schlägt *Sally F Goldfarb* einen rational basis test vor, der eine sachliche Begründung für eine nationale Gesetzgebungskompetenz ausreichen lässt.²⁴

2. Zweigeschlechtlichkeit als juristische Praxis

In den Gender Studies wurde von verschiedenen Autor*innen herausgearbeitet, wie sich die alltägliche Konstruktion von Zweigeschlechtlichkeit in sozialen Prozessen voll-

19 Zu den klassischen Themen von Geschlecht, Wahlrecht und Quoten s ebda 109ff und die Beiträge in *Williams* (Hrsg), *Constituting Equality* (2009) und *Baines/Barak-Erez/Kabana* (Hrsg), *Feminist Constitutionalism*.

20 *MacKinnon*, *Disputing Male Sovereignty*, *Harvard Law Review* 2000/114, 135; *Resnik*, *Categorical Federalism*, *Yale Law Journal* 2001/111, 619; *Goldfarb*, *The Supreme Court, the Violence Against Women Act and the Use and Abuse of Federalism*, *Fordham Law Review* 2002/71, 57; *Irving*, *Federalism is a Feminist Issue*, *Adelaide Law Review* 2007/28, 159.

21 *United States v Morrison*, 529 US 598 (2000).

22 Ebda 618. Scharfe Kritik ua von *MacKinnon*, *Harvard Law Review* (2000).

23 *Resnik*, *Yale Law Journal* (2001).

24 *Goldfarb*, *Fordham Law Review* (2002).

zieht.²⁵ Eine der einflussreichsten Kritiken der Zweigeschlechtlichkeit hat *Judith Butler* formuliert.²⁶ Nach dieser gibt es keine natürliche Basis des Geschlechts, vielmehr werden Subjekte in ihrer Geschlechtsidentität als „Frau“ oder „Mann“ durch diskursive Praktiken im gesellschaftlichen Machtgeflecht konstituiert. Geschlecht wird in Akten stilisierter Wiederholung hervorgebracht, die ihm den „Anschein von Substantialität“ verleihen. Die Zugehörigkeit zu einem der beiden Geschlechter ist somit „eine performative Leistung, die durch gesellschaftliche Sanktionen und Tabus erzwungen wird“²⁷ und die Lebensrealitäten von Menschen als „Frauen“ oder „Männer“ diszipliniert.²⁸ Diese symbolische Ordnung der Zweigeschlechtlichkeit – die sog heteronormative Matrix²⁹ – produziert einerseits binär vergeschlechtlichte Subjekte, die über das heterosexuelle Begehren komplementär aufeinander bezogen werden, und stellt andererseits ein Herrschaftsverhältnis dar, welches das Feminine dem Maskulinen unterordnet.³⁰ Konstruktionen von Weiblichkeit und Männlichkeit suggerieren die Existenz homogener, abgrenzbarer Gruppen und unterschlagen damit die Pluralität menschlicher Identitäten. Dichotomes Denken bedeutet also Grenzziehung und den Ausschluss von Zwischenräumen. Alle Subjekte sind mit in der Alltagspraxis nicht-reflektierten Identitätszwängen, also mit geschlechtsstereotypen Erwartungen an Aussehen und Verhalten, konfrontiert.³¹ Indem die Geschlechterdifferenz männliche Suprematie und weibliche Subordination implizieren, gehen sie – vermittelt über die Dichotomie privat-öffentlich – mit Statusunterschieden zwischen Männern und Frauen einher.³² Die binäre Geschlechterordnung führt damit erstens zu einer Hierarchisierung von Subjekten entlang der Achse maskulin-feminin (sowie heterosexuell-homosexuell) und zweitens zum Ausschluss von anderen Geschlechtern. Die Identitäten, Körper und Beziehungsweisen, die in einer Gesellschaft intelligibel sind, werden durch hegemoniale Positionen monopolisiert. Die binäre Matrix tritt daher in mehrfacherweise den Subjekten als „symbolische Gewalt“³³ gegenüber. Dies gilt nicht nur für das Geschlechterverhältnis, sondern auch für andere gängige Grenzziehungen, wie etwa „Rasse“, Klasse oder Behinderung.³⁴

25 ZB *Dölling/Krais* (Hrsg), Ein alltägliches Spiel (1992); *Gildemeister/Wetterer*, Wie Geschlecht gemacht wird, in *Knapp/Wetterer*, TraditionenBrüche (2010) 201; *Hirschauer*, Die interaktive Konstruktion von Geschlechtszugehörigkeit, *ZfS* 1989, 100.

26 *Butler*, Gender Trouble (2007/1990); *dies*, Bodies that matter (2011/1993).

27 *Butler*, Performative Akte und Geschlechterkonstitution, in *Wirth*, Performanz (2002) 301f.

28 Auch die Differenzierung zwischen sex und gender wird hinfällig; Geschlechtsteile werden zum arbiträren Anknüpfungspunkt für die Klassifikation von Menschen: „Wird die ‚Realität‘ der Geschlechterzugehörigkeit durch den performativen Vollzug selbst konstituiert, dann kann es keinen Rückgriff auf ein nicht verwirklichtes Wesen von ‚Geschlecht‘ oder ‚Geschlechterzugehörigkeit‘ geben, das dann erst durch performativen Vollzug der Geschlechterzugehörigkeit zum Ausdruck käme.“ *Butler* in *Wirth* 315.

29 *Butler*, Trouble 22ff.

30 Ebda 10ff.

31 Nicht reflektierte Denkschemata sind hierbei Ausdruck der individuellen Inkorporierung sozialer Machtverhältnisse, *Bourdieu* in *Dölling/Krais* 165.

32 *Becker-Schmidt* in *Klinger/Knapp/Sauer* 65.

33 *Bourdieu* in *Dölling/Krais* 166.

34 *Sauer* nennt dies den Trennungsdispositiv, in *Ludwig/Sauer/Wöbl*.

Auch das Recht kann aus dieser Perspektive als eine diskursive Praxis verstanden werden, die die dichotome Geschlechterordnung hervorbringt. Die alltäglichen Rechtspraxen bauen grundlegend auf der scheinbaren Normalität heterosexueller Zweigeschlechtlichkeit auf und tradieren diese. Juridische Argumentationen sind Projekte der Universalisierung, die auf die Formulierung eines juristischen common sense über die Geschlechter zielen.³⁵ Dabei stützen sich diese idR auf ein binäres, stereotypes Geschlechterwissen. Und genau hier liegt die performative Macht des zweigeschlechtlichen Rechtsdiskurses: „If the power of discourse to produce that which it names is linked with the question of performativity, then the performative is the domain in which power acts as discourse.“³⁶

Die heteronormative Rechtsmatrix zeigt sich in unterschiedlicher Art und Weise. Zwei Mechanismen möchte ich herausstreichen: die Hintergrundannahme einer vergeschlechtlichten Arbeitsteilung sowie die Anrufung binär definierter Subjekte.

Die Arbeitsteilung ist, wie die Geschlechterstudien gezeigt haben, in vielen Kulturen ein wesentlicher Mechanismus der Konstruktion von zwei differenten Geschlechtern. So hat zB *Gayle Rubin* festgestellt: „The division of labor by sex can therefore be seen as a ‚taboo‘: a taboo against the sameness of men and women, a taboo dividing the sexes in two mutually exclusive categories, a taboo which exacerbates the biological differences between the sexes and thereby creates gender.“³⁷ Im deutschen Recht lassen sich leicht Beispiele finden, die implizit auf einer vergeschlechtlichten Arbeitsteilung aufbauen: Die steuerliche Privilegierung der Ehe („Ehegattensplitting“), die Regelungen zur Teilzeitarbeit, die Förderung von privatorganisierter Kinderbetreuung („Herdprämie“)³⁸ sowie die erst spät eingeführten Anreize für Väter, in Elternzeit zu gehen sind exemplarische Regelungen, welche die tradierte Arbeitsteilung zwischen männlicher Erwerbsarbeit und weiblicher Reproduktionstätigkeit re-produzieren.³⁹ Die Arbeitsteilung ist nicht nur ein Medium der Konstruktion der Geschlechterdifferenz, sondern zugleich eines der Geschlechterhierarchisierung. Denn sie impliziert gerade keine Gleichrangigkeit von Erwerbs- und Reproduktionsarbeit, sondern geht in einer lohnarbeitsorientierten und geldbasierten Wirtschaftsweise mit der strukturellen Abwertung reproduktiver Arbeit und feminin codierter Berufe einher.⁴⁰

Das Recht kann darüber hinaus Subjekte als Frauen und Männer, Mütter und Väter, Lesben und Schwule anrufen. Die Rechtssprache knüpft an hegemoniale Identitätskate-

35 *Buckel/König*, Körperwünsche im Recht, KJ 2009, 337.

36 *Butler*, Bodies 171.

37 *Rubin*, The Traffic in Women, in *Reiter*, Towards an Anthropology of Women (1975) 157 (178).

38 BVerfG 21.07.2015, 1 BvF 2/13.

39 *Sacksofsky*, Einfluss des Steuerrechts auf die Berufstätigkeit von Müttern, in *Hobmann-Dennhardt et al*, Geschlechtergerechtigkeit (2010) 363; *Rodi*, Bekämpfung von Geschlechterstereotypen durch die Frauenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in *Lembke* 51 (70ff).

40 *Wetterer* in *Becker/Kortendiek* 131f; *Becker-Schmidt* in *Klinger/Knapp/Sauer* 72ff.

gorien an und konstruiert damit binär codierte Subjekte.⁴¹ Dies führt zur Naturalisierung hegemonialer Subjektpositionen im Recht. Am eindrücklichsten zeigt sich dies im Personenstandsrecht. Der Personenstand bezeichnet die Merkmale einer Person, die rechtlich beurkundet und damit als wesentlich für die Existenz als Rechtssubjekt definiert werden.⁴² Dies umfasst ua den Namen und das Geschlecht, wobei letzteres traditionellerweise nur die Klassifizierung als weiblich oder männlich umfasst.⁴³ Der Personenstand ist also ein Mechanismus, der binär imaginierte Rechtssubjekte hervorbringt und mithin trans- und intergeschlechtliche Menschen negiert oder als „besonders“, „abweichend“ oder gar „pathologisch“⁴⁴ definiert.

3. Feministische und queere Rechtspolitiken

Die juristischen Praktiken bieten jedoch auch Möglichkeiten der Subversion. Im Recht können neue Vorstellungen von Geschlecht artikuliert und alternative Rechtsrealitäten geschaffen werden. Feministische und queere Rechtspolitiken haben versucht, die heteronormative Rechtsordnung herauszufordern, dieser die geschlechtliche Selbstdefinition⁴⁵ als neue Praxis entgegenzusetzen und die Geschlechterordnung des Rechts in eine vielfältige und variable zu transformieren.

3.1. Antidiskriminierungskategorien

Um die strukturelle Benachteiligung von Frauen im Recht zu adressieren und vor Benachteiligung aufgrund des Geschlechts zu schützen, sind Antidiskriminierungsgesetze formuliert worden. Indem diese an Begriffe wie Geschlecht, Frau und Mann anknüpfen, müssen juristische Argumentationen die Geschlechterdifferenz immer wieder erneut erörtern und zur Bestimmung des Tatbestands feststellen, ob die betroffene Person männlich oder weiblich ist. Frauen werden damit als differente, schutzbedürftige Gruppe definiert und die Geschlechterdifferenz zugleich als gesellschaftliche Normalität tradiert. Die Reifizierung der Geschlechterdichotomie durch juristische Diskurse wird in den feministischen Rechtswissenschaften daher als „Dilemma der Differenz“ beschrieben.⁴⁶

41 *Elsuni*, Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel ‚Geschlecht‘, in *Behmenburg et al*, Wissenschaft(f)t Geschlecht (2007) 133.

42 *Büchler/Cottier*, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, in *Degele/Penkewitt*, Queering Gender – Queering Society (2005) 115.

43 Im Personenstandsrecht wird idR nur von „Geschlecht“ gesprochen: § 2 Abs 2 Z 1 öPStG, Art 8 lit d schweiz Zivilstandsordnung, § 21 Abs 1 Nr 3 dtPStG.

44 LG München, FamRZ 2004, 269 (270): „Die Eintragung von ‚intersexuell‘ oder ‚intra sexuell‘ als Geschlechtsbezeichnung im Personenstandsregister kommt nicht in Betracht, da diese Begriffe kein bestimmtes Geschlecht kennzeichnen, sondern Oberbegriffe für eine Reihe von Störungen der sexuellen Differenzierung darstellen [...].“ (HiO).

45 Aus demokratietheoretischer Perspektive *Boll*, Das Geschlecht im Personenstandsrecht, KJ 2015; i.E.; *quaestio* (Hrsg), Queering Demokratie (2000).

46 ZB *Baer*, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot, KrimJ 1996, 242; *Holzleithner*, Emanzipation durch Recht? KJ 2008, 250 (252); *Minow*, Making All the Difference (1990) 20.

Darüber hinaus kann im Antidiskriminierungsrecht beobachtet werden, dass das dichotome Geschlechterdenken die Auslegung der Kategorie Geschlecht bestimmt. Diese wird häufig auf zwei biologisch definierte Geschlechter reduziert,⁴⁷ sodass weder andere Geschlechter noch die sexuelle Orientierung vom Schutzbereich erfasst werden.⁴⁸ Wie kann die Kategorie Geschlecht also von ihrer dichotomen Logik gelöst werden? Eine Strategie zielt auf die Einführung weiterer Geschlechtskategorien, wie etwa trans, inter, sexuelle Identität und sexuelle Orientierung, ab.⁴⁹ Dies trage zur Sichtbarkeit und gesellschaftlichen Anerkennung queerer Subjektpositionen bei und zwingt Gerichte deren Diskriminierungserfahrungen einzubeziehen. Die binäre Geschlechterordnung würde durch weitere Kategorien aufgebrochen und durch eine plurale Rechtsrealität ersetzt. Jedoch wird durch die Einführung von Sonderkategorien für „die Anderen“ nicht nur der Schutzbereich erweitert, sondern auch die hierarchisierende Dichotomie zwischen „Normalität“ und „Abweichung“ reproduziert.⁵⁰

Daher zielt eine andere Strategie auf eine weite Auslegung von Geschlecht.⁵¹ *Laura Adamietz* hat dafür das Konzept „Geschlecht als Erwartung“⁵² in den juristischen Diskurs eingeführt, wonach Geschlecht Schutz vor Formen der Benachteiligung bietet, die in der Abweichung von binären Geschlechterstereotypen gründen. Es werden Frauen und Männer vor Diskriminierung aufgrund stereotyper Verhaltenserwartungen geschützt und zugleich Benachteiligungen aufgrund der sexuellen Identität und der sexuellen Orientierung in den Schutzbereich einbezogen. In eine ähnliche Richtung argumentieren andere Autor*innen, die vorschlagen, ein kategoriales Antidiskriminierungsrecht vollständig aufzugeben und stattdessen explizit auf Herrschaftsverhältnisse abzustellen.⁵³ Mit einem Verbot der Diskriminierung aufgrund von Heterosexismus würde eine

47 Anders die Yogyakarta-Prinzipien, *Hirschfeld-Eddy-Stiftung* (Hrsg), Die Yogyakarta-Prinzipien (2008) und die Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechtsidentität, EuGH 30.4.1996, C-13/94, *P gegen S und Cornwall County Council*; 7.1.2004, C-117/01, *KB gegen The National Health Service Pensions Agency and The Secretary of State for Health*; 27.4.2006, C-423/04, *Sarah Margaret Richards gegen Secretary of State for Work and Pensions*; zur sexuellen Orientierung s die Rechtsmeinung des UN-Menschenrechtsausschusses, MRA 4.4.1994, Nr 488/1992, *Toonen gegen Australien*. Der EGMR fasst LGBTI*-Rechte nicht als Problem von Geschlecht, dazu *Chebout*, *Queering International Law*, in *Lembke* 132 (139, 142ff).

48 Beispiele bei *Kocher*, „Geschlecht“ im Anti-Diskriminierungsrecht, KJ 2009, 386; LG München, FamRZ 2004, 269 (270) (intersexuell bezeichne kein Geschlecht im personenstandsrechtlichen Sinn). Zum „equal-misery“-Argument *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung* (2011) 239ff.

49 Kampagne *Dritte Option* (www.dritte-option.de); vgl *Koch-Rein*, Mehr Geschlecht als Recht?, Streit 2006, 9 (15); vgl *Kolbe*, Intersexualität 182ff; *Chebout* in *Lembke* 132. Seitdem es ausdrückliche europarechtliche Diskriminierungsverbote wegen „sexueller Ausrichtung“ gibt (RL 2000/78/EG für das Arbeitsleben, Art 21 Abs 1 EU-Grundrechtecharta), erkennt der EuGH diese auch an: EuGH 1.4.2008, C-267/06, *Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*; EuGH 10.5.2011, C-147/08, *Römer gegen Freie Hansestadt Hamburg*; EuGH 6.12.2012, C-124/11, *Dittrich*, C-125/11, *Klinke*, C-143/11, *Müller*; EuGH 25.4.2013, C-81/12, *Asociația ACCEPT gegen Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*.

50 *Kolbe*, Intersexualität 187.

51 *Adamietz*, *Geschlecht* 250ff; *Elsuni*, Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte (2011) 37ff; *Koch-Rein*, Streit 2006, 9ff.

52 *Adamietz*, *Geschlecht* 250ff.

53 *Liebscher et al*, Wege aus der Essentialismusfalle, KJ 2012, 204; *Baer*, Chancen und Risiken positiver Maßnahmen, in *Heinrich Böll Stiftung*, Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity (2010) 11ff; *dies*, „Sexuelle

Perspektivenverschiebung stattfinden, da nicht mehr die vermeintlich „tatsächlichen“ Eigenschaften der betroffenen Person interessieren, sondern die zu kritisierenden Praktiken und Strukturen in den Fokus der rechtlichen Argumentation rücken.

Die Begriffe Geschlecht oder Heterosexismus bieten also die Chance auf die Gesellschaftlichkeit von Geschlechtskonstruktionen einzugehen und der Geschlechterdichotomie das vermeintlich natürliche Fundament zu entziehen. Sie erfordern jedoch kompetente Rechtsanwender*innen, die das binäre Geschlechterverhältnis als Machtverhältnis erfassen können. Spezifische Identitätskategorien bergen zwar die Gefahr, als Sonderkategorien für non-konforme Subjekte zu dienen, sie tragen aber auch zum Aufbrechen der Geschlechterdichotomie bei, weil sie die Existenz von mehr als zwei Geschlechtern sichtbar machen.

3.2. Strategien gegen Geschlechterstereotype

Wenn die binäre Geschlechterordnung in alltäglichen, sich wiederholenden Praktiken performativ hergestellt wird, dann kann eine Strategie der Herausforderung dieser die Adressierung stereotyper Verhaltenszwänge im Recht sein. Heteronormative Geschlechterstereotype können, wie *Adamietz* gezeigt hat, über besondere Gleichheitssätze angegriffen werden. So schützt das Geschlechtsdiskriminierungsverbot nicht nur vor Benachteiligung im Vergleich zu einer „anderen“ – männlich oder weiblich definierten – Gruppe, sondern auch vor Benachteiligungen aufgrund geschlechtsspezifischer Erwartungen. Schon in den 1970er Jahren hat der US Supreme Court anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes eine Rechtsprechung entwickelt, die sich gegen „archaic and overbroad generalizations“⁵⁴ über die Geschlechterrollen positioniert hat. So wurden bspw rechtliche Regelungen, die von femininer Abhängigkeit und maskuliner Eigenständigkeit ausgingen, verfassungsrechtlich disqualifiziert⁵⁵ und die Zulässigkeit von single-sex Bildungseinrichtungen vor dem Hintergrund vergeschlechtlichter Berufsbilder diskutiert.⁵⁶

Einen besonders starken Fokus auf hierarchisierende Geschlechterstereotype als Mechanismus der Benachteiligung legen die völkerrechtliche UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) und das dazugehörige Fachkomitee. Auf textlicher Ebene verpflichtet CEDAW die Vertragsstaaten zur aktiven Bekämpfung von Geschlechterstereotypen (Art 5,

Selbstbestimmung“? in *Lobrenschheit*, Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht (2009) 89ff.

54 *Schlesinger v Ballard*, 419 US 498, 508 (1975). „Similarly, increasingly outdated misconceptions concerning the role of females in the home rather than in the ‘marketplace and world of ideas’ were rejected as loose-fitting characterizations incapable of supporting state statutory schemes that were premised upon their accuracy.“ *Craig v Boren*, 429 US 190, 199 (1976).

55 ZB *Reed v Reed*, 404 US 71 (1971) (Nachlassverwaltung); *Frontiero v Richardson*, 411 US 677 (1973) (Sozialleistung für Familienmitglieder weiblicher Militärs); *JEB v Alabama ex rel TB*, 511 US 127 (1994) (Jury-Service); *Weinberger v Wiesenfeld*, 420 US 636 (1975) (Sozialleistungen für Witwer). S auch BVerfGE 85, 91 (Nachtarbeit).

56 *Mississippi University for Women v Hogan*, 458 US 718 (1982); *US v Virginia*, 518 US 515 (1996).

Art 10 lit c iVm Art 2 CEDAW).⁵⁷ Durch verschiedene Instrumente – Staatenberichte, Allgemeine Empfehlungen, Individualbeschwerden und Untersuchungsverfahren nach dem Fakultativprotokoll – kann das CEDAW-Komitee die Staaten zur Einhaltung der Konvention anhalten. Dabei hat das Komitee vermeintlich geschlechtsneutrale Regelungen für ihre stereotypen Hintergrundannahmen und Auswirkungen kritisiert.⁵⁸ Es zieht eine explizite Verbindung zwischen hegemonialen Geschlechterkonstruktionen und der damit einhergehenden Unterordnung von Frauen unter patriarchale (Denk-)Strukturen. Im Fall von sexualisierter Gewalt etwa hat das Komitee Geschlechterstereotype im Strafrecht als einen Verstoß gegen CEDAW gewertet:⁵⁹ „stereotyping affects women’s right to a fair and just trial and [...] the judiciary must take caution not to create inflexible standards of what women or girls should be or what they should have done when confronted with a situation of rape based merely on preconceived notions of what defines a rape victim.”⁶⁰

Auch wenn die nur knapp skizzierten Beispiele der Idee von zwei Geschlechtern verhaftet bleiben, zeigen sie, dass die Infragestellung geschlechtsspezifischer Erwartungen die binäre Logik der Geschlechterdifferenz aufweichen und Raum für individuelles Abweichen und atypische Geschlechterpraktiken schaffen kann.

3.3. Von der binären zur selbstbestimmten Geschlechterordnung?

Trans- und intergeschlechtliche Menschen können die zweigeschlechtliche Rechtspraxis am stärksten herausfordern. Zwar kann die Geschlechtsanpassung von trans*-Personen noch innerhalb eines binären Schemas gedacht werden, insbes wenn durch strenge Voraussetzungen für die Anerkennung einer rechtlichen Geschlechtsanpassung, wie Fortpflanzungsunfähigkeit, geschlechtsangleichende Operationen und Ehelosigkeit, die Kongruenz zwischen sex und gender aufrechterhalten werden soll.

Diese Voraussetzungen, wie sie ua das deutsche TSG sowie die schweizerische Rechtsprechung vorsahen bzw vorsehen, wurden sukzessive als schwerwiegende Grundrechtseingriffe gewertet.⁶¹ So hat zB das deutsche BVerfG weite Teile des TSG als Ver-

57 *Holtmaat*, Article 5, in *Freeman/Chinkin/Rudolf*, UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (2012) 144f; *Rodi* in *Lembke* 68ff; *König/Schadendorf*, Die Rezeption der UN-Frauenrechtskonvention in Karlsruhe und Straßburg, DÖV 2014, 853.

58 Zur stereotypen Arbeitsteilung s *Rodi* in *Lembke* 70ff.

59 *RPB v the Philippines* (2014) CEDAW/C/57/D/34/2011; *Vertido v the Philippines* (2010) CEDAW/C/46/18/2008; ähnlich bereits EGMR 4.12.2003, 39272/98, *MC v Bulgaria*, Rn 164-166; zu *RPB v the Philippines v Gall/Röhner*, Wer sich nicht wehrt, stimmt noch lange nicht zu – Völkerrechtswidrige deutsche Rechtspraxis zu § 177 I, II StGB, verfassungsblog.de (4.11.2014).

60 *Vertido v the Philippines*, Rn 8.4.

61 Für Deutschland s die Spr zum TSG BVerfGE 49, 286; BVerfGE 60, 123; BVerfGE 88, 87; BVerfG 6.12.2005, 1 BvL 3/03; BVerfGE 121, 175; BVerfGE 128, 109; Überblick bei *Adamietz*, Geschlecht 124ff; *Buckel/König*, KJ 2009; *Bräcklein*, Eine Ehe ist eine Ehe ist eine Ehe?, StAZ 2008, 297. Für Österreich s die Entscheidungen VfGH 8.6.2006, V 4/06; VfGH 3.12.2009, B 1973/08-13; *Greif*, In Trans/Formation, juridikum 2/2009, 68. Für die Schweiz s die Entscheide Obergericht Kanton Zürich 1.2.2011, NC090012 – dazu *Büchler/Cottier* in *FamPra* 04/2011, 932

stöße gegen die körperliche Integrität und das Persönlichkeitsrecht verfassungsrechtlich disqualifiziert. Letzteres beinhaltet auch das Recht, selbst und unabhängig von medizinischen und körperlichen Kriterien über die geschlechtliche Identität zu bestimmen. Es findet damit zunehmend eine Entkopplung der Geschlechtsidentität von einem biologisch definierten Körper statt. Sex und gender können auseinander fallen – gebärende Väter und zeugende Mütter werden möglich. Auch sind im deutschen Recht gleichgeschlechtliche Ehen im Fall von Transgender* möglich geworden, weshalb auch die Verbindung der Ehe mit heterosexuellem Begehren und der Reproduktion gelockert wurde. Ebenso wehren sich intergeschlechtliche Menschen gegen die Zwangszuordnung in eines der zwei Geschlechter nach der Geburt. Indem das Recht im Regelfall die Klassifizierung als weiblich oder männlich fordert,⁶² werden zum einen geschlechtsvereindeutigende, medizinisch jedoch nicht indizierte, Operationen an Minderjährigen befördert⁶³ und zum anderen die Existenz intergeschlechtlicher Säuglinge negiert.⁶⁴ Geschlecht als binäres Ordnungsprinzip führt in diesem Kontext zu gewaltvollen Normierungen von Kinderkörpern.

In Deutschland besteht inzwischen die rechtliche Möglichkeit, sich der polaren Geschlechtszuordnung zu entziehen. Nach § 22 Abs 3 PStG⁶⁵ kann das Geschlecht nach der Geburt offen gelassen werden. Damit entstehen geschlechtslose Rechtssubjekte. Die rechtlichen Folgen für Ehe und Lebenspartnerschaft, für das Familienrecht sowie für strafrechtliche Normen sind bisher gesetzlich ungeklärt.⁶⁶

Abweichende Subjekte bleiben rechtlich jedoch weiterhin nicht benennbar und werden im Vergleich zu den konformen und daher eintragungsfähigen Geschlechtern „weiblich“ und „männlich“ abgewertet. Dagegen wehrt sich nun die intergeschlechtliche Person *Vanja*, unterstützt von der Kampagne Dritte Option. *Vanja* fordert, dass in der Geburtsurkunde „inter*/divers“ eingetragen wird, da die Nichtbezeichnung dem selbstempfundenen Geschlecht widerspreche.⁶⁷ Bisher war *Vanja* vor den Gerichten erfolglos, sodass das Begehren jetzt dem BGH zur Entscheidung vorliegt. Bereits die Vorinstanz

– und Regionalgericht Bern-Mittelland 27.7.2012, CIV 12 1217 JAC, zur sonstigen Rechtslage *Büchler/Cottier in Degele/Penk Witt*. Zum englischen *Gender Recognition Act* siehe *de Silva*, Zur Normalisierung heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit im Recht, KJ 2008, 266. Psychiatrische Gutachten und damit Pathologisierung sind jedoch weiterhin maßgeblich.

62 Art 8 lit d, Art 34 schweiz Zivilstandsordnung, dazu *Cottier/Büchler in Degele/Penk Witt* § 2 Abs 2 Z 1, § 9 öPStG; § 18 dtPStG, *Kolbe*, Intersexualität.

63 Petričević, Zur Legitimität von Geschlechtsnormierungen bei intersexuellen Minderjährigen *juridikum* 2015, 427ff.

64 *Plett*, Intersexuelle – gefangen zwischen Recht und Medizin, in *Kober/Piühl*, Gewalt und Geschlecht (2003) 21; *Intersexuelle Menschen e. V./Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte*, Parallelbericht zum 5. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zur CAT, www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CAT/cat_state_report_germany_5_2009_parallel_Intersex_de.pdf (20.9.2015); Concluding observations of the Committee against Torture – Germany (CAT/C/DEU/CO/5) Rn 20, www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/co/CAT.C.DEU.CO.5_en.pdf (20.9.2015).

65 *Boll*, KJ 2015, i.E.

66 *Sieberichs*, Das unbestimmte Geschlecht, *FamRZ* 2013, 1180; *Theilen*, Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte, *StAZ* 2014, 1; Petričević *juridikum* 2015, 437f.

67 OLG Celle 21.1.2015, abrufbar www.dritte-option.de (20.9.2015).

hatte aber bemerkenswerterweise festgestellt, dass ein rein binär konzipiertes PStG gegen das Persönlichkeitsrecht verstoße und verfassungswidrig wäre. Während das LG München Intergeschlechtlichkeit noch im Jahr 2004 als eine Störung definiert hat,⁶⁸ geht das OLG Celle selbstverständlich von inter* als einer weiteren Geschlechtsidentität aus und erkennt damit die Existenz von mehr als zwei Geschlechtern an: „die Anerkennung der Intersexualität [ist] grundrechtlich geschützt.“⁶⁹ Warum für die Anerkennung intergeschlechtlicher Subjekte eine Nichteintragung des Geschlechts ausreichend sein soll, legt das Gericht nicht dar; stattdessen verweist es pauschal auf den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers.

Einen erfrischend progressiven Weg hat Malta gewählt. Mit dem Gesetz Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act hat Malta im April 2015 das Recht aller Bürger*innen anerkannt, selbst und unabhängig von medizinischen Kriterien oder Nachweisen über die Geschlechtsidentität zu entscheiden.⁷⁰ Das Geschlecht und der Name können entsprechend der eigens definierten Geschlechtsidentität auf Antrag gewechselt werden, andere Geschlechtsbezeichnungen sind anerkannt und geschlechtsangleichende Operationen an Minderjährigen verboten. Eine solche rechtliche Anerkennung diverser, variabler und vom Körper unabhängiger Geschlechteridentitäten stärkt das Selbstbestimmungsrecht aller Menschen und könnte daher als Vorbild für eine progressive Rechtsentwicklung dienen.

4. Fazit

Die binäre Geschlechterordnung des Rechts durchzieht die staatlichen Grundlagen ebenso wie die konkreten Rechtspraktiken der Normgenerierung, Rechtsanwendung und der Rechtswissenschaft. Das Recht ist ein Medium, das Subjekte als Frauen und Männer mithervorbringt und in ihrer alltäglichen Lebensweise als solche diszipliniert. Die dichotome Geschlechterordnung des Rechts geht mit zwei wesentlichen Implikationen einher, die es durch eine alternative Rechtspraxis herauszufordern gilt: Erstens beinhaltet die binäre Geschlechterkonstruktion eine Hierarchisierung zwischen Mann und Frau. Die Privilegierung des Männlichen und Abwertung des Weiblichen werden ua durch die rechtlich institutionalisierte bürgerliche Arbeitsteilung und die rechtliche Reproduktion von Geschlechterstereotypen abgestützt. Zweitens führt die hegemoniale Dichotomie von Mann und Frau zur Exklusion und Abwertung anderer Subjektpositionen. Die Existenz vielfältiger Identitäten, Körper und Begehrensweisen wird unsichtbar gemacht. Als Strategien gegen eine dichotome Rechtsordnung bieten sich verschiedene Maßnahmen an: die Einführung von weiteren Geschlechtskategorien sowie die Benen-

68 LG München, FamRZ 2004, 269.

69 OLG Celle 21.01.2015, S 4.

70 ACT No XI of 2015, <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=26805&l=1> (20.9.2015); Petričević, juridikum 2015, 435.

nung und Bekämpfung von Herrschaftsverhältnissen und Stereotypen im und durch das Recht. Hierbei bleibt jedoch zu bedenken, dass wir als Rechtssubjekte den machtvollen, normalitätsproduzierenden Effekten des Rechts-Diskurses nicht entkommen können. Dies heißt aber wiederum nicht, dass wir die Forderung nach der Selbstbestimmung über das rechtliche Geschlecht aufgeben sollten.

Cara Röhner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Frankfurt;
roehner@jur.uni-frankfurt.de

Greece's strangulation by the EU: dictated by law or politics?

Consequences on justice and democracy

Yiorgos Vassalos

1. A demonstration of political strength disguised as ‚rules‘

1.1. The ‚legal‘ and political arguments of the creditors

In January 2015 the Greek people elected *Syriza* in government for its plan of ending the austerity policies. *Syriza*'s mandate was to completely replace the existing austerity program with a ‚National Reconstruction Plan‘.¹ With this vote, the Greek population clearly expressed its democratic will to end austerity policies imposed since 2010 by the EU through the so-called Troika. The EU institutions' stance vis-à-vis this clear democratic mandate was that since Greece had been bailed out, it should stick to the policies attached to the loan agreements (included in the Memoranda of Understanding (MoU) of 2010 and 2012) and therefore saw very little space for negotiation or change.²

The first argument of the EU institutions in favor of maintaining the status quo was that the rules' didn't allow change. In the words of German finance minister, *Wolfgang Schäuble*: „Elections change nothing. There are rules.“³ „Greece must accept the Eurozone's rules if it wants to remain in it,“ added Eurogroup's head *Jeroen Dijsselbloem*.⁴

Nonetheless, Eurogroup leaders never really specified which ‚rules‘ exactly prohibited putting the austerity policies in Greece into question. In further support of *Schäuble*'s argument, *Pierre Moscovici*, EU-Commissioner on Economic Affairs,⁵ and *Martin Schulz*, President of the European Parliament, added the political argument that the new Greek electoral mandate should be ‚weighted‘ with the electoral mandates of the 18 oth-

1 *Syriza*, The Thessaloniki Program, www.syriza.gr/article/SYRIZA---THE-THESSALONIKI-PROGRAMME.html (14.9.2014).

2 For a comparison of *Syriza*'s program with the agreement achieved between Greece and the Eurogroup on February 20, 2015 see: *Pavlopoulos/Vassalos*, Greece and the European Neoliberal Cage, www.newleftproject.org/index.php/site/article_comments/greece_and_the_european_neoliberal_cage (11.3.2015).

3 *BBC*, Greece: The dangerous game, www.bbc.com/news/world-europe-31082656 (1.2.2015).

4 *Spiegel online*, Jeroen Dijsselbloem: Euro-Gruppen-Chef droht Griechenland mit Hilfsstopp, www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/griechenland-jeroen-dijsselbloem-droht-mit-hilfsstopp-a-1014518.html (23.1.2015).

5 *CNBC*, Greece needs to play by the rules, www.cnb.com/2015/02/10/greece-needs-to-play-by-the-rules-france.html (10.2.2015).

er Eurozone countries (which were in fact Greece's creditors).⁶ The underlying hypothesis was that the 18 other mandates clearly indicated the continuation of the current EU austerity program and that this should be reflected in a ‚compromise‘, leaving minimal room for manoeuvre for the Greek government. In fact, most of the electoral programs of the governing parties of the other 18 Eurozone countries not even mention the EU Greek austerity program. But even if they would, implying that the opinion of 18 ‚partners‘ of Greece on what should happen in Greece counts just as much as the Greek people's opinion could be considered to be in breach of Art 1 of the Charter of the United Nations that binds to respect the self-determination of peoples.⁷

It will be shown how the rules on the European Central Bank's (ECB) Emergency Liquidity Assistance (ELA), budgetary discipline, debt limits and Euro stability have been overstretched to be deployed by the political leadership of the EU against the ‚undisciplined pupil‘, Greece. Legal sociologist *Roger Cotterrel* noted that „some individuals and collectivities have [...] more opportunity or possibility [than others] to invoke the aid of law.”⁸ This seems to fully apply to the use of EU-rules by certain governments of EU countries to foster their own political aims. This is facilitated by the fact that the hierarchy of different provisions of EU law (eg fundamental rights vs budgetary discipline) is much more unclear than at the national level, which gives more space for differing prioritisation and interpretation based on power relations.⁹ This political use of law helps to spread the argument that the de facto political imposition on Greece was nothing more than „enforcement of commonly agreed EU rules”.

1.2. Was the cutting off of liquidity imposed by rules?

The peak of the political conflict was without any doubt the referendum announced in June 27 for July 5 2015. The question was ‚yes‘ or ‚no‘ to the latest creditors' offer. By that time all leeway promised by *Moscovici* had evaporated and creditors refused to make any concessions.¹⁰ *Tsipras* was trapped between this intransigence and the engagement vis-à-vis his voters and party members. In the evening of the same day, Greek finance minister *Yanis Varoufakis* was ousted by the Eurogroup meeting after having rejected a new, even harsher proposal by the creditors.¹¹ On the following day the ECB

6 *Spiegel online*, European Parliament President Schulz: ‚Greek Voters Should Be Realistic‘ www.spiegel.de/international/europe/european-parliament-president-schulz-on-tsipras-victory-in-greece-a-1016252.html (3.2.2015).

7 Charter of the United Nations of 26.6.1945, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>.

8 *Cotterrel*, *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective* (1995).

9 Germany and France were the first countries to break the deficit rule in 2003 and they didn't face any sanctions. See: *Financial Times*, Who originally broke the EU fiscal rules? France and Germany, <http://blogs.ft.com/westminster/2011/12/who-originally-broke-the-eu-fiscal-rules-france-and-germany/> (6.12.2011).

10 See: *LCR*, L'impossible allègement de l'austérité en accord avec l'UE, www.lcr-lagauche.org/l'impossible-allègement-de-lausterite-en-accord-avec-lue/ (26.6.2015).

11 See: *Varoufakis*, As it happened – Yanis Varoufakis' intervention during the 27th June 2015 Eurogroup Meeting, <http://yanisvaroufakis.eu/2015/06/28/as-it-happened-yanis-varoufakis-intervention-during-the-27th-june-2015->

cut the ELA for Greek banks, thus forcing them to close down.¹² This decision was presented as ‚imposed by rules‘, since the MoU for Greece was going to expire two days later on June 30. According to the ECB, the rules obliged the ECB to stop the ELA when there was no prospect of a political accord on the program and as a consequence the Greek banking system would default.¹³

The truth is that the only rules which govern the ELA is a two-pager on ‚procedure‘ which mentions nothing linking access to ELA with the situation of a country’s adjustment program. The only condition it spells out is solvency of the concerned banks¹⁴ and Greek banks haven’t been declared insolvent. The next payment of Greece to ECB was due in two weeks’ time and the IMF hadn’t declared Greece in a situation of default. The ECB over-interpreted its rules considering that no deal meant insolvent banks and that the only possibility for a deal was for Greece to accept the positions of the creditors and thus it decided to cut off liquidity until it does. As a *JP Morgan* economist put it, the ECB’s governing council could do pretty much whatever it liked with Greece as ELA rules are „self-imposed and self-policed.”¹⁵

The political motif of this ECB decision was obvious: Put pressure on the Greek government to call off the referendum or call for a ‚yes‘ vote, but also directly on the citizens so that they vote ‚yes‘ on the ‚Juncker proposal‘ thus giving a clear mandate for a new austerity program and overthrowing the opposite mandate of January 2015.

Disguising the ECB’s political decision as something imposed by ‚rules‘ – conscious that in the view of the public this would identify with respective concepts of ‚law‘ – served a double purpose: 1) making the ECB look less politically aggressive than it was, 2) anchor in the collective memory that the current EU macroeconomic policy has the same value as law. This is a typical case of the powerful using ‚law‘ as a domination tool, along the lines described by *Roger Cotterrel* that were already mentioned.

Greek citizens defied the bank closure and rejected the new creditors’ proposal by 61.3 %. Thus they confirmed in an even clearer and unquestionably majority their democratic will to end the EU austerity policies. A much greater instability for the whole Eurozone could have been provoked, if the Greek government would stick to its obligation under the Greek constitution to implement the result of the referendum as a law¹⁶ and therefore not

eurogroup-meeting/ (28.6.2015); *Euractiv*, Eurogroup continues talks on Greek ‚Plan B‘ without Varoufakis, <http://www.euractiv.com/sections/euro-finance/eurogroup-continues-talks-greek-plan-b-without-varoufakis-315801> (27.6.2015).

12 *European Central Bank*, ELA to Greek banks maintained at its current level, www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150628.en.html (28.6.2015).

13 *Reuters*, No deal, no liquidity, ECB’s Noyer tells Greece, www.reuters.com/article/2015/07/08/eurozone-greece-noyer-idUSL8N0ZO0UK20150708 (8.7.2015).

14 *European Central Bank*, ELA procedures, www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/201402_elaprocedures.en.pdf.

15 *Financial Times*, About that ELA rulebook (all two pages), <http://ftalphaville.ft.com/2015/04/16/2126775/about-that-ela-rulebook-all-two-pages/> (16.4.2015).

16 The Greek constitution and the Law on Referendum provide that results of referendums are binding (Art 35, 44), Σύσταγμα της Ελλάδας, www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/SYNTAG

accept any austerity program. But this would require the Greek government having the political will to sovereignly create some alternative form of liquidity in order to curb the ECB's imposition that would eventually lead back to a national currency. Since it didn't at July 13th, it finally accepted an even harsher version of a new MoU than the one advanced by Juncker. The deal it signed included an obligation of the Greek Parliament to adopt four concrete measures within two days as „*a condition to allow banks to reopen.*”¹⁷

1.3. Is harsh austerity imposed by ‚rules’?

The new loan agreement foresees 85 billion Euros that go almost exclusively into servicing the old debt and banks' recapitalisation against – among others – a € 193 monthly reduction of pensions on average (bringing the minimum pension at € 390), a ‚fiscal council' deciding on automatic budget cuts when surplus targets seem to deviate with no need of even ministerial approval, a fire sale program of 50 billion in state assets.¹⁸ What are the ‚rules’ that impose these measures?

Protocols attached to the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU)¹⁹ and the Stability Pact set criteria (debt and deficit limits) in order to enter the Eurozone. They also provide for policy recommendations by the Commission and the Council that a country violating limits should follow risking fines if it doesn't (these fines have been automated by the 2011 economic governance reform). But as we will see, the scheme according to which Eurozone members bail out countries with borrowing difficulties under IMF-style strict socio-economic conditionality stands on extremely shaky EU treaties' ground. The debt contracted in 2010, 2012 and 2015 which is the basis without which the MOUs cannot exist is also on an extremely shaky basis from the point of international law.

It is just stretching it too far, to say that the policy content of the program that the EU inflexibly insisted upon was imposed by the Treaties, secondary law or any other rule. Neither the Stability Pact nor any ECB rules prohibited relaxing Greece's austerity program. The final negotiating position of the first *Syriza* government did not even exactly amount to a relaxation of austerity, but rather on sparing social categories like pensioners from further pain and on some burden sharing with the wealthiest sectors of society. But the creditors actually pushed for the intensification of neoliberal restructuring. This was an entirely politically-driven agenda in order to punish Greece for daring to challenge the austerity orthodoxy and tenting to set a different example in Europe.

MA1_1.pdf; Law 4023/2011: <https://nomoi.info/%CE%A6%CE%95%CE%9A-%CE%91-220-2011-%CF%83%CE%B5%CE%BB-1.html>.

17 *Eurosummit*, Statement, www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/07/pdf/20150712-eurosummit-statement-greece/ (12.7.2015).

18 *Hellenic Asset Development Fund (TAIPED)*, Asset development plan, www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/20150730_privatisation_program_plan_final_as_sent_to_government.pdf (30.7.2015).

19 Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 2012/326, 279-280.

Neoliberal politics being dominant within the EU edifice since the Maastricht Treaty opted for the austerity medicine to the financial crisis and decisively defended this choice against the first serious electoral challenge it faced within the EU.

Days after the electoral victory of *Syriza* in January 2015, the President of the European Commission, *Jean-Claude Juncker* had stated that „*there can be no democratic choice against the European treaties.*”²⁰ This appeared as both a legal and a political statement. *Juncker* wasn't only saying that ending austerity would be a choice ‚outside the Treaties’, but also that this would therefore be ‚non-democratic’. It was already shown that the meaning of the first part of his statement is not legally defensible. Questioning austerity is not and cannot be prohibited by the Treaties. The second part of his statement is even more problematic; democratic credentials of the processes that led to the adoption of EU treaties are rather weak especially when we remember that the last of them – the Lisbon Treaty – was adopted in Parliaments after an almost identical text had been rejected directly by French and Dutch voters. The election of governments in member states is definitely taking place on a much clearer and sounder democratic basis than the adoption of EU Treaties. It is therefore, much more democratically legitimate for a government to question the Treaties,²¹ rather than identifying democracy with the Treaties and labelling as ‚non-democratic’ whoever questions the Treaties.

There is no law or Treaty article prohibiting to genuinely negotiate with an elected government which states its disagreement with previous governments’ engagements. The reasons for refusing to negotiate hence are political. In contrast, quite some serious legal arguments have been advanced by the ‚Truth Committee on Public Debt’ of the Greek Parliament in regard with why the loan agreements and the MoUs attached to them were illegal and should therefore be cancelled: breach of human rights by Greece and its lenders, the ECB over-stepping its mandate with participating in the application of macroeconomic adjustment programs via its participation in the Troika, bilateral loans violating the procedure provided by the Greek constitution and more.²² These arguments never really entered the official debate.

20 *Le Figaro*, Jean-Claude Juncker: Pas question de supprimer la dette grecque, www.lefigaro.fr/conjoncture/2015/01/28/20002-20150128ARTFIG00441-jean-claude-juncker-pas-question-de-supprimer-la-dette-grecque.php (28.1.2015).

21 *Juncker* himself questioned the Treaties when proposing important changes to them. *F Hollande* was elected among others on a ticket to renegotiate an intergovernmental EU Treaty. See: *Juncker et al*, Completing Europe's economic and monetary union, http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_en.pdf (22.6.2015); *Le Monde*, Traité européen: comment Hollande veut renégocier, www.lemonde.fr/election-presidentielle-2012/article/2012/02/08/traite-europeen-comment-hollande-veut-renegocier_1640284_1471069.html (22.6.2015).

22 Greek Parliament's *Truth Committee on Public Debt*, Preliminary Report [the link has now been removed from the Greek Parliament's website], www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2014/06/Report-Greek-Truth-Committee.pdf (18.6.2015).

2. Troika's programs lay on shaky legal grounds

EU leaders tend to forget that the first bail out mechanism for Greece that was ungently put in place back in April 2010 in order to save French and German banks from their Greek exposure, as well as the Euro as a currency, was created in an ad hoc basis which was in sharp conflict with the ‚no bail-out clause’ included in Art 125 TFEU. So, the starting point of the sacrosanct agreements that – according to *Schäuble* – were above election results has been a violation of the EU Treaty.

These loan agreements got only half-legalised when 1) at the end of 2010 – by using in a rather overstretched way Art 48(6) TEU – Art 136 TFEU was revised in order to authorize financial assistance to Eurozone countries for the sake of the „stability of the euro area”²³ and 2) in 2012, when the ESM Treaty got approved by the Eurozone member states. Since it is not signed by all EU member states, the ESM is not part of EU Treaties or EU law, nonetheless it is quite strangely subject to the jurisdiction of the Court of Justice of the EU (CJEU).²⁴

Real political negotiation was refused to an elected government, in the name of defying the ‚rules’ of the fore-mentioned mechanisms put in place hastily in order to save a decade-old sui generis monetary union from the biggest global financial crisis in eighty years.

But except of the process, the legality of the content of the policies contained in the MoUs for Greece is also questionable. With the Lisbon Treaty, „the Charter of Fundamental Rights [CFR] became (in theory)²⁵ legally binding on the EU institutions and on national governments, just like the EU Treaties themselves.”²⁶ Below follow three examples of clear violations of social rights included in the CFR that occurred in Greece as a result of the implementation of the MoUs:

1. Art 30 of the CFR provides that „*every worker has the right to protection against unjustified dismissal*”.²⁷ In May 2010, as a condition of the MoU attached to the first Eurozone loan, the Troika said that the government should „*amend employment protection legislation to extend the probationary period for new jobs to one year*”²⁸ during which workers could be fired without any warning or reasoning. This loan condition was transposed into national law in December 2010. This being a generic provision applicable across sectors and professions, it exposed a big part of

23 See: *European Council*, EU Summit conclusions, www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/118578.pdf#page=6 (17.12.2010).

24 Treaty establishing the European Stability Mechanism of 11.7.2011.

25 The Commission is of the view it can only take action against CFR breaches when EU law is violated. See: *European Commission*, Annual report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights (2013), http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/swd_2014_141_part1_en.pdf (14.4.2014).

26 Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR), OJ C 2012/326, 249; Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, OJ C 2007/306.

27 CFR.

28 *European Commission*, The Economic Adjustment program for Greece, http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2010/pdf/ocp61_en.pdf (2010).

the working force to unjustified lay-off. The only authority that examined the measure is the European Committee of Social Rights (ECSR) of the Council of Europe (47 member states) which judged that Art 4.4 of the European Social Charter – which is actually the basis of inspiration for Art 30 of the CFR and „*recognise(s) the right of all workers to a reasonable period of notice for termination of employment*” – has been violated.²⁹ Contrary to the Troika, which may suspend a loan, the ECSR does not have any clout to impose its decision. As a result, the law in question remains in place.

2. Art 31 of the CFR provides that „*every worker has the right*” to „*fair and just working conditions*” which „*respect his [...] dignity.*” In February 2012, the EU and the IMF conditioned a second loan to Greece with a 22 % reduction of the minimum salary in the private sector. This brought the salary for young people to € 440 net/month. This was below the official poverty line. One year later, the ECSR ruled this violated the right to a fair remuneration sufficient for a decent standard of living of young workers provided in the European Social Charter.³⁰ It is rather clear that a legal salary beyond the poverty line is not fair and does not respect the dignity of young workers; therefore it looks like the CFR is violated as well. But no EU body or court has ever examined the conformity of this measure with the EU’s own Charter.
3. Art 28 of the CFR guarantees „*the right [of workers] to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels [in accordance with national laws and practices] and [...] to take collective action to defend their interests, including strike action.*” Contrary to the spirit of the Greek Constitution, which guarantees free collective agreements, the Troika dismantled them in three steps: In 2010 it imposed the primacy of agreements per enterprise vis-à-vis agreements per sector. In February 2012, it imposed that „*collective agreements which have expired will remain in force for a period of maximum 3 months. If a new agreement is not reached, after this period, remuneration will revert to the base wage [...] until replaced by those in a new collective agreement or in new or amended individual contracts.*”³¹ Thus, any legal motive for employers to conclude collective agreements has been eliminated. In November 2012, the national-level collective negotiations defining this base wage (the national minimum salary) were downgraded from a compulsory to a consultative mandate for the government.³² The government can now define the minimum

29 European Social Charter, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/035.htm> (1961).

30 General Federation of employees of the National Electric Power Corporation and Confederation of Greek Civil Servants’ Trade Unions against Greece, Complaint No 66/2011, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2029587\(5.2.2013\)](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2029587(5.2.2013)).

31 Memorandum of Understanding between the European Commission acting on behalf of the Euro Area Member States and the Hellenic Republic, http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2012-03-01-greece-mou_en.pdf (2012).

32 Νόμος 4093/2012, www.ydmed.gov.gr/wp-content/uploads/2012/12/19_n4093_01_egkrisi_plaisiou2013_16.pdf (2012).

wage by decree. Just before the *Samaras* government collapsed at the end of 2014, the Troika was pushing it to change the legislation on how strikes are decided and on how trade unions are funded. Such pressures might rise again after the September 2015 elections. Art 153 of the TFEU explicitly requires from the EU not to interfere at all with „*pay, the right of association, the right to strike.*” Therefore all the above measures imposed by the Troika may violate both the CFR and the TFEU.

These are only three examples of violations of the Treaties that occurred by the two first MoUs and more can be expected with the third MoU. The Greek constitution has also been violated by several MoU provisions.³³ Greece doesn't have an effective constitutional court like Germany but in the rare cases that high courts have ruled some measures being anti-constitutional the EU has demanded their replacement by other measures of ‚equal effect’. In some cases, court decisions have also remained non-enforced for long periods (ERT, dismissed cleaners etc). The Greek Parliament's debt committee has provided more reasons why these bail-outs cannot be deemed lawful.³⁴

Responding to questions of MEPs on this issue of the MoUs' violations of the CFR, competent European Commissioners have altered two types of responses: The first is that since MoUs are not legislative texts but bilateral international agreements between a country and its creditors, the CFR „*is not applicable*”;³⁵ the second is that the „*The Plan developed by the Troika in strict accordance with the Greek Government is based on the Treaties [...] but I would not go so far as to say that the Troika [...] have violated fundamental rights by imposing and agreeing on a reform package.*”³⁶

Commissioners say that „*to this day, no violation of EC law has been found as resulting from the implementation of measures under a program.*” At the same time, European Parliament resolution „*regrets the fact that the programs in question were designed without sufficient means to assess their consequences*”³⁷ which means that Commissioners are not in position to have the slightest idea about whether there are violations or not; no official, proactive or retrospective, assessment or inquiry on this issue has ever been done. Citizens of EU member states do not have the right to go to the CJEU unless a law directly and adversely affects them as individuals (Art 253 TEU). The fact

33 A list of violations of the Greek Constitution can be found here: *Greek National Commission for Human Rights*, Statement on the impact of the continuing austerity measures on human rights, www.nchr.gr/images/English_Site/CRISIS/GNCHR_Statement_%20impact_of_austerity_measures_on_HR_2015_.pdf (15.7.2015).

34 Report on the third loan agreement: Greek Parliament's *Truth Committee on Public Debt*, Illegitimacy, Illegality, Odiousness and Unsustainability of the August 2015 MoU and Loan Agreement, http://cadtm.org/IMG/pdf/7AEBEF78-DE85-4AB3-98BE-495803F85BF6-Mnimonio_ENG-2.pdf (10.2015).

35 *European Parliament*, Joint answer given by Mr *Moscovici* on behalf of the Commission on written questions :E-007535/14, E-007778/14, www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2014-007535&language=EN (1.12.2014).

36 The Treaties include the CFR. *European Parliament*, Hearing of Frans Timmermann, www.europarl.europa.eu/hearings-2014/resources/library/media/20141022RES75832/20141022RES75832.pdf (7.10.2014).

37 *European Parliament*, Report on Employment and social aspects of the role and operations of the Troika (ECB, Commission and IMF) with regard to euro area program countries, www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201402/20140221ATT79736/20140221ATT79736EN.pdf (20.02.2014).

that collective appeals have to represent the totality of the persons concerned excludes any possibility of appeals by trade unions or other citizens' groups. Greek unions actually tried to challenge the MoUs, but the CJEU refused to admit their cases,³⁸ just as it did with Portuguese unions.³⁹

In its approach towards Greece, the EU has spent all its 'legal strictness' on rules regarding budgetary discipline and the safety of the monetary union. But a whole other chapter of EU law supposedly referring to the fundamental principles upon which the Union is based, namely Art 2 and 3 TEU (common provisions and provisions on the democratic principle), has been side-lined. This poses the question of selective 'implementation' of EU law, in connection with the dominant socio-political interests. Rules that could be used to strive for the continuation of the austerity programs have been overstretched, while other rules – notably on fundamental rights and human rights obligations under the UN – that could be used to abolish these programs have been completely ignored. The Greek side made a quite bad use of the latter rules for a variety of reasons, in any case not unrelated to the weaker side having by definition less opportunities to invoke the law. The Greek government never evoked the findings of the Greek Parliament's Truth Committee on public debt during its talks with EU institutions.

3. How does law serve justice?

Academics like *Jürgen Neyer* have argued that the EU can base its legitimacy more on delivering justice than by its democratic credentials. He conceives justice as something inherently defended by the Treaties and the CJEU.⁴⁰ On the other hand, *Danny Nicol*, professor of public law in the UK, explains that justice and the extent to which it is served by the various legal texts need to be something we can argue about. Furthermore, decisions of courts and other institutions interpreting legal texts can be contestable, especially when – as it is the case with the CJEU and the European Commission – they are obliged to strive for 'the achievement of the EU's objectives' in a quite partisan political way.⁴¹ These institutions' inaction in regard with CFR violations in Greece in the period of 2010-2015 is a typical example of such a contestable stance.

The Greek case also demonstrates the inner contradictions that can come up in specific circumstances between different principles and objectives included in the treaties such as 'highly competitive market' (including in financial markets), 'Eurozone stability',

38 *General Court*, (First Chamber) 27.11.2012, T-541/10, *Anotati Dioikisi Enoseon Dimosion Ypallilon (ADEDY), Spyridon Papaspyros and Ilias Iliopoulos/Council of the European Union*.

39 CJEU 4.5.2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte, Sindicato dos Bancários do Centro, Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas, Luís Miguel Rodrigues Teixeira de Melo v BPN/Banco Português de Negócios SA*.

40 *Neyer*, Justice, Not Democracy: Legitimacy in the European Union, www.europa-uni.de/de/forschung/institut/institut_fit/publikationen/discussion_papers/2008/01-08_Neyer.pdf (2008).

41 *Nicol*, Swabian Housewives, Suffering Southerners: The Contestability of Justice as Exemplified by the Eurozone Crisis in Europe's Justice Deficit (2015), p 165.

‘democracy’ and ‘social justice’. These contradictions cannot be solved in a strictly legal let alone procedural framework because competing political opinions provide competing visions of justice and therefore the justice argument is also political. Justice thus needs democratic spaces and institutions to be debated in and – only provisionally and partly – decided upon.

The Eurozone crisis and the Greek experience in particular have brought to surface how explosive diverging opinions and sentiments about justice can be. According to polls 70 % of Germans favoured a tough stance towards what they saw as an overindulging nation they’ve been paying for.⁴² In their eyes, austerity measures in Greece delivered justice. In contrast, even political proponents of austerity measures within Greece have taken the interesting line that the measures are „unjust but necessary”.⁴³ All these contrasts demonstrate a renewed need for „*the fiercest possible controversy about what’s just and what’s unjust*”⁴⁴ as Danny Nicol puts it.

Philip Selznik, professor of law and sociology in Berkeley says that „*Law is not necessarily just, but it does promise Justice.*”⁴⁵ Conceptions of Justice can differ depending on the social class one belongs to. And different conceptions do lie at different points on the left wing / right wing spectrum. Since the Rome treaty, community/EU law has a clear free market and increasingly a pro-corporate bias. At the same time, it includes much less tools to limit and control power than most national legal systems and it is more open to interpretation and à la carte prioritisation of its various provisions. Consequently, it can be more easily exploited by power than national law. Finally, its substantive conception of justice becomes more and more incomprehensible by citizens. Social justice is almost never cited among its imperatives but it is not exactly the conception of a pure market order promoted by *Hayek* either. It tends to approach the German ordoliberalism but without having its checks and balances. It is, in a nutshell, becoming harder and harder to grasp what concept of justice the EU is promising to citizens.

4. Law and democracy should work together in order to achieve justice

Democracy together with sound legal arguments and a well-functioning legal system should decide on which point of the left / right spectrum law should stand at each time and therefore what kind of justice it delivers. Democratic control mechanisms can limit exploitation of law by political power. They cannot make it disappear but they can shift

42 *The Wall Street Journal*, German Public Stands Behind Angela Merkel’s Tough Stance on Greece, www.wsj.com/articles/german-public-stands-behind-angela-merkels-tough-stance-on-greece-1435673522 (30.6.2015); *The Guardian*, EU debt crisis: German papers whip up anti-Greece fury, www.theguardian.com/business/2010/apr/29/eu-debt-crisis-german-papers-whip-up-anti-greek-fury (29.4.2015).

43 For *E Venizelos* and *A Samaras* see: http://www.antenna.gr/webtv/watch?cid=_y_p5xt1_xf0d0=; *To Pontiki*, www.topontiki.gr/article/18673/evenizelos-varia-kai-en-merai-adika-ta-nea-metra-alla-anagkaia (26.6.2011).

44 *Nicol*, *Swabian Housewives, Suffering Southerners: The Contestability of Justice as Exemplified by the Eurozone Crisis in Europe’s Justice Deficit* (2015), p 165.

45 Cited in *Douglas-Scott*, *Justice, Injustice and the Rule of Law in the EU*, in *Europe’s Justice Deficit* (2015), p 51.

competition for power towards the democratic sphere, and thus empower people both to control power and contribute to law making. Only effective mechanisms of democratic control can allow genuinely democratic law making. Here is the basic problem of the EU legal order: Such mechanisms of democratic legitimacy lack almost completely. As long as this situation continues, it will be impossible for EU law to serve a democratically legitimated conception of justice.

The ideas of the five EU presidents on the future of ‚democratic legitimacy and accountability‘ are indicating that the EU does not plan to introduce any real mechanism of democratic control up to 2025. The EU leaders consider the following measures as improving democratic legitimacy:

- A purely consultative role of the European and national parliaments on economic governance.
- Integrate semi-lawful, hastily put in place intergovernmental agreements such as the TSCG, the Euro Plus Pact, the Single Resolution Fund and the ESM into the EU Treaties.
- Reinforce the Eurogroup’s and its president’s role without mentioning whether it will become a formal body which is not up to now.
- Create a euro area Treasury (where normally votes are allocated as in a stock company) centralising decisions on revenue and expenditure policy.⁴⁶

This is not only about tolerating „glacial change, leaving generations of Europeans to live under a semi-democracy“⁴⁷ as journalist *Paul Mason* put it, but about further replacing real democratic control mechanisms existing in the national level with EU decision making out of the scope of any effective democratic control.

Greece is a symbolic case where both democracy and justice have been crushed by the imposition of the political will of the most powerful actors within the EU evoking legality in a rather flimsy way. The EU dominates Greece rather by fear than any sense of justice. Local proponents and opponents of EU policy know that and organise their arguments accordingly. This perspective is a serious indication that it is impossible for Greek society to strive towards any coherent conception of justice within the EU’s straightjacket.

EU law and EU politics are converging through the subordination of the former to the latter and the limitation of the relative autonomy of law, especially in comparison with what happens at the national level. The underlying and most important dichotomy that grows in the EU is the one – as argued in this article – between political power and democracy which aggravates the dichotomy between law and justice.

Yiorgos Vassalos is a political scientist currently writing his PhD on the role of the financial industry in EU financial regulation. He is also an activist in anti-austerity movements; Yiorgosvassalos@yahoo.gr

46 *Juncker et al*, Completing Europe’s economic and monetary union, http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_en.pdf (22.6.2015).

47 *The Guardian*, Europe is becoming an undemocratic continent where force matters more than law www.theguardian.com/commentisfree/2015/oct/18/eu-referendum-paul-mason (18.10.2015).

40 Jahre „Große Familienrechtsreform“: Gleichheit hinter den Türen des Privaten?

Ines Rössl / Caroline Voithofer

Es könnte ein Jubeljahr sein, wenn es gilt, 40 Jahre partner_innenschaftliches Ehemodell zu feiern. Gemessen an der Alltagsrelevanz war die „Große Familienrechtsreform“¹ eine der bedeutsamsten Reformen der 2. Republik und 1975 angesichts der gelebten Geschlechterverhältnisse längst überfällig. Das ursprüngliche Familienmodell des ABGB hatte dem Ehemann nicht nur die Letztentscheidungsbefugnis in allen wichtigen Familienangelegenheiten zugewiesen, es hatte ihn gem § 91 aF ABGB² auch einseitig zur wirtschaftlichen Erhaltung der Familie verpflichtet. Mit der „Großen Familienrechtsreform“ wurde dieses patriarchale Familienkonzept vom Grundsatz der einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse abgelöst. Dies kann als Schritt zur Gleichstellung von Männern und Frauen innerhalb der Ehe gewertet werden.

In den letzten 40 Jahren erfolgten im Recht der (familiären) Nahebeziehungen zahlreiche weitere – für die Geschlechterverhältnisse relevante – Neuerungen.³ Um einige Bsp zu nennen: der eherechtliche Gleichbeteiligungsgrundsatz („Halbe/Halbe“)⁴, das geschlechtsunabhängige Ehemündigkeits⁵ und Adoptionssalter⁶, die grundsätzliche Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder,⁷ die Gleichstellung der verschiedenen und gleichgeschlechtlichen Lebenspartner_innenschaft in vielen Bereichen,⁸ die Eingetragene Partner_innenschaft für gleichgeschlechtliche Paare,⁹ die Möglichkeit der gemeinsamen Obsorge nach Trennung/Scheidung,¹⁰ die Väterkarenz,¹¹ ein geschlechterge-

1 BGBl 1975/412.

2 JGS 1811/946.

3 Für einen Überblick siehe bspw *Aichhorn in Schläppi/Ulrich/Wyittenbach* (Hrsg), CEDAW-Kommentar (2015) Art 15, Art 16.

4 EheRÄG 1999 BGBl I 1999/125.

5 KindRÄG 2001 BGBl I 2000/135.

6 KindNamRÄG 2013 BGBl I 2013/15.

7 Va durch: BGBl 1970/342; BGBl 1977/403; BGBl 1983/566; BGBl 1989/656-659; BGBl 1989/162; BGBl 1995/25; BGBl I 2000/135; BGBl I 2004/58.

8 Vgl etwa Zeugnisschlagungsrecht: StRÄG 1998, BGBl I 1998/153; Mieteintrittsrecht: EGMR 24.7.2003, 40016/98, *Karner/Österreich*; Mitversicherung: VfGH 10.10.2005, G 87/05 ua, V 65/05 ua.

9 EPG BGBl I 2009/135.

10 KindRÄG 2001 BGBl I 2000/135; seit dem KindNamRÄG 2013 auch gegen den Willen eines Elternteils. Vgl *Steiner*, Versuch mit untauglichen Mitteln, *juridikum* 2015, 129ff.

11 VKG BGBl 1989/651.

rechteres Familiennamensrecht,¹² die (Stiefkind-)Adoption für gleichgeschlechtliche (eingetragene) Paare,¹³ die Stärkung der Rechtsposition des Stiefelternteils¹⁴ und aller in einem familiären Naheverhältnis zum Kind stehenden Personen,¹⁵ die Öffnung der Fortpflanzungsmedizin für lesbische Paare und die Zulassung von Eizellenspenden,¹⁶ die Möglichkeit einer Änderung des Geschlechtseintrags für verheiratete Inter*- und Trans*-Personen.¹⁷ Das Familienrecht ist insgesamt weniger statusbezogen als noch 1975,¹⁸ insb der Status „verheiratet“ hat an Bedeutung verloren. Die vom Recht anerkannten familiären Nahebeziehungen sind vielfältiger und insb die Judikatur von EGMR und VfGH zu Art 8 iVm Art 14 EMRK (diskriminierungsfreies Recht auf Privat- und Familienleben)¹⁹ treibt die zunehmende Verabschiedung von heteronormativen und geschlechtsspezifischen Stereotypen von Elternschaft voran.²⁰

Diese Entwicklungen sind allerdings nicht ohne Widersprüche, Lücken und Brüche.²¹ Da viele Reformen der jüngsten Zeit von den Höchstgerichten als punktuelle Korrekturen menschenrechtswidriger Regelungen angestoßen wurden, entstehen verschiedene Rechtsschichten, welche die rechtliche Regulierung (familiärer) Nahebeziehungen wie ein Kippbild erscheinen lassen: Je nach Perspektive und Betrachtungsgegenstand scheint das traditionelle Familienmodell (heterosexuelle Kernfamilie durch „natürliche“ Zeugung und/oder Ehe gegründet) weiterhin die Oberhand zu behalten oder sich ein fortschrittliches Familienrecht durchzusetzen.

12 Die letzte umfassende Novellierung erfolgte durch das KindNamRÄG 2013. Vgl etwa *Hellmair*, Gender Mainstreaming in der Legistik? Anforderungen und Wirklichkeit am Beispiel des KindNamRÄG 2013, *juridikum* 2013, 524f. Diskriminierend ist die Rechtslage für eingetragene Partner_innen, da sie lediglich einen gemeinsamen „Nachnamen“ (nicht „Familiennamen“) annehmen können. Vgl kritisch bereits 2010: *B Beclin*, Das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz im Lichte des Eherechts, EF-Z 2010, 57.

13 Infolge der Verurteilung Österreichs in EGMR (GK) 19.02.2013, 19010/07, *X ua/Österreich* erfolgte die Öffnung der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare durch das AdRÄG 2013 BGBl I 2013/179. Mit VfGH 11.12.2014, G 119/2014 ua wurde auch die gemeinsame Adoption für eingetragene Partner_innen ermöglicht.

14 Vgl die Einführung von § 137 Abs 4 ABGB (jetzt: § 139 Abs 2 ABGB) durch das FamRÄG 2009, BGBl I 2009/75. KindNamRÄG 2013 BGBl I 2013/15.

15 FMedRÄG 2015 BGBl I 2015/35 infolge von VfGH 10.12.2013, G 16/2013 ua.

17 Vgl etwa: VwGH 30.9.1997, 95/01/0061.

18 Vgl bspw rechtsvergleichend *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung, Familienrecht im Wandel (1987).

19 Vgl zB zuletzt EGMR 3.2.2011, 35673/03, *Sporer/Österreich*; EGMR (GK) 19.2.2013, 19010/07, *X ua/Österreich*; VfGH 10.12.2013, G 16/2013 ua (FMed-Öffnung für lesbische Paare); VfGH 11.12.2014, G 119/2014 (gemeinsame Adoption für gleichgeschlechtliche Paare).

20 Vgl aber die inkonsistente Judikatur des VfGH zur Zulässigkeit von Unterschieden zwischen Ehe und EP: VfGH 9.10.2012, B 121/11 ua; VfGH 3.3.2012, G 131/11; VfGH 19.6.2013, G 18, 19/2013. S zu Ambivalenzen der EGMR-Judikatur: *Rössl*, Zwischen Status, Vertrag und gelebten Verhältnissen: Aktuelle EGMR-Judikatur zu Väterrechten und gleichgeschlechtlicher Elternschaft, in *Ulrich/Neuwirth* (Hrsg), Zum Verhältnis von Reproduktion, Erwerbsarbeit und fairer Budgetpolitik (2015, im Erscheinen).

21 Vgl zB zu den offenen Fragen iZm der Novellierung des Fortpflanzungsmedizingesetzes *Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer*, Fortpflanzungsmedizinengesetz 2015: Lang ersehnte Liberalisierung ohne unerwünschte Nebenwirkungen? *juridikum* 2015, 26ff; *Gottschamel/Kratz-Lieber*, Verfassungsrechtliche Fragen im Abstammungsrecht nach dem FMedRÄG 2015. Ungleichbehandlung bei der Erlangung der automatischen Elternschaft, *ÖJZ* 2015, 917ff.

„Fortschrittlich“ in diesem Sinne wäre ein Familienrecht, das dem Familienbegriff von Art 8 EMRK gerecht wird und nicht nur Schutz vor (staatlichen) Eingriffen gewährt, sondern auch Privilegierungen bestimmter Familienkonstellationen entrümpelt. Da solche immer noch bestehenden Privilegierungen den Prüfmaßstäben von Art 8 iVm Art 14 EMRK unterliegen, ist zu erwarten, dass noch bestehende formelle Ungleichbehandlungen – zB zwischen den institutionalisierten Familienformen Ehe und EP – sukzessive durch höchstgerichtliche Entscheidungen und daran potentiell anschließende Gesetzesnovellen beseitigt werden.²²

Dem Anspruch auf Gleichstellung der Geschlechter wäre allerdings selbst mit einer vollständigen Entdiskriminierung des Familienrechts nicht genüge getan. Denn Gleichheitsziele stoßen an Grenzen, wenn sie sich auf die Ebene formal gleicher individueller Rechte beschränken. Dementsprechend wurde bspw am neuen Obsorgerecht ua kritisiert, dass es zwar eine stereotypenabbauende Intention verfolge, jedoch aufgrund der strukturellen Geschlechterverhältnisse die Sorgearbeit weiterhin bei den Frauen verbleibe.²³ Symptomatisch für solche Strukturbedingungen sind zB die weiter bestehende geschlechtsspezifische familiäre Arbeitsteilung,²⁴ der geschlechtlich segregierte Arbeitsmarkt²⁵ und der ua damit einhergehende Gender Pay Gap.²⁶

Das Recht der familiären Nahebeziehungen kann daher nicht losgelöst von seinen strukturellen Bedingungen betrachtet werden. Eine fortschrittliche Familienrechtsreform würde also radikal über die Zwecke staatlicher Vorgaben im Bereich der (familiären) Nahebeziehungen nachdenken, vieles der freien Wahl der Beteiligten überlassen

22 Bspw hat der EGMR nunmehr ein Verfahren zur Frage eingeleitet, ob es sich bei der unterschiedlichen Behördenzuständigkeit bei EP und Ehe um Diskriminierung handelt (EGMR, 31185/13, *Dietsch und Suttasom/Österreich*). Die Rechtsentwicklung mithilfe gerichtlicher Judikate wird entscheidend durch die Aktivitäten von Organisationen wie dem *Rechtskomitee Lambda* (www.rklambda.at) vorangetrieben. Vielleicht wird auch die Gesetzgebung von sich aus aktiv werden. Immerhin kündigte Familienministerin *Karmasin* kürzlich an, „diskriminierende Aspekte bei gleichgeschlechtlichen Paaren wegbekommen“ zu wollen, vgl Parlamentskorrespondenz Nr 1154, 29.10.2015: Familienpolitik in Österreich: Bilanz und Ausblick. Aktuelle Stunde mit Familienministerin Sophie Karmasin im Bundesrat, www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2015/PK1154/index.shtml (3.11.2015).

23 Vgl *Plözlbauer*, Die Sorge mit der Obsorge. Die Neuerungen im KindNamRÄG aus Genderperspektive, in *Deixler-Hübner/Ulrich* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz. Grundrechte – Elternrechte – Kinderrechte (2013) 131.

24 S zB *Statistik Austria*, Zeitverwendung 2008/09. Ein Überblick über geschlechtsspezifische Unterschiede. Endbericht der Bundesanstalt Statistik Österreich an die Bundesministerin für Frauen und Öffentlichen Dienst (2009), www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/zeitverwendung/zeitverwendungserhebung/index.html (24.10.2015). Vgl auch *Statistik Austria* zu Teilzeit- und Vollzeitarbeit von Männern und Frauen (insb mit betreuungspflichtigen Kindern), www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/familie_und_arbeitsmarkt/index.html (24.10.2015).

25 Vgl *Statistik Austria*, Unselbständig Erwerbstätige (ILO) nach ÖNACE und Geschlecht, 2014, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/gender-statistik/erwerbstaetigkeit/043909.html (24.10.2015).

26 Vgl *Geisberger/Glaser*, Geschlechtsspezifische Verdienstunterschiede. Analysen zum „Gender Pay Gap“ auf Basis der Verdienststrukturerhebung 2010, Statistische Nachrichten 2014/3, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/gender-statistik/einkommen/index.html (24.10.2015).

und gleichzeitig faktisch schwächer Positionierte schützen und ermächtigen.²⁷ Sie müsste aber auch über den Tellerrand des Familienrechts hinausblicken und die wirtschaftlichen Verhältnisse und die damit verknüpften Rechtsgebiete – wie Arbeits-, Sozial-, Finanzrecht – in den Blick nehmen. Da geht es um Fragen ökonomischer Absicherung für alle. Denn nur wenn diese gewährleistet ist, ist sichergestellt, dass zB Frauen in der Ehe oder bei einer Scheidung nicht am kürzeren Ast sitzen, wenn es zu (gerichtlich ausgetragenen) Konflikten kommt. Und nur dann ist gesichert, dass ökonomisch schwächere Haushalte nicht benachteiligt sind, wenn Vater und Mutter gleich lange in Karenz gehen.

Eine Reform familiärer Nahebeziehungen müsste sich zudem von einer Gesellschaftsvision leiten lassen, in der alle gleichermaßen Erwerbsarbeit wie Sorgearbeit leisten können und dies auch tun.²⁸

Und schließlich müsste eine Reform, die emanzipatorische und gleichstellende Wirkung für *alle* (nicht nur für österreichische/europäische Staatsbürger_innen) hat, das Migrationsrecht miteinbeziehen. Im Migrationskontext sind nämlich institutionalisierte Familienformen (insb die Ehe) weiterhin privilegiert;²⁹ das Familienleben gleichgeschlechtlicher Paare ist weniger geschützt;³⁰ das Aussteigen aus Beziehungen ist uU mit aufenthaltsrechtlichen Risiken verbunden³¹ und Beziehungen, die ethnisierten und kulturalisierten Geschlechterstereotypen widersprechen, laufen Gefahr, in Verdacht einer verbotenen Aufenthaltsehe zu geraten.³²

Rechtsreformen, die sich ausschließlich auf das Familienrecht im engeren Sinn fokussieren, sind daher zu eng angelegt, wenn es gilt, die Enthierarchisierung der familiären Geschlechterverhältnisse zu erreichen. Geschlechterpolitik ist eben nicht nur Familienpolitik. Das Private ist nämlich auch insofern politisch, als die „privaten“ Verhältnisse durch gesellschaftliche Strukturen bedingt sind. Die „Große Familienrechtsreform“ ist in ihrer Bedeutsamkeit kaum zu unterschätzen. Mit der Herstellung formaler Rechts-

27 Vgl *Mesquita*, Ban Marriage! Ambivalenzen der Normalisierung aus queer-feministischer Perspektive (2011) 266-271.

28 Vgl dazu auch *Haug*, Entwurf: Die Vier-in-einem-Perspektive. Eine Utopie von Frauen, die eine Utopie für alle ist, in *Haug* (Hrsg), Die Vier-in-einem-Perspektive. Politik von Frauen für eine neue Linke (2008) 13.

29 Vgl den Familienbegriff in § 2 Abs 1 Z 9 NAG BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2015/122.

30 Zu asylrechtlichen Regelungen zum Familiennachzug vgl *Sußner*, Invisible intersections, queer interventions: same sex family reunification under the rule of asylum law, in *Spijkerboer* (Hrsg), Fleeing Homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum (2013) 176.

31 Die für einen Aufenthaltstitel nachzuweisenden ökonomischen Mittel betragen derzeit für Ehepaare/eingetragene Partner_innen € 1.307,89; für Einzelpersonen mehr als die Hälfte dieses Betrags: € 872,31. Vgl § 11 Abs 5 iVm § 293 ASVG BGBl I 1955/189 idF BGBl I 2014/288. Opfer häuslicher Gewalt erhalten auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen einen Aufenthaltstitel (vgl § 27 NAG), jedoch ist die Handhabung dieser Bestimmung und ein Ausstieg aus der Beziehung mit (insb strukturellen) Problemen für die Betroffenen verbunden. Vgl *Wiener Interventionsstelle gegen Gewalt in der Familie*, Migrantinnen und familiäre Gewalt, www.interventionsstelle-wien.at/migrantinnen-und-haesusliche-gewalt (25.10.2015).

32 Vgl *Messinger*, Mehrfachdiskriminierung von Ehen mit Drittstaatsangehörigen unter dem Verdacht der Aufenthaltsehe, in *Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmidlechner* (Hrsg), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis (2014) 179.

gleichheit konnten wesentliche Aspekte der Geschlechterungleichheit aus dem Weg geräumt werden. Dies darf aber nicht dazu verleiten, sich auf dem Erreichten auszuruhen und zu behaupten, es gebe keine rechtlich gestützte Ungleichbehandlung mehr. Denn wie es mit der Gleichheit nun mal so ist, ist sie nicht erreicht, wenn nur der formell gleiche Rechtsstatus erreicht ist.

Mag.⁹ Ines Rössl ist Universitätsassistentin am Institut für Legal Gender Studies der Johannes Kepler Universität Linz und Redaktionsmitglied des *juridikum*; ines.roessl@jku.at

Dr.¹⁰ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck und Mitherausgeberin des *juridikum*; caroline.voithofer@uibk.ac.at