

nr 1/2017

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

## Pop und Recht

### recht & gesellschaft

Strafrechtliche Verfolgung von Homosexualität in Österreich

Die ethische Bank

Sprachanalysen im Asylverfahren

Wirtschaftsrecht als Lebendes Recht

Europäische Ermittlungsanordnung

Performativer Charakter des Rechts

### debatte mindestsicherung

Mindestsicherung neu. Erste Gedankenskizzen

Für Context herausgegeben von Philipp Hense-Lintschnig, Maria Sagmeister,  
Caroline Voithofer und Andreas Wöckinger

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)  
[www.juridikum.at](http://www.juridikum.at)

 VERLAG  
ÖSTERREICH

# Furchtbar fesselnde freiheitsberaubende Vorhaben

Philipp Hense-Lintschnig

---

Mit Beginn des Jahres 2017 spielte der studierte Cellist und Innenminister, unter Beifall des passionierten Polizisten und Verteidigungsministers, noch lautstärker als sonst aus seinen „Sicherheit rechtfertigt jedweden Eingriff“-Noten. Mit einem kräftigen Crescendo steigerten sich die Forderungen des Innenministers bis zu einem Fortissimo, und fanden einigermaßen unverändert Eingang in das „Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018“<sup>1</sup>. Eines der Ziele unter der Überschrift „Sicherheit und Integration“ lautet folgendermaßen:

*„Überwachung von Gefährderinnen und Gefährdern  
Bei Personen, die einer terroristischen Straftat verdächtigt werden, insbesondere Unterstützung terroristischer Aktivitäten im In- oder Ausland (»Rückkehrer«), wird im Regelfall Untersuchungshaft verhängt. In Fällen, in denen die Gefährdung nur abstrakt ist und die Untersuchungshaft unverhältnismäßig wäre, wird die elektronische Fußfessel als gelinderes Mittel angestrebt und durch die Gerichte entschieden. Der Justizminister wird diese Maßnahme im Erlassweg über die Staatsanwaltschaften unterstützen.“<sup>2</sup>*

Aus dem BMI gab es in den letzten Jahren regelmäßig vergleichbare Forderungen.<sup>3</sup>

*Ist es rechtmäßig, Gefährder\_innen mit einer Fußfessel zu überwachen?*<sup>4</sup>

Darauf gibt es zwei Antworten, eine rechtsdogmatische und eine rechtspolitische.<sup>5</sup>

---

1 BReg, Für Österreich : Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018, <http://archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=65201> (2.2.2017).

2 BReg, Österreich 23. Auffällig ist dabei, dass die U-Haft als unverhältnismäßig bezeichnet wird, diese jedoch bei einer abstrakten Gefährdung ohne dringenden Tatverdacht jedenfalls unzulässig ist.

3 Zu Redaktionsschluss ließ der Innenminister übrigens mit der nächsten Forderung aufhorchen, nämlich ein Versammlungsverbot für Demonstrationen die „Geschäftsinteressen beeinträchtigen“ einzuführen; vgl *derstandard.at*, Sobotka will Demonstrationsrecht einschränken, <http://derstandard.at/2000052013880/Sobotka-will-Demonstrationsrecht-einschraenken> (2.2.2017).

4 Zusätzlich stellen sich Spezialfragen des Rechtsschutzes. Hier sind Szenarien vorstellbar, in denen ein Rechtsschutzbegehren gegen das Fortbestehen von Fußfesseln deswegen abgewiesen wird, weil die konkrete Gefährderin (noch) keine Straftaten begangen hat und sie deswegen weiterhin abstrakt gefährlich ist, da ihre Ungefährlichkeit nicht bewiesen ist. Im Sinne eines *Catch-22* würde die rechtssuchende Person erst dann vom Stigma der abstrakten Gefährdung und folglich von der Fußfessel befreit, wenn sie tatsächlich eine terroristische Straftat begeht.

5 Wobei die genaue Definition von Gefährder\_innen noch aussteht. Eventuell wird hier § 49d SPG als Vorbild herangezogen.

Aus rechtsstaatlich-rechtsdogmatischer Perspektive scheint die Antwort einfach: Die Ausstattung von Gefährder\_innen mit Fußfesseln greift potentiell in verschiedene Grundrechte ein. Bspw einen Eingriff der Fußfessel in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK und Art 7 GRC annehmend, wäre ein solcher Eingriff nur unter folgenden Bedingungen zulässig: Der Eingriff muss, wie bei allen klassischen materiellen Gesetzesvorbehalten, 1. gesetzlich vorgesehen sein, 2. einem bestimmten Schutzgut dienen und 3. in einer demokratischen Gesellschaft zur Erreichung dieses Zwecks notwendig iSv verhältnismäßig sein.<sup>6</sup> An dieser Stelle setzt die Verhältnismäßigkeitsprüfung an, die die gesetzlich vorgesehene Maßnahme mit einer Reihe von Fragen konfrontiert. Liegt das Ziel im öffentlichen Interesse? Ist das eingesetzte Mittel geeignet? Ist der Einsatz des Mittels zur Erreichung des Zieles notwendig bzw erforderlich? Besteht ein adäquates Verhältnis von Mittel und Grundrechtsbeeinträchtigung (Verhältnismäßigkeit ieS)? Im konkreten Fall gibt es spätestens bei der Frage der Eignung der Fußfessel Bedenken. Ist diese doch ihrem Wesen nach nicht dazu geeignet, eine Straftat zu verhindern. Weiters ist fraglich, ob es sich bei der lückenlosen Überwachung einer Person um das gelindeste Mittel zur Verhinderung von Straftaten handelt. Der vorläufige Befund lautet somit – vorbeugende Fußfesseln sind verfassungsrechtlich höchst bedenklich. Wobei ohne genaueren Vorschlag eine abschließende Beurteilung nicht möglich ist.

Noch einfacher aber lautet die rechtspolitische Antwort auf die Frage, ob Fußfesseln rechtmäßig sind. Erfährt doch die mit einer Fußfessel belegte Person eine minutiöse Überwachung, ohne je eine Tathandlung gesetzt zu haben. Zusätzlich wurde erst unlängst mit dem höchst umstrittenen PStSG<sup>7</sup> der Verfassungsschutz auf neue Beine gestellt und dadurch der Polizei neue Ermittlungsmöglichkeiten eröffnet. Es wirkt alarmistisch und den Schein von Strebsamkeit aufrechterhaltend, wenn schon wieder neue Kompetenzen geschaffen würden.<sup>8</sup> Im geltenden Recht bestehen hinreichende polizeiliche Befugnisse. Oder anders gesagt: Die Antwort lautet nein.

DI (FH) Mag. Philipp Hense-Lintschnig ist Mitherausgeber des Juridikum und lebt in Graz; philipp.hense@riseup.net

---

6 Vgl dazu etwa *Berka*, *Verfassungsrecht*<sup>6</sup> (2016) Rz 1292ff.

7 Polizeiliches Staatsschutzgesetz, BGBl I 2016/5.

8 Dabei darf nicht vergessen werden, dass das Polizeirecht, seitdem es rechtsstaatlich gebändigt wurde, dazu tendiert sich auszuweiten, was an den zahlreichen kompetenz- bzw befugnisausweitenden Novellen des Sicherheitspolizeigesetzes ablesbar ist.

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 1 Furchtbar fesselnde freiheitsberaubende Vorhaben  
Philipp Hense-Lintschnig

## merk.würdig

- 5 Abtreibung immer wieder & immer noch Thema  
Caroline Voithofer
- 9 Rechtsschutz bei faktischer Nichtgewährung von Grundversorgung  
*VfGH 15.10.2016, A 15/2015*  
Ines Rössl / Thomas Trentinaglia
- 14 Die Bedeutung internationaler Prozessbeobachtung  
*Anti-Terror-Verfahren gegen Anwält\_innen in der Türkei*  
Şerife Ceren Uysal / Clemens Lahner

## recht & gesellschaft

- 19 Aufstieg und Fall des § 209  
*Umkämpfte Deutungen strafrechtlichen Schutzes*  
Barbara Kraml
- 28 Die ethische Bank: was ist das?  
*Versuch einer Begriffsklärung*  
Miriam Broucek
- 37 Dieses Land gehört nicht zu mir..  
*Zur Praxis von Sprachanalysen im österreichischen Asylverfahren*  
Andrea Fritsche / Martina Rienzner
- 49 Der Lebensbezug als Basis des (neoliberalen) Wirtschaftsrechts  
*Analyse, Kritik, Überwindung*  
Stephan Vesco
- 58 Die Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung  
*Kernfragen zu strafprozessualen Effizienzbestrebungen im Unionsrecht und Szenarien möglicher Rechtsschutzdefizite nach nationalem Recht*  
Elias Schönborn
- 69 Von der künstlerischen Reflexion gerichtlicher Prozesse  
*Please, Continue (Hamlet) oder der performative Charakter rechtlicher Verfahren*  
Anna Königshofer

## debatte

- 80 Mindestsicherung neu. Erste Gedankenskizzen  
Martin Hiesel

## thema

- 87 Vorwort der Gastherausgeberinnen: Pop und Recht  
Angelika Adensamer / Flora Alvarado-Dupuy / Valerie Purth / Maria Sagmeister
- 89 Hyperkultur  
*Ein Song von*  
EsRAP / Betül Shayma Küpeli
- 90 Auditive Kriminologie  
*Verbrechensdarstellung in Liedtexten aus der angloamerikanischen Musiktradition*  
Christian Wickert
- 100 „Das notwendige Böse“  
*Zur Dialektik moderner Gesetzherrschaft in Christopher Nolans The Dark Knight Trilogie*  
Maximilian Pichl

- 112 **Unschöne Bilder**  
*Die Darstellung von Folter im Fernsehen*  
Gloria Halder
- 123 „I want the truth“  
*Selbstbestimmung im medizinischen Kontext in Breaking Bad*  
Katharina Leitner
- 134 „Let there be pop“: Ein popartiger-Stilversuch über Lehren in den Rechtswissenschaften  
Caroline Voithofer

## nach.satz

- 139 ‚Remix‘ der Geschlechter  
*Kommentar zu LVwG-750369/5/MZ/MR*  
Stephanie Jicha

## 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-Lintschnig, Maria Sagmeister, Caroline Voithofer und 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 Präsenzdiener: Euro 25,-  
Einstiegsabo: Euro 11,-  
Einzelheft: Euro 19,-  
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvarado-Dupuy, Fabiana Baxewanos, Miriam Broucek, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Philipp Hense-Lintschnig, Marion Guerrero, Matthias C. Kettemann, Andrea Kretschmann, Eva Pentz, Valerie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Caroline Voithofer, Andreas Wöckinger

### Wissenschaftlicher Beirat:

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

Angelika Adensamer, Miriam Broucek, Flora Alvarado-Dupuy, Šerife Ceren Uysal, Andrea Fritsche, Gloria Halder, Philipp Hense-Lintschnig, Martin Hiesel, Stephanie Jicha, Anna Königshofer, Barbara Kraml, Clemens Lahner, Katharina Leitner, Maximilian Pichl, Valerie Purth, Martina Rienzner, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Elias Schönborn, Betül Shayma Küpeli, Thomas Trentinaglia, Stephan Vesco, Caroline Voithofer, Christian Wickert

### Gastherausgabe des themas:

Angelika Adensamer, Flora Alvarado-Dupuy, Valerie Purth, Maria Sagmeister

## 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-Lintschnig: philipp.hense@riseup.net  
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at  
Caroline Voithofer: caroline.voithofer@uibk.ac.at  
Andreas Wöckinger: a.woeckinger@gmx.at

Das *juridikum* ist ein „peer reviewed journal“.

# Abtreibung immer wieder & immer noch Thema

Caroline Voithofer

---

Rezension zu: *Rebecca J Cook/Joanna N Erdmann/Bernard M Dickens* (Hrsg), *Abortion Law in Transnational Perspective. Cases and Controversies*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia (2014), 472 Seiten, ISBN 978-0-8122-4627-8

## 1. Relevanz des Themas

Dass 2017 immer noch für einen möglichst niederschweligen Zugang zum Schwangerschaftsabbruch in Europa (rechts)politisch gekämpft werden muss, hätten die Aktivist\_innen der 1970er-Bewegung wohl nicht erwartet. Doch leider verliert das Thema nicht an Brisanz. *Maria Sagmeister* widmete den vor.satz des letzten juridikums dem „schwarzen Protest“ gegen ein drohendes Abtreibungsverbot in Polen.<sup>1</sup> Auch in Österreich finden sich noch zahlreiche faktische Barrieren beim Zugang zur Abtreibung, was etwa die vier Kernforderungen des *Aktionskomitees Schwangerschaftsabbruch* belegen (1. Aufklärung zu Sexualität, Verhütung und Schwangerschaft; 2. Verhütungsmittel auf Krankenschein; 3. Kostenlose, leistbare und leicht zugängliche Möglichkeiten zum Schwangerschaftsabbruch; 4. Schwangerschaftsabbruch raus aus dem StGB)<sup>2</sup>. Auch die immer wieder stattfindenden und hauptsächlich von Abtreibungsgegner\_innen ausgehenden öffentlichen Proteste dazu, die für Befürworter\_innen eines niederschweligen Zugangs nicht selten in Strafverfahren münden,<sup>3</sup> sind Belege für die nach wie vor bestehende Umstrittenheit des Themas und können als Zeichen dafür gelesen werden, dass die ö Kompromisslösung in §§ 96f StGB<sup>4</sup> aus 1974/75 weder Befürworter\_innen noch Gegner\_innen eines niederschweligen Zugangs zur Abtreibung befriedigt. Angesichts medizinischer Weiterentwicklungen, die eine frühere Überlebensfähigkeit eines Embryos außerhalb des Uterus ermöglichen, sowie in der Fetalchirurgie, scheinen sich neue Kontroversen anzubahnen und gilt es, sich argumentativ vorzubereiten, um Selbstbestimmung über den eigenen Körper auch im Fall einer Schwangerschaft bestmöglich zu verwirklichen.

---

1 *Sagmeister*, Defensiverfolge – das Recht auf Abtreibung, *juridikum* 2016, 413-414.

2 *Aktionskomitee Schwangerschaftsabbruch*, [www.schwangerschaftsabbruch-tirol.at](http://www.schwangerschaftsabbruch-tirol.at) (3.1.2017).

3 Vgl etwa das in Innsbruck derzeit anhängige Strafverfahren (9 U 196/16-k) gegen 4 Aktivist\_innen\*, die beschuldigt sind, eine Versammlung zum Thema „auch Ungeborene sind Menschen und haben ein Recht auf Leben“ iSd § 285 StGB durch laute Sprechchöre und Gesänge gestört zu haben sowie durch das Schreien von „Hätt Maria abgetrieben, wärt ihr uns erspart geblieben“ den Tatbestand des § 188 StGB (Herabwürdigung religiöser Lehren) verwirklicht zu haben.

4 BGBl 1974/60 idF BGBl I 2015/112.

Dafür scheint es hilfreich, zu verstehen, warum das Thema (rechts)politisch nicht abkühlt und welche Regulierungsalternativen es gibt, die einen niederschweligen und gleichen Zugang zur Abtreibung ermöglichen. Hierfür lohnt jedenfalls ein Blick in den vorgestellten Sammelband von *Cook/Erdmann/Dickens*, der das Ziel hat, über die Analyse von transnationalen Regulierungsdiskursen zum Thema Schwangerschaftsabbruch, „[...] change in the frameworks of ideas that influence, underlie, and give meaning to [...] legal developments“<sup>5</sup> zu ermöglichen.

## 2. Aufbau und Inhalte des Bandes

Dem transnationalen Anspruch, den der Band stellt, wird er gerecht, indem neben spezifischen Länderperspektiven – von Argentinien über Afrika nach Europa und Nepal –, auch in den einzelnen Beiträgen über die jeweils nationalen Rechtsordnungen hinaus geblickt wird. Kennzeichnend für den Sammelband ist, dass immer wieder auf Rechtswirklichkeiten Bezug genommen oder gefordert wird, diese sowohl in der Rechtsanwendung als auch -schöpfung zu berücksichtigen.<sup>6</sup> Damit geht auch ein Infragestellen der Sinnhaftigkeit des Gleichsetzens von Recht und Gesetz einher, was in den Kapitelbezeichnungen II-IV zum Ausdruck kommt: II. Procedural Justice and Liberal Access,<sup>7</sup> III. Framing and Claiming Rights,<sup>8</sup> IV. Narratives and Social Meaning.<sup>9</sup> Insgesamt enthält der Band in 4 Kapiteln 16 Beiträge, von denen hier nur wenige kurz vorgestellt werden können. Im ersten Kapitel – I. Constitutional Values and Regulatory Regimes – finden sich 5 primär rechtsdogmatische Beiträge. Das Kapitel eröffnet *Reva B Siegel* mit „The Constitutionalization of Abortion“.<sup>10</sup> Darin bietet *Siegel* einen guten Überblick über zentrale Entwicklungen im internationalen rechtlichen Diskurs von den 1970er Jahren weg. Sie geht dabei näher auf die den internationalen Diskurs nach wie vor prägenden E des dt BVerfG und des US Supreme Courts – die das Spektrum vom Lebensschutz von Embryonen bis zur vollkommen autonomen Entscheidung der Schwangeren abdecken – sowie deren Rezeption durch andere Höchstgerichte ein. Der Beitrag ermöglicht ein leichtes Einsteigen in den internationalen Diskurs und macht ganz nebenbei den Zh von Politik und Recht deutlich. *Verónica Undurraga* zeigt im selben Kapitel in ihrem Beitrag „Proportionality in the Constitutional Review“<sup>11</sup> aufbauend auf das Verständnis von Regeln und Prinzipien iSv *Robert Alexy*, wie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung von Normen, die Schwangerschaftsabbrüche regulieren, passieren müsste und streicht damit die Relevanz von empirischer Rechtsforschung hervor. Der Beitrag bereitet den Boden für den Folgebeitrag von

---

5 *Cook/Erdmann/Dickens*, Introduction 2.

6 Vgl etwa: 101, 107, 133, 346.

7 Ebd 121-186.

8 Ebd 189-300.

9 Ebd 303-369.

10 Ebd 13-35.

11 Ebd 77-97.

*Rachel Rebouché* über „A Functionalist Approach to Comparative Abortion Law“.<sup>12</sup> *Rebouché* kritisiert, dass rechtsvergleichende Perspektiven bei ethisch und politisch umstrittenen Themen wie Abtreibung zwar notwendig sind, dass aber die herrschende Rechtsvergleichung zu kurz greife und um einen funktionalistischen Ansatz erweitert werden müsse. Die Frage nach den Funktionen, die mit einer Regelung erfüllt werden sollen, ermöglicht nicht nur das Offenlegen von jenen Interessen, die damit geschützt werden, sondern schafft auch die Basis dafür, das Funktionieren – also den Grad der Verwirklichung der Funktion – empirisch zu überprüfen und allenfalls eine andere Form der Regulierung zu wählen. *Rebouché* bezieht den Ansatz auf Diskussionen im Public Health Bereich. In der deutschsprachigen Rechtsdogmatik würden sich aber auch Verbindungen zur teleologischen Interpretation sowie zur Interessensjurisprudenz anbieten.

Im ersten Beitrag („The Procedural Turn: Abortion at the European Court of Human Rights“)<sup>13</sup> des 2. Kapitels zeichnet *Joanna N Erdmann* die Rspr des EGMR iZm Abtreibung nach und arbeitet heraus, welche Potentiale und Gefahren diese Rspr für die Selbstbestimmung der Schwangeren hat. *Erdmann* bezeichnet den Rspr-Trend als „procedural turn“ und meint damit, dass nationalstaatliche Regelungen nicht primär inhaltlich auf ihre Vereinbarkeit mit Art 8 EMRK, sondern draufhin geprüft werden, ob die darin verankerten „Rechte“ der Schwangeren für sie auch durchsetzbar sind.

*Bernard M Dickens* rückt in seinem Beitrag „The Right to Conscience“<sup>14</sup> im 3. Kapitel die Gewissensfreiheit in den Vordergrund. Das ist iZm Abtreibung zwar nichts Besonderes, besonders ist aber sein in den menschenrechtlichen Kontext gesetztes Plädoyer dafür, die Gewissensfreiheit nicht nur auf die Mediziner\_innen und die in Gesundheitsberufen Tätigen, sondern auch auf die Schwangere zu beziehen. Ihr müsse die Gewissensfreiheit nicht nur formal zustehen, sondern sie dürfe ihr auch nicht implizit – zB über zu hohe Beratungserfordernisse vor der Entscheidung – abgesprochen werden.

Das 4. Kapitel widmet sich den transnationalen Narrativen rund um Abtreibung. *Lisa M Kelly* schreibt darin über „Reckoning with Narratives of Innocent Suffering in Transnational Abortion Litigation“<sup>15</sup>; *Alejandro Madrazo* über „Narratives of Prenatal Parenthood in Abortion Law“<sup>16</sup> und *Rebecca J Cook* über „Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law“<sup>17</sup>. Jeder dieser Beiträge ermöglicht ein besseres Verstehen des Abtreibungsdiskurses und stellt Rechtsnormen in ihrem gesellschaftlichen Kontext vor.

Für die rechtsvergleichende Beschäftigung mit Abtreibung sind die beigefügten Tabellen über die erwähnten Gerichtsentscheidungen<sup>18</sup> und Rechtsquellen<sup>19</sup> jeweils sortiert nach

---

12 Ebd 98-117.

13 Ebd 121-142.

14 Ebd 210-238.

15 Ebd 303-326.

16 Ebd 327-364.

17 Ebd 347-369.

18 Ebd 371-378.

19 Ebd 379-385.



Staaten am Ende des Bandes besonders hilfreich. Zum schnellen Nachschlagen haben die Hrsg\_innen darüberhinaus einen Index<sup>20</sup> erstellt.

Insgesamt kann der Band allen, die sich mit Abtreibung beschäftigen, empfohlen werden, wenngleich bei der Lektüre zu bedenken ist, dass manche rechtliche Regelung potentiell novelliert wurde, was jedoch dem Verstehen der Regulierungsmechanismen keinen Abbruch tut.

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

---

<sup>20</sup> Ebd 459-470.

# Rechtsschutz bei faktischer Nichtgewährung von Grundversorgung

VfGH 15.10.2016, A 15/2015

Ines Rössl / Thomas Trentinaglia

---

## 1. Staatliches Nichtstun

Der „lange Sommer der Migration“<sup>1</sup>, der bis weit in den Herbst 2015 andauerte, führte in Österreich zu gestiegenen Zahlen von Asylanträgen. Die meisten Anträge wurden im Oktober 2015 gestellt, nämlich 12.308 im Vergleich zu 3.159 Anträgen im Oktober des Vorjahres.<sup>2</sup> Aufgrund der Überlastung von Polizeiinspektionen und BFA<sup>3</sup> wurden Asylanträge vielfach nicht angenommen, Ladungen zur Erstbefragung nicht zugestellt und Menschen buchstäblich auf die Straße gesetzt.<sup>4</sup> Das Versagen des Staates wurde durch Engagement seitens der Zivilgesellschaft zu kompensieren versucht. NGOs und spontane Initiativen bemühten sich um Versorgung, Unterbringung und Information von Geflüchteten.<sup>5</sup>

Wie konnte und kann der Staat in die Pflicht genommen werden? Es ging schließlich um nicht weniger als das Recht auf ein ordentliches Asylverfahren<sup>6</sup> und auf Grundversorgung.<sup>7</sup> Aufgrund des rechtsstaatlichen Prinzips ist klar, dass zur Wahrung dieser Rechte entsprechende Rechtsschutzinstrumente zur Verfügung stehen müssen. Es war jedoch, gerade was die Grundversorgung betrifft, keineswegs geklärt, welche dies im konkreten Fall sein würden.

---

1 Vgl. Hess *et al.* (Hrsg.), *Der lange Sommer der Migration. Grenzregime III* (2016).

2 Vgl. Bundesministerium für Inneres, *Asylstatistik 2015* (2016) 3, [http://www.bmi.gv.at/cms/BMI\\_Asylwesen/statistik/files/Asyl\\_Jahresstatistik\\_2015.pdf](http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Asylwesen/statistik/files/Asyl_Jahresstatistik_2015.pdf) (4.12.2016).

3 Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl.

4 Vgl. Kozal/Unterlerchner, *Rechtsberatung. Ein Erfahrungsbericht zu den zivilgesellschaftlichen Entwicklungen der letzten Monate im Bereich Rechtsberatung von Flüchtlingen in Wien*, *juridikum* 2015, 422 sowie *Freiwillige RechtsberaterInnen Hauptbahnhof & Westbahnhof*, *Stellungnahme vom 25.9.2015*, <https://images.derstandard.at/2015/09/25/Stellungnahme-der-RechtsberaterInnen-Hbf-u-Wbf25.09.2015.pdf> (4.12.2016).

5 Vgl. dazu auch Frühwirth/Lachmayer, *Privatisierung der Flüchtlingsbetreuung. Zwischen unternehmerischer Gewinnmaximierung und Zivilgesellschaft*, *Kurswechsel* 4/2015, 70.

6 Aus Art 18 GRC, der RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes („Asylverfahrensrichtlinie“) sowie Art 47 GRC folgt ein Recht auf ein angemessenes Asylverfahren; vgl. zum Schutzgehalt des Art 18 GRC in Bezug auf ein angemessenes Asylverfahren Jarass, *Charta der Grundrechte der EU*<sup>3</sup> (2016) Art 18 Rz 13.

7 Dass es sich bei Grundversorgungsansprüchen um subjektive Rechte handelt, ergibt sich aus unionsrechtskonformer Interpretation, vgl. Matti, *Effektiver Rechtsschutz für Asylsuchende im Grundversorgungsrecht?* in *Filzwieser/Tauer* (Hrsg.), *Jahrbuch 16 Asyl- und Fremdenrecht* (2016) 123 (132 f).

## 2. Der Fall

Während des letzten Jahres verfolgten ehrenamtliche Rechtsberater\*innen und Rechtsanwält\*innen unterschiedliche Strategien, um den Staat für die faktische Nichtgewährung von Grundversorgung zur Verantwortung zu ziehen.<sup>8</sup>

Nun scheint sich, ua mit einer Entscheidung des VfGH vom 15. Oktober 2016,<sup>9</sup> die Lage zu lichten.<sup>10</sup> Es ging um eine Asylwerberin, die in Linz im Oktober 2015 einen Asylantrag gestellt hatte. Nach Zulassung ihres Asylverfahrens war wohl das Land Oberösterreich für ihre Grundversorgung zuständig,<sup>11</sup> allerdings wurde ihr diese erst nach zweiinhalb Wochen gewährt. Bis dahin wäre sie ohne die Unterstützung durch Privatpersonen obdachlos und ohne Verpflegung gewesen. Zu keinem Zeitpunkt erging ein Bescheid, der ihr die Grundversorgung entzogen hätte.

## 3. Unionsrechtliche Vorgaben

Die Gesetzeslage im Bereich der Grundversorgung ist zersplittert. Maßgeblich ist die gem Art 15a B-VG zwischen Bund und Ländern getroffene Grundversorgungsvereinbarung,<sup>12</sup> das in Umsetzung dieser Vereinbarung erlassene Grundversorgungsgesetz-Bund (GVG-Bund),<sup>13</sup> welches im Wesentlichen die Grundversorgung während des Zulassungsverfahrens regelt, sowie die jeweiligen Landesgrundversorgungsgesetze.<sup>14</sup>

Bei der Anwendung der Grundversorgungsgesetze sind die unionsrechtlichen Vorgaben zu beachten. Infolge Art 20 Abs 5 und 6 AufnahmeRL<sup>15</sup> können Grundversorgungsleistungen nur durch einen Bescheid entzogen oder eingeschränkt werden.<sup>16</sup> Solange kein

8 Siehe dazu unten unter 4 und 5.

9 VfGH 15.10.2016, A 15/2015.

10 Vgl *Trentinaglia*, Muss der Staat Flüchtlinge entschädigen? Die Presse v 20.11.2016.

11 Im Verfahren vor dem VfGH hatte das Land seine Zuständigkeit allerdings bestritten. Zur Problematik der Zuständigkeitsabgrenzung von Bund und Ländern vgl *Trentinaglia*, Solidarität im Bundesstaat am Beispiel der Flüchtlingskrise, in *Ganner/Voithofer* (Hrsg), Recht & Solidarität. Innsbrucker Beiträge zur Rechtsstatsachenforschung 9 (2017, im Erscheinen). Vgl auch den durch Oö LGBl 2016/64 eingeführten § 3 Abs 2 Z 2 Oö GVG.

12 BGBl I 2004/80. Die Grundversorgungsvereinbarung begründet keine Rechte der Einzelnen, sondern bindet lediglich die Vertragsparteien. Vgl *Wessely*, Grundversorgungsrecht, in *Pürgy* (Hrsg), Das Recht der Länder II/1. Landesverfassungsrecht und Organisationsrecht (2012) 499 (501).

13 BGBl 1991/405 idF BGBl I 2015/70.

14 In Vorarlberg ist die Grundversorgung im Mindestsicherungsgesetz geregelt.

15 RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABl L 2013/180, 96.

16 Art 20 Abs 5 AufnahmeRL spricht davon, dass die Entscheidung „für den Einzelfall, objektiv und unparteiisch getroffen und begründet“ werden muss. Soweit die Einschränkung von Grundversorgungsleistungen im Rahmen der Hoheitsverwaltung erfolgt, hat dies daher in Bescheidform zu erfolgen. Der VfGH hat nunmehr entschieden, dass die Entziehung von Grundversorgungsleistungen auch dann per Bescheid zu erfolgen hat, wenn ein Grundversorgungsgesetz den Vollzug im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung vorsieht, und beruft sich dabei auf das in der AufnahmeRL vorgezeichnete „Rechtsschutzsystem“, vgl VfGH 15.10.2016, E 560/2016 in Bezug auf das Wr GVG. S hingegen *Matti* in *Filz Wieser/Taucher* 135-141, der davon ausgeht, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Entscheidung im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung ohne Bescheid zulässig wäre.

Bescheid ergeht, besteht ab Asylantragstellung ex lege ein Anspruch auf Grundversorgungsleistungen.<sup>17</sup>

Dies sehen auch die österreichischen Höchstgerichte so.<sup>18</sup> In seiner früheren Rsp zur AufnahmeRL 2003/9/EG „alt“<sup>19</sup> differenzierte der VfGH allerdings noch zwischen Fällen der nachträglichen „Einschränkung“ von Grundversorgung und Fällen, bei denen Grundversorgung „von Anfang an verweigert“ wird. In der zweiten Fallkonstellation könnten, so damals der VfGH, Versorgungsleistungen auch vor Erlassung eines (negativen) Bescheids verweigert werden.<sup>20</sup> Mit dem gegenständlichen Beschluss vom 15. Oktober 2016 hat der VfGH seine Rechtsansicht unter Berufung auf die EuGH-Rsp<sup>21</sup> geändert und klargestellt, dass der Leistungsanspruch ausnahmslos bis zur Erlassung eines rechtsgestaltenden Bescheids aufrecht bleibt.<sup>22</sup>

Im Übrigen rechtfertigt laut EuGH auch eine „Vollauslastung der Aufnahmenetze“ keine Abweichung von den unionsrechtlichen Vorgaben. Bei Überlastung der entsprechenden Unterbringungseinrichtungen müssen die Mitgliedstaaten allenfalls auf die Gewährung von Geldleistungen ausweichen.<sup>23</sup> Dies ergibt sich uE auch aus menschenrechtlichen Erwägungen.<sup>24</sup>

#### 4. Rechtsschutzmöglichkeiten

Da es in Fällen faktischer Nichtgewährung von Grundversorgung keinen negativen Bescheid gibt, der sich im Instanzenzug bekämpfen ließe, stellt sich die Frage des passenden Rechtsschutzinstruments.<sup>25</sup> Die Grundversorgungsgesetze bleiben unbestimmt,<sup>26</sup> die Judikatur war bislang widersprüchlich:

Der VfGH wies eine Klage gem Art 137 B-VG<sup>27</sup> auf Geldleistung aus dem Titel der Grundversorgung im Anwendungsbereich des GVG-Bund zurück, weil eine bescheidmäßige Erledigung beantragt werden könne, obwohl eine solche Möglichkeit im GVG-Bund nicht explizit vorgesehen war.<sup>28</sup> Ähnlich entschied der VfGH in einem Fall betreffend das Bgld GVG.<sup>29</sup> Demgegenüber verneinte der VfGH im Anwendungsbereich des

---

17 Vgl EuGH 27.2.2014, C-79/13, *Saciri ua* Rz 33, 34.

18 Vgl zB VfGH 11.6.2008, B 2024/07.

19 RL 2003/9/EG des Rates vom 27.1.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl 2003/31, 18.

20 VfGH 22.9.2008, B 753/08 ua.

21 EuGH 27.2.2014, C-79/13, *Saciri ua* (zur AufnahmeRL „alt“).

22 VfGH 15.10.2016, A 15/2015 Rz 30.

23 EuGH 27.2.2014, C-79/13, *Saciri ua* Rz 50.

24 Vgl EGMR 7.7.2015, 60125/11, *V.M. ua/Belgien*; 1.9.2015, 16483/12, *Khlaifia ua/Italien*.

25 Ausführlich dazu *Matti* in *Filzwieser/Taucher* 142-148.

26 Teilw wegen Unionsrechtswidrigkeit der gesetzlichen Bestimmungen wie etwa § 4 Abs 1 Oö GVG idF Oö LGBl 2007/12 (vgl VfGH 11.6.2008, B 2024/07); mittlerweile novelliert durch Oö LGBl 2016/64.

27 Zulässigkeitsvoraussetzung einer solchen Klage ist ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen eine Gebietskörperschaft, der weder im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht noch durch Bescheid erledigt werden kann.

28 VfGH 27.11.2006, A 4/06 ua.

29 VfGH 28.2.2012, A 20/10.

Oö GVG impliziert die Möglichkeit einer Bescheidbeantragung und hielt fest, dass bei faktischer Vorenthaltung der Grundversorgung eine Klage gem Art 137 B-VG offenstünde.<sup>30</sup>

In großer Zahl erhobene Verhaltensbeschwerden gem Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG<sup>31</sup> gegen die unerträglichen Zustände in der Erstaufnahmestelle Traiskirchen im Sommer 2015<sup>32</sup> wurden rechtskräftig zurückgewiesen, weil der Gesetzgeber einfachgesetzlich keine Beschwerdemöglichkeit geschaffen hatte und sich auch unmittelbar aus dem Unionsrecht keine Beschwerdelegitimation ergebe. Die Betroffenen könnten aber einen Bescheid beantragen.<sup>33</sup> Das LVwG Wien wiederum wies eine Verhaltensbeschwerde unter Verweis auf die Möglichkeit einer Klage gem Art 137 B-VG zurück.<sup>34</sup>

Es war also auf Basis der Judikatur zweifelhaft, ob Rechtsschutz über die Beantragung eines Bescheids oder über eine Klage gem Art 137 B-VG erlangt werden könnte. Wann immer die Betroffenen auf die Möglichkeit einer bescheidmäßigen Erledigung verwiesen wurden, ließen die Gerichtshöfe darüber hinaus offen, ob nur ein Feststellungs- oder auch ein Leistungsbescheid beantragt werden könnte.<sup>35</sup>

## 5. Die VfGH-Entscheidungen vom 15.10.2016

Im gegenständlichen Fall erhob die Klägerin gem Art 137 B-VG Klage an den VfGH. Dieser wies die Klage mit der Begründung zurück, dass eine bescheidmäßige Erledigung ihres Anspruchs möglich sei.<sup>36</sup> Die Klägerin könne nämlich bei der zuständigen Behörde Ersatzleistung für die nicht gewährte Grundversorgung gem § 3 Abs 2 iVm Abs 6 Oö GVG<sup>37</sup> beantragen. Am selben Tag wies der VfGH eine Beschwerde gegen die Zurückweisung einer Verhaltensbeschwerde mit ähnlicher Begründung ab: „Sofern eine Person, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, keine oder ihrer Auffassung nach unzureichende Leistungen gemäß der die AufnahmeRL umsetzenden gesetz-

30 VfGH 11.6.2008, B 2024/07.

31 Voraussetzung ist eine gem der verfassungsrechtlichen Ermächtigung einfachgesetzlich geschaffene Beschwerdemöglichkeit bei rechtswidrigem schlicht-hoheitlichem Verhalten einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze.

32 Zur Frage der Zulässigkeit einer Verhaltensbeschwerde in diesem Fall vgl *Frühwirth*, Traiskirchen – What to do? juridikum 2015, 265. Im Kern lautete die Argumentation, dass sich aus unionsrechtskonformer Interpretation der im GVG-Bund vorgesehenen Beschwerdemöglichkeit auch die Zulässigkeit einer Verhaltensbeschwerde gegen schlichtes behördliches Unterlassen ergebe. Dies folge aus Art 26 Abs 1 AufnahmeRL, der ein Recht auf einen effektiven Rechtsbehelf gegen die Entziehung von Grundversorgung verankert. Allenfalls könne Art 26 Abs 1 AufnahmeRL auch unmittelbar als Rechtsgrundlage herangezogen werden. In den „Traiskirchen-Fällen“ wurden die Verhaltensbeschwerden zudem mit einem Antrag auf Gewährung einer einstweiligen Anordnung nach Unionsrecht verbunden. Vgl zB BVwG 2.10.2015, W227 2112422-1/10E.

33 VwGH 20.12.2016, Ra 2016/21/0119; VwGH 14.4.2016, Ra 2015/21/0190, in derselben Rs zuvor BVwG 2.10.2015, W227 2112422-1/10E. Kritisch *Matti* in *Filzwieser/Taucher* 144-148.

34 LVwG Wien 10.2.2016, VGW-102/013/442/2016.

35 Allenfalls ließe sich auch schon aus VfGH 27.11.2006, A 4/06 ua die Zulässigkeit eines Leistungsbescheids schließen.

36 VfGH 15.10.2016, A 15/2015; zustimmend VwGH 20.12.2016, Ra 2016/21/0119.

37 Oö LGBl 2007/12 i dF Oö LGBl 2013/90. Die Bestimmung nennt lediglich die Voraussetzungen, wann Grundversorgungsleistungen „verweigert, eingeschränkt oder entzogen werden“ dürfen.

lichen Bestimmungen (...) erhält, hat sie die Möglichkeit, mit einem Antrag derartige Leistungen bzw. solche Leistungen in der von ihr als gesetzmäßig erachteten Weise zu begehren; über diesen Antrag ist mit Bescheid abzusprechen.“<sup>38</sup> Offenbar geht der VfGH davon aus, dass Grundversorgungsansprüche, auch rückwirkend, durch Beantragung eines Leistungsbescheids geltend gemacht werden können – und zwar auch dann, wenn, wie zB im Fall des Oö GVG, das jeweilige Grundversorgungsgesetz selbst eine solche Vorgehensweise nicht explizit vorsieht.

Auf der einen Seite ist diese Klarstellung positiv, weil sie es den Betroffenen hoffentlich leichter machen wird, vor den Behörden zu ihrem Recht zu kommen. Auf der anderen Seite geht mit der Verweisung auf eine bescheidmäßige Erledigung das Problem einher, dass eine Untätigkeit der Behörde idR erst nach 6 Monaten beanstandet werden kann.<sup>39</sup> Da es in manchen Fällen um akute Obdachlosigkeit, Krankheit und mangelnde Verpflegung geht, ist zweifelhaft, ob hier von effektivem Rechtsschutz<sup>40</sup> gesprochen werden kann. Immerhin haben die Höchstgerichte deutlich gemacht, dass die Behörden in Grundversorgungsfällen unabhängig von der 6-monatigen Entscheidungsfrist rasch entscheiden müssen:<sup>41</sup> „Gerade in Fällen der Grundversorgung ist von einer Behörde zu erwarten, dass sie das Ermittlungsverfahren möglichst rasch abschließt und sofort einen Bescheid erlässt, schon um im Falle schuldhafter Säumnis eine Rechtswidrigkeit zu vermeiden, die zu einer Amtshaftung führen würde (...).“<sup>42</sup>

Unserer Einschätzung nach folgt daraus, dass der Grundversorgungsanspruch selbst als öffentlich-rechtlicher Anspruch durch Beantragung eines Leistungsbescheids geltend zu machen ist, während darüber hinausgehende Schadenersatzansprüche aus mangelhafter oder verweigerter Grundversorgung (zB wegen gesundheitlicher Schäden aufgrund von Obdachlosigkeit) vor die Amtshaftungsgerichte gehören.

Im gegenständlichen Fall wurde nunmehr, wie vom VfGH vorgezeichnet, beim Land Oberösterreich ein Leistungsbescheid beantragt. Über diesen wurde jedoch bis Redaktionsschluss noch nicht entschieden.

Mag.<sup>a</sup> Ines Rössl ist Universitätsassistentin am Institut für Legal Gender Studies der Johannes Kepler Universität Linz und Redaktionsmitglied des *juridikum*; ines.roessl@jku.at

Dr. Thomas Trentinaglia ist Universitätsassistent am Institut für Öffentliches Wirtschaftsrecht der Johannes Kepler Universität Linz; thomas.trentinaglia@jku.at

---

38 VfGH 15.10.2016, E 560/2016.

39 Die Säumnisbeschwerde (Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG) steht erst nach Ablauf der 6-monatigen Entscheidungsfrist des § 73 Abs 1 AVG offen. § 39 Abs 1 VlbG Gesetz über die Mindestsicherung LGBl 64/2010 idGF sieht eine abweichende Entscheidungsfrist von drei Monaten vor.

40 Vgl Art 13 EMRK, Art 47 GRC.

41 VfGH 22.9.2008, B 753/08 ua; 15.10.2016, A 15/2015; VwGH 14.4.2016, Ra 2015/21/0190.

42 VfGH 15.10.2016, A 15/2015.

# Die Bedeutung internationaler Prozessbeobachtung

Anti-Terror-Verfahren gegen Anwält\_innen in der Türkei

Şerife Ceren Uysal / Clemens Lahner

---

## 1. Ausnahmezustand in der Türkei

Nach dem Putschversuch im Juli 2016 wurde in der Türkei der Ausnahmezustand ausgerufen. Zehntausende Beamt\_innen, darunter Richter\_innen und Staatsanwält\_innen, wurden entlassen. Zwischen 80.000 und 90.000 Menschen wurden festgenommen. Die Haftbedingungen verletzen internationale Standards.<sup>1</sup>

In der Folge wurden auch die in der Türkei begangenen Menschenrechtsverletzungen gegen Rechtsanwält\_innen international thematisiert. In der Türkei selbst ist das Thema jedoch nicht neu. Die Unzulänglichkeiten der Justiz, die Anti-Terror-Gesetze, die Situation türkischer Rechtsanwält\_innen und die damit einhergehenden Einschränkungen der Verteidigungsrechte stellen seit jeher Probleme dar.

## 2. Türkische Menschenrechtsverteidiger\_innen in Gefahr

Dass türkische Anwält\_innen Verfolgung riskieren, ist international bekannt. So wurde die Türkei etwa im Jahr 2012 in den Fokus des „Internationalen Tages der bedrohten Anwält\_innen“ gerückt.<sup>2</sup>

Die erste großangelegte Polizei-Operation der AKP-Regierung gegen Anwält\_innen richtete sich im Jahr 2011 gegen die Verteidiger\_innen des PKK-Vorsitzenden *Abdullah Öcalan*. 45 kurdische Rechtsanwält\_innen wurden festgenommen und der Mitgliedschaft in der PKK beschuldigt. Die seitens der Staatsanwaltschaft vorgelegten Beweise betreffen einzig die Haftbesuche der Verteidiger\_innen bei deren Mandanten *Öcalan* auf der Gefängnis-Insel *İmralı*. Der Prozess wurde unter der Bezeichnung *KCK-Verfahren* bekannt. Im Jänner 2013 kam es zu einer Operation gegen die Anwaltsvereinigung *ÇHD (Çağdaş Hukukçular Derneği, dt: Progressive Anwaltsvereinigung)*. Diese besteht (mit einer Unter-

---

1 Vgl *Human Rights Watch*, Turkey. Events of 2016, [www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/turkey](http://www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/turkey) (23.1.2017).

2 Vgl *European Democratic Lawyers/European Association of Lawyers for Democracy and World Human Rights/European Bar Human Rights Institute*, Press Release – The Day of the Endangered Lawyer, 24.1.2012, [www.advocatenvooradvocaten.nl/wp-content/uploads/Press-release-The-Day-of-the-Endangered-Lawyer.pdf](http://www.advocatenvooradvocaten.nl/wp-content/uploads/Press-release-The-Day-of-the-Endangered-Lawyer.pdf) (23.1.2017).

brechung während der Militärdiktatur der 1980er Jahre) seit 1974. Ihre mehr als 2.000 Mitglieder sind türkeiweit organisiert.<sup>3</sup> Bekannt wurde die Vereinigung für ihren Einsatz gegen staatliche Repression und ihren Fokus auf die Verteidigung der Grundrechte.

Die Durchsuchung der ÇHD-Büros in Ankara und Istanbul erfolgte ohne gerichtliche Genehmigungen. Akten und Korrespondenz mit Mandant\_innen wurden beschlagnahmt, neun Vorstandsmitglieder wurden in Untersuchungshaft genommen, darunter der Vorsitzende der ÇHD, *Selçuk Kozağaçlı*. Die Haft dauerte zwischen neun und 14 Monaten an.<sup>4</sup> Der Prozess wurde unter der Bezeichnung *ÇHD-Verfahren* bekannt.

Das *KCK-Verfahren* und das *ÇHD-Verfahren* weisen viele Gemeinsamkeiten auf.<sup>5</sup> Beide sind immer noch in erster Instanz anhängig. In beiden Fällen lautet die Anklage auf „Mitgliedschaft in einer terroristischen Organisation“ bzw auf „Terrorpropaganda“. Die Anklagen beschreiben ausschließlich Tätigkeiten, die international als rechtsanwaltliche Berufsausübung angesehen werden.<sup>6</sup> Auch ist beiden Fällen gemein, dass sich jene Staatsanwälte, welche die Operationen angeordnet hatten, und jene Polizeibeamten, welche die Razzien geleitet hatten, nun unter dem Vorwurf der Mitgliedschaft in der Terror-Organisation *FETÖ (Fethullahçı Terör Örgütü, dt: Fethullah Gülen Terror Organisation)* und der Beweismittel-Fälschung in Untersuchungshaft befinden.

Eine Analyse der Anklage im *ÇHD-Verfahren* zeigt, dass den 22 angeklagten Anwält\_innen letztlich die engagierte Verteidigung ihrer Mandant\_innen zum Vorwurf gemacht wird. So bezieht sich die Staatsanwaltschaft auf eine statistische Auswertung, wonach etwa jede\_r zweite Festgenommene gegenüber der Polizei von seinem/ihrem Recht auf Aussageverweigerung Gebrauch mache, während die andere Hälfte der Festgenommenen eine Aussage mache. Demgegenüber verweigerten beinahe alle der Mitgliedschaft in der linksgerichteten *DHKP/C*<sup>7</sup> verdächtigten Festgenommenen, welche durch ÇHD-Anwält\_innen verteidigt würden, bei polizeilichen Vernehmungen die Aussage. Die Anklage zieht daraus den Schluss, dass die ÇHD-Anwält\_innen Befehle der *DHKP/C* an die Festgenommenen weitergäben und daher Teil der Organisation seien. Tatsächlich raten ÇHD-Anwält\_innen ihren festgenommenen Mandant\_innen regelmäßig zur Aussage-Verweigerung, wie dies Verteidiger\_innen weltweit tun. Dass dies als Beweis für die Mit-

---

3 Vgl [www.chd.org.tr](http://www.chd.org.tr) (23.1.2017).

4 Eine jener Anwält\_innen, *Barkın Timtik*, ist derzeit wieder in Haft. Sie wurde bei der Teilnahme an der Beerdigung einer Klientin festgenommen.

5 Die Ausführungen zu den beiden Verfahren beruhen auf der Tätigkeit von *Şerife Ceren Uysal* als Vorstandsmitglied der ÇHD und Koordinatorin der internationalen Beobachter\_innen-Delegation und von *Clemens Labner* als Prozessbeobachter.

6 Vgl *8th United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* (27.8.-7.9.1990), Basic Principles on the Role of Lawyers, [www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx](http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx) (23.1.2017).

7 *Devrimci Halk Kurtuluş Partisi / Cephesi, dt: Revolutionäre Volks-Befreiungs-Partei / Front*, in der Türkei und der EU als Terror-Organisation verboten, vgl Gemeinsamer Standpunkt 2008/586/GASP des Rates vom 15. Juli 2008 zur Aktualisierung des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931/GASP über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus und zur Aufhebung des Gemeinsamen Standpunkts 2007/871/GASP, ABIL 2008/188, 71.



gliedschaft in einer Terror-Organisation gewertet wird, ist allerdings ein Spezifikum der Türkei.

Andere „Beweise“ betreffen die Teilnahme von ÇHD-Anwält\_innen an den Beerdigungen ihrer des Terrorismus verdächtigten Mandant\_innen.

Zuletzt stützt sich die Anklage auf anonyme Zeug\_innen, wobei diese bisher im Verfahren nicht in Erscheinung getreten sind und eine Überprüfung ihrer Existenz und ihrer angeblichen Aussagen nach dem angewandten Verfahrensrecht unmöglich ist.

Die 600 Seiten starke Anklageschrift beinhaltet neben höchstpersönlichen Lebensumständen der Angeklagten auch Auszüge ihrer Telefonate mit Mandant\_innen. Laut Staatsanwaltschaft war der Razzia eine zwei Jahre andauernde verdeckte Ermittlung vorangegangen, in deren Rahmen die Kanzleien, Emails und Telefonate der Rechtsanwält\_innen überwacht worden waren.

Die beschriebenen Vorgänge fanden noch vor der Ausrufung des Ausnahmezustandes statt und können als gängige Praxis der türkischen Behörden im Rahmen der Antiterror-Gesetze angesehen werden, welche sowohl gegen türkisches, als auch gegen internationales Recht verstößt. Umso dramatischer ist die Situation nun, nach der drastischen Einschränkung des (zuvor theoretisch bestehenden) Rechtsschutzes der Betroffenen. Aktuell kann von einem fairen Verfahren keine Rede mehr sein.

### 3. Die Bedeutung internationaler Prozessbeobachtung am Beispiel des ÇHD-Verfahrens

Der Prozessauftritt im *ÇHD-Verfahren* fand am 24. Dezember 2013 statt, neun Monate nach den Durchsuchungen der Kanzleien und der Festnahme der Angeklagten. Das damals zuständige Sondergericht war am Stadtrand von Istanbul in einem Hochsicherheitsgefängnis-Komplex angesiedelt, was den Zugang der Öffentlichkeit und der Angehörigen erschwerte.

Die erste Anhörung dauerte drei Tage und war insofern von historischer Bedeutung, als die 22 angeklagten Anwält\_innen, von welchen sich neun noch immer in Haft befanden, von mehr als 700 türkischen und kurdischen Verteidiger\_innen vertreten wurden. Vertreter\_innen zahlreicher Anwaltskammern waren angereist, um Solidarität mit den Angeklagten zu demonstrieren und das Recht auf effektive Verteidigung geltend zu machen. 50 Rechtsanwält\_innen aus Belgien, Deutschland, Frankreich, dem Vereinigten Königreich, der Schweiz, Italien, den Niederlanden und Österreich verfolgten als Prozessbeobachter\_innen mithilfe von Simultandolmetscher\_innen den Vortrag der Anklage und die Plädoyers der Angeklagten und ihrer Verteidiger\_innen. Ihre Namen wurden zu Protokoll gegeben, um zu verdeutlichen, dass das Verfahren international wahrgenommen wurde. Seither reisen regelmäßig Delegationen zur weiteren Beobachtung des *ÇHD-Verfahrens* nach Istanbul. Das anfangs zuständige Sondergericht wurde inzwischen per Gesetz auf-

gelöst,<sup>8</sup> der Prozess wird vor dem Schweren Strafgericht *Istanbul Çağlayan* fortgesetzt, wobei auch hier der Vorsitzende bereits einmal ausgetauscht wurde. Die Anträge der Verteidigung, das Verfahren von Beginn an neu durchzuführen, um dem Unmittelbarkeitsprinzip Rechnung zu tragen, wurden abgewiesen. Zwar befinden sich die angeklagten ÇHD-Anwält\_innen nicht mehr in Haft. Eines der neuen Notstandsdekrete erlaubt es aber, sie aufgrund ihrer Eigenschaft als Angeklagte nach dem Terrorgesetz von der Verteidigung in anderen Verfahren nach diesem Gesetz auszuschließen.<sup>9</sup>

Seit dem Putschversuch am 15. Juli 2016 kam es zu zahlreichen weiteren Festnahmen von Anwält\_innen. Offiziell greift die Regierung hart gegen Putschist\_innen und Terrorismus durch. Tatsächlich scheint sich die Repression eher gegen die Verteidiger\_innen kurdischer Politiker\_innen und Aktivist\_innen zu richten, ebenso wie gegen die Vertreter\_innen von Journalist\_innen, Gewerkschaften und Regierungskritiker\_innen. Die Notstandsgesetze sehen eine richterliche Entscheidung erst 30 Tage nach der Festnahme vor, ein Recht auf ein Gespräch mit einem Rechtsanwalt/einer Rechtsanwältin besteht erst nach fünf Tagen, wobei selbst dies nur unter Überwachung möglich ist. Die Festgenommenen sind dadurch Folter und Polizeiwillkür schutzlos ausgeliefert, ein faires Verfahren wird unmöglich.<sup>10</sup>

Das Recht auf ein faires Verfahren ist eines der bedeutungsvollsten Grundrechte; ohne faires Verfahren bleibt die Geltendmachung anderer Grundrechte bloße Theorie. Autoritäre Regierungen streben danach, Kritiker\_innen im eigenen Land mundtot zu machen und versuchen, die internationale öffentliche Meinung zu beeinflussen, um Kritik zu vermeiden und ihren Machtmissbrauch ungestört fortsetzen zu können.

Der Prozessbeobachtung kommt daher hohe Bedeutung zu. Sie dient der Verteidigung des Rechtsstaates und dem Schutz von Menschenrechts-Verteidiger\_innen, die wegen ihres Einsatzes in Gefahr geraten. Mediale Berichterstattung über Gerichtsverfahren ist unverzichtbar, doch Prozessbeobachter\_innen können sich selbst ein unmittelbareres Bild von den Fakten machen, ohne auf die Objektivität der Journalist\_innen vertrauen zu müssen (die oft selbst unter Druck stehen).

In der Türkei hat Prozessbeobachtung Tradition. Während der 1990er reisten bereits regelmäßig Journalist\_innen, Politiker\_innen und einzelne Rechtsanwält\_innen in die Türkei, um insbesondere Strafverfahren gegen kurdische Politiker\_innen und Journalist\_innen beizuwohnen. Anlässlich der Strafverfahren gegen Anwält\_innen wurde diese Tra-

---

8 Vgl türkisches Amtsblatt Nr 28933 vom 6.3.2014, [www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140306M1-1.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140306M1-1.htm) (27.1.2017).

9 Vgl türkisches Amtsblatt Nr 29779 vom 23.7.2016, [www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160723-8.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160723-8.htm) (27.1.2017). Für eine kritische Einschätzung der Notstandsdekrete vgl *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)*, Turkey: Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016 (Opinion No 865/2016), CDL-AD(2016)037, 12.12.2016, [http://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)037-e](http://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-e) (27.1.2017).

10 Vgl *Human Rights Watch*, A Blank Check. Turkey's Post-Coup Suspension of Safeguards Against Torture, 24.10.2016, [www.hrw.org/report/2016/10/24/blank-check/turkeys-post-coup-suspension-safeguards-against-torture](http://www.hrw.org/report/2016/10/24/blank-check/turkeys-post-coup-suspension-safeguards-against-torture) (26.1.2017).

dition fortgesetzt, erfuhr aber eine neue Dimension, da es sich nun um die koordinierte Zusammenarbeit zwischen Menschenrechts-Anwält\_innen aus verschiedenen Ländern handelt.

Es ist nicht die Aufgabe der Prozessbeobachter\_innen, Druck auf die Gerichte auszuüben oder subjektive Meinungen über ein Verfahren zu veröffentlichen. Ungeachtet der politischen Ansichten der einzelnen Mitglieder der Delegationen bleibt ihre Rolle darauf beschränkt, über die Wahrnehmungen im Gerichtssaal zu berichten, was die Argumente und vorgelegten Beweismittel sowohl der Anklage als auch der Verteidigung betrifft.

Viele Beobachter\_innen verfolgten das *ÇHD-Verfahren* während der letzten drei Jahre, einige bei jeder einzelnen Verhandlung. Während dieser Zeit zogen internationale Institutionen und Medien Berichte der Delegationen über die Verhandlungen als Grundlage für die Analyse der Frage heran, ob es sich um ein faires Verfahren handelt.

Auch auf jene, die sich in der Türkei weiterhin der Durchsetzung von Grundrechten widmen, hat internationale Prozessbeobachtung eine Auswirkung: Wer befürchten muss, festgenommen oder mundtot gemacht zu werden, kann darauf hoffen, dass Beobachter\_innen über die Fakten berichten werden.

Wer davon ausgeht, dass die Fakten für sich sprechen, der kann kein Problem mit neutraler Beobachtung und Berichterstattung haben. Dies gilt sowohl für Menschenrechts-Verteidiger\_innen, als auch für die Regierung. *Erdoğan's* Aussagen anlässlich des Prozesses gegen Cumhuriyet-Chefredakteur *Can Dündar* stehen dazu in krassem Gegensatz: Er stellte die Legitimität der Prozessbeobachtung in Frage und unterstellte den angereisten Beobachter\_innen pauschal, gegen die Interessen der Türkei zu arbeiten.<sup>11</sup> Dass ein Staatschef derart wenig Respekt für die Grundsätze eines fairen Verfahrens zeigt, mutet befremdlich an. Gleichzeitig belegen diese Aussagen die Bedeutung und Notwendigkeit der Prozessbeobachtung.

Die Erfahrung zeigt, dass Prozessbeobachtung ein wirksames Mittel zum Schutz kritischer Journalist\_innen und Anwält\_innen sein kann. Unter den Notstandsgesetzen mag dies schwieriger werden. Doch die Bedeutung der Arbeit türkischer Menschenrechtsverteidiger\_innen geht über die Türkei hinaus und sie bedürfen des Schutzes, den internationale Beobachtung bedeutet, heute mehr denn je. Um zu verhindern, dass sie unsichtbar gemacht werden, und um die Fakten ans Licht zu bringen.

Şerife Ceren Uysal ist Rechtsanwältin in Istanbul und als Vorstandsmitglied der Progressiven Anwaltsvereinigung ÇHD zuständig für die Koordinierung internationaler Beobachter\_innen-Delegationen. Derzeit forscht sie am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte in Wien; serifecerenuysal@gmail.com

Clemens Lahner ist Rechtsanwalt in Wien. Als Prozessbeobachter der Rechtsanwaltskammer Wien und Mitglied des europäischen Anwaltsverbandes European Lawyers for Democracy and World Human Rights (ELDH) verfolgt er das ÇHD-Verfahren seit dessen Beginn, teilweise auch das KCK-Verfahren; kanzlei@clemenslahner.at

---

11 Vgl. *news.orf.at*, Ärger über Prozessbeobachtung, 29.3.2016, <http://orf.at/stories/2331659/2331674> (26.1.2017).

# Aufstieg und Fall des § 209

## Umkämpfte Deutungen strafrechtlichen Schutzes

Barbara Kraml

---

### 1. Prolog

Etwas mehr als 45 Jahre ist es her, seit am 17. August 1971 mit dem Inkrafttreten des Strafrechtsänderungsgesetzes 1971<sup>1</sup> – auch als „Kleine Strafrechtsreform“ bezeichnet, weil damit Regelungsinhalte der grundlegenden Reform des Strafrechts in Gestalt des neuen Strafgesetzbuches 1975<sup>2</sup> vorgezogen wurden<sup>3</sup> – die umfassende Strafbarkeit von gleichgeschlechtlichen Sexualkontakten in Österreich endete.<sup>4</sup> Mit dieser Reform kam es jedoch zu keinem vollständigen Ende der Strafbarkeit von sogenannter „gleichgeschlechtlicher Unzucht“, wie homosexuelle Handlungen im Strafrecht pejorativ<sup>5</sup> bezeichnet wurden. Denn zugleich wurden 1971 vier neue Straftatbestände eingeführt, die weiterhin an Aspekte gleichgeschlechtlicher Sexualität anknüpften. Zu diesen Tatbeständen gehörten ein bis 1989<sup>6</sup> aufrechtes Prostitutionsverbot für Männer hinsichtlich gleichgeschlechtlicher Sexualkontakte<sup>7</sup> sowie ein Werbungs-<sup>8</sup> und ein Verbindungsverbot<sup>9</sup>, die beide erst 1997<sup>10</sup> aufgehoben wurden.

Der vorliegende Beitrag fokussiert auf die Geschichte des vierten dieser Straftatbestände, der sogenannten „gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Jugendlichen“<sup>11</sup>, der eine erhöhte Altersgrenze für die rechtswirksame Einwilligung von jungen Männern in homo-

---

1 BGBl 1971/273.

2 BGBl 1974/60.

3 ErläutRV 39 BlgNR 12. GP 8.

4 Der Beitrag ist die erweiterte Schriftfassung eines Vortrages, der am 23. Juni 2016 im Rahmen der Tagung „45 Jahre ‚Kleine Strafrechtsreform‘. Kontinuitäten und Brüche im Umgang mit Homosexualität(en) in Österreich im 20. Jahrhundert“ an der Universität Wien gehalten wurde.

5 Vgl ausführlich zu den moralisch wertenden Sinnangeboten des historischen Gesetzgebers im damaligen Sittlichkeitsstrafrecht *Benke/Holzleithner*, Zucht durch Recht. Juristische Konstruktionen der Sittlichkeit im österreichischen Strafrecht, *L'homme – Zeitschrift für feministische Geschichtswissenschaft* 1/1998, 41.

6 Änderung des Strafgesetzbuches und des AIDS-Gesetzes, BGBl 1989/243.

7 „Gewerbsmäßige gleichgeschlechtliche Unzucht“, § 500a StG idF BGBl 1971/273, ab 1. Jänner 1975 § 210 StGB idF BGBl 1974/60.

8 „Werbung für Unzucht mit Personen des gleichen Geschlechtes oder mit Tieren“, § 517 StG idF BGBl 1971/273, ab 1. Jänner 1975 § 220 StGB idF BGBl 1974/60.

9 „Verbindungen zur Begünstigung gleichgeschlechtlicher Unzucht“, § 518 StG idF BGBl 1971/273, ab 1. Jänner 1975 § 221 StGB idF BGBl 1974/60.

10 Strafrechtsänderungsgesetz 1996, BGBl 1996/762.

11 § 129 StG idF BGBl 1971/273, nachfolgend § 209 StGB idF BGBl 1974/60 bzw idF BGBl 1988/599.

sexuelle Kontakte mit Erwachsenen vorsah. Diese Strafnorm wurde erst 2002<sup>12</sup> als verfassungswidrig erkannt und aufgehoben<sup>13</sup> und war vor allem in den 1990er-Jahren rechtspolitisch höchst umstritten. An den rechtsdogmatischen und insb an den rechtspolitischen Auseinandersetzungen über den Schutzzweck dieser Strafbestimmung lässt sich die voranschreitende gesellschaftliche Normalisierung von Homosexualität im Zeitverlauf anschaulich nachvollziehen. Der Beitrag geht der Frage nach, woran genau sich diese Normalisierungsprozesse festmachen lassen, und wirft abschließend einen kurzen Blick auf die bis heute spürbaren Nachwirkungen dieser Schutzzweckdebatten.

## 2. Aufstieg und Fall: „Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Jugendlichen“

Grundsätzlich machte sich nach dem Tatbestand der „gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Jugendlichen“ (§ 129 I StG idF BGBl 1971/273) strafbar, wer als erwachsener Mann (nach Vollendung des 18. Lebensjahres) mit einem männlichen Jugendlichen, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, sexuellen Kontakt hatte. Damit wurde die Altersgrenze, ab der Jugendliche rechtswirksam in sexuelle Handlungen einwilligen können, in einem einzigen Bereich vom vollendeten 14. Lebensjahr auf das vollendete 18. Lebensjahr angehoben: nämlich im Bereich homosexueller Kontakte zwischen männlichen Jugendlichen und Erwachsenen. Während also junge Frauen ab Vollendung des 14. Lebensjahres unbeschränkt homo- und heterosexuelle Kontakte und Beziehungen eingehen konnten, wurde jungen Männern dies im Hinblick auf gleichgeschlechtliche Sexualkontakte nur eingeschränkt zugestanden: Homosexuelle Kontakte mit anderen männlichen Jugendlichen waren straflos, mit Erwachsenen hingegen – für den involvierten Erwachsenen – strafbar. Dieser Straftatbestand wurde 1971 als § 129 I StG eingeführt und inhaltlich unverändert als § 209 am 1. Jänner 1975 in das neue Strafgesetzbuch (StGB) übernommen. Mit dem Jugendgerichtsgesetz 1988<sup>14</sup> wurde jenes Alter, ab dem ein erwachsener Mann zum Täter nach § 209 StGB werden konnte, vom vollendeten 18. Lebensjahr auf das vollendete 19. Lebensjahr angehoben. In dieser leicht modifizierten Form stand § 209 StGB bis zu seiner Aufhebung im Jahr 2002 in Österreich in Geltung. Als Strafraumen waren im Falle eines Schuldspruches sechs Monate bis fünf Jahre Freiheitsstrafe vorgesehen.

### 2.1. Schutzzweck, der erste: Geschlechtsspezifischer Schutz vor Homosexualität

Wer oder was sollte nun durch dieses Verbot von ganz spezifischen gleichgeschlechtlichen Sexualkontakten geschützt werden? Aus dem Gesetzeswortlaut ließ sich nicht entnehmen, dass es um einen Schutz sexueller Selbstbestimmung der involvierten Jugend-

12 Vfslg 16565/2002; Kundmachung der verfügten zeitverzögerten Aufhebung im BGBl I 2002/101; vorzeitige Aufhebung mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2002, BGBl I 2002/134.

13 Strafrechtsänderungsgesetz 2002, BGBl I 2002/134.

14 BGBl 1988/599; zugleich erhielt § 209 StGB eine neue Überschrift: „Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Personen unter achtzehn Jahren“.

lichen ging. Denn die Frage, ob die betreffende gleichgeschlechtliche sexuelle Handlung mit dem Erwachsenen mit Zustimmung des beteiligten Jugendlichen – also konsensual – stattgefunden hat, spielte rechtlich betrachtet keine Rolle. Tatbestandlicher Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit war alleine das Vorliegen eines gleichgeschlechtlichen Sexualkontakts, bei dem die daran beteiligten männlichen Personen in einer spezifischen Altersrelation zueinander standen.

Auf der Suche nach dem Schutzzweck dieses Verbotes ist ein Blick in die Gesetzesmaterialien aufschlussreicher. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage vom 2. Juni 1970 wurde die Beschränkung des Jugendschutzes auf Akte zwischen Personen männlichen Geschlechts<sup>15</sup> unter Rekurs auf die Prägungsthese gerechtfertigt. Diese Prägungsthese ist eine Theorie zur Entstehung von Homosexualität, die im damaligen rechtspolitischen Diskurs breit rezipiert und als wissenschaftliche Legitimation eines geschlechtsspezifischen strafrechtlichen Verbotes von gleichgeschlechtlichen Sexualkontakten zwischen jungen und erwachsenen Männern herangezogen wurde.

Der Prägungsthese lagen zur Frage der sexuellen Prägbarkeit von Menschen folgende drei Prämissen zu Grunde: Erstens wurde davon ausgegangen, dass Erwachsene in ihrer Triebrichtung gefestigt und daher nicht mehr beeinflussbar sind. Die Erläuterungen halten dazu pointiert fest: „Ein Homosexueller wird durch gleichgeschlechtlichen Umgang schon deshalb nicht geschädigt, weil er bereits homosexuell ist. [...] Lediglich Personen im noch prägbaren Alter müssen vor gleichgeschlechtlichen Erlebnissen geschützt werden, die sie auf Homosexualität festlegen könnten.“<sup>16</sup> Zweitens wurde davon ausgegangen, dass sexuelle Handlungen erwachsener Menschen auf Jugendliche eher prägend wirken als solche von in etwa Gleichaltrigen, „die dem Partner im Alter nahestehen und dessen Unsicherheit teilen.“<sup>17</sup> Drittens wurde von einer geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Prägbarkeit junger Menschen ausgegangen: Den Erläuterungen zufolge „spielen prägende Erlebnisse in jugendlichem Alter für die Entwicklung der Triebrichtung bei weiblichen Personen anscheinend eine geringere Rolle als bei Männern.“<sup>18</sup> Darüber hinaus wurde weibliche Homosexualität grundsätzlich als ohnehin weitgehend unsichtbar und inexistent erzählt und daher in ihren individuellen wie gesellschaftlichen Auswirkungen als weniger gravierend bzw. störend wahrgenommen.<sup>19</sup>

Vor diesem Hintergrund wird nachvollziehbar, weshalb unter dem Topos des Jugendschutzes lediglich homosexuelle Kontakte Erwachsener mit männlichen Jugendlichen strafgesetzmäßig untersagt wurden. Deutlich wird an diesen Ausführungen aber auch, dass es explizit und eindeutig um den Schutz junger Männer vor homosexueller Prägung und damit vor Homosexualität als Schutzzweck ging. Die Frage, wie sich diese neue Strafbe-

---

15 ErläutRV 39 BlgNR 12. GP 15.

16 ErläutRV 39 BlgNR 12. GP 13.

17 Ebd 15.

18 Ebd.

19 Ebd.

stimmung zur sexuellen Selbstbestimmung der Jugendlichen verhält und sie möglicherweise unzulässig einschränkt, blieb in den Gesetzesmaterialien<sup>20</sup> zum Strafrechtsänderungsgesetz 1971 unthematisiert. Und es sind darin auch keine Zweifel an der Legitimität dieses Schutzzweckes dokumentiert – über den Schutz junger Männer vor Homosexualität herrschte politischer Konsens. Dieser Schutzzweck wurde nachfolgend auch in der rechtswissenschaftlichen Behandlung und Kommentierung dieses Straftatbestandes entsprechend reflektiert.<sup>21</sup>

## 2.2. Überprüfung, die erste: Gesellschaftliche Diskriminierung als sachliche Rechtfertigung

Nach einem gescheiterten ersten Anlauf 1987<sup>22</sup> setzte sich der Verfassungsgerichtshof im Jahr 1989<sup>23</sup> erstmals inhaltlich mit der Frage der Verfassungskonformität des § 209 StGB<sup>24</sup> auseinander. Im Aufhebungsantrag wurde vorgebracht, dass das unterschiedliche Schutzalter für homo- und heterosexuelle Handlungen und die unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern in Bezug auf homosexuelle Handlungen mit Jugendlichen verfassungswidrig sei; § 209 StGB verstoße dadurch einerseits gegen das Gleichbehandlungsgebot (Art 7 Abs 1 B-VG) und andererseits gegen das Recht auf Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK).<sup>25</sup> Diese Bedenken teilte das Höchstgericht nicht und wies den Antrag, § 209 StGB wegen Verfassungswidrigkeit aufzuheben, als unbegründet ab. Auf der Suche nach Anzeichen, die auf eine dennoch erkennbare gesellschaftliche Normalisierung von Homosexualität schließen lassen, ist die inhaltliche Begründung dieser abweisenden höchstgerichtlichen Entscheidung interessant. Sie knüpfte an die Äußerung der Bundesregierung zum Aufhebungsantrag an und lässt Indizien für eine fortschreitende Normalisierung von Homosexualität erkennen: Denn anders als noch Anfang der 1970er-Jahre<sup>26</sup> wurde der Schutz männlicher Jugendlicher vor homosexueller Prägung nicht mehr vorrangig darüber gerechtfertigt, dass Homosexualität an sich sozial inadäquat und gesellschaftlich unerwünscht sei und daher verhindert werden müsse. Die Beibehaltung von § 209 StGB wurde vielmehr damit gerechtfertigt, dass junge Männer vor der sozialen Diskriminierung geschützt werden sollten, die mit Homosexualität einhergehe.<sup>27</sup> Bei der Beurteilung ihrer Schutzbedürftigkeit, so die Bundesregierung, sei „von einer weithin bestehenden, deutlichen und vielfältigen gesellschaftlichen Diskriminierung von Homosexuellen auszugehen“; selbst wenn man den Abbau dieser Diskriminierung

20 RV 39 BlgNR 12. GP; JAB 512 BlgNR 12. GP; StProtNR 12. GP 3785.

21 Vgl *Pallin*, WK-StGB (1980) § 209 Rz 1 mwN.

22 Vfslg 11505/1987; Grund für die Zurückweisung des Individualantrages auf Aufhebung des § 209 StGB war die mangelnde Antragslegitimation des Antragstellers.

23 Vfslg 12182/1989.

24 IdF BGBl 1988/599.

25 Vfslg 12182/1989, 2.

26 Vgl exemplarisch entsprechende Ausführungen im Justizausschussbericht, JAB 512 BlgNR 12. GP 3.

27 Vfslg 12182/1989, 3.

befürworte, sei sie dennoch als soziale Tatsache zu berücksichtigen, die für die betroffenen Jugendlichen „zu einer Vielzahl von Schwierigkeiten und Konflikten führen muß“.<sup>28</sup> Bei der weiblichen Homosexualität bestehe ein „homosexuelles Milieu – mit den damit verbundenen Begleiterscheinungen der Diskriminierung, Ausgrenzung und sozialen Konflikten – [...] offensichtlich [...] nicht in ähnlicher Weise wie bei der männlichen.“<sup>29</sup> Das Verhindern von Homosexualität wurde nunmehr also mit dem Ziel legitimiert, junge Männer vor den damit einhergehenden Schwierigkeiten und Konflikten zu bewahren. Nicht mehr die homosexuelle Prägung selbst wurde als vorrangiges Problem erachtet, sondern die damit verbundene individuelle Belastung der Jugendlichen durch soziale Stigmatisierung. Pointiert formuliert bedeutet dies: Die gesellschaftliche Diskriminierung von homosexuellen Menschen wurde als sachliche Rechtfertigung für die in § 209 StGB eingelassenen Ungleichbehandlungen nach Geschlecht und sexueller Orientierung herangezogen. Damit ging es im Ergebnis zwar immer noch um einen Schutz vor Homosexualität; dies allerdings mit einer Begründung, die sich Ende der 1980er-Jahre offenkundig nicht mehr darauf beschränken konnte, Homosexualität als ein gesellschaftlich unerwünschtes und daher zu verhinderndes Phänomen zu adressieren. Die graduelle Normalisierung von Homosexualität lässt sich darüber hinaus an einem weiteren Aspekt festmachen: Der individuelle Erfahrungshorizont der involvierten Jugendlichen stand im Fokus. Zwar ging die Berücksichtigung des individuellen Erlebens der Jugendlichen noch nicht so weit, dass daraus auch die rechtliche Beachtlichkeit ihrer umfassenden (homo-)sexuellen Selbstbestimmung abgeleitet worden wäre; aber immerhin war ihr individueller Erfahrungshorizont als rechtspolitischer Bezugspunkt nicht mehr – wie noch in den 1970er-Jahren – weitgehend irrelevant.

### 2.3. Schutzzweck, der zweite: Schutz vor sexuellem Missbrauch?

In den rechtspolitischen Debatten im Verlauf der 1990er-Jahre kam es zu einer Umdeutung des Schutzzweckes durch jene politischen Kräfte – namentlich ÖVP und FPÖ –, die für eine Beibehaltung des § 209 StGB eintraten. Die angestrebte Beibehaltung wurde im Zuge dessen aber kaum mehr darüber legitimiert, dass junge Männer vor Homosexualität geschützt werden müssten. Stattdessen wurde § 209 StGB nun als eine Rechtsnorm zum Schutz Jugendlicher vor sexuellen Übergriffen erwachsener Männer erzählt. Zentraler Aspekt dieser Neuerzählung war, dass homosexuelle Kontakte zwischen männlichen Jugendlichen und Erwachsenen ausnahmslos als eine Form von sexuellem Missbrauch adressiert wurden; teilweise wurden sie sogar als von Seiten des involvierten Erwachsenen pädophil motivierte Übergriffe erzählt. Bezeichnend ist, dass dabei häufig geschlechts- und begehrensneutrale Formulierungen gewählt wurden: Offenkundig soll-

---

28 Ebd.

29 Ebd 5.



te so verschleiert werden, dass der neuerdings postulierte Gewaltschutz durch § 209 StGB ausschließlich männliche Jugendliche und ausschließlich deren gleichgeschlechtliche Sexualkontakte erfasste.<sup>30</sup>

Diese Uminterpretation des § 209 StGB in eine Gewaltschutzbestimmung ist als diskursive Reaktion auf die voranschreitende Normalisierung von Homosexualität zu werten. Denn die rechtspolitischen Auseinandersetzungen vor den Strafrechtsänderungsgesetzen 1996<sup>31</sup> und 1998<sup>32</sup>, in denen die Aufhebung dieser Strafbestimmung heftig und äußerst kontrovers debattiert wurde, waren geprägt von den Forderungen, männlichen Jugendlichen auch im Hinblick auf homosexuelle Beziehungen umfassende sexuelle Autonomie zuzugestehen<sup>33</sup> und gleichgeschlechtliche Liebesbeziehungen zwischen Männern endlich anzuerkennen und zu entkriminalisieren<sup>34</sup>. Damit wurde auch homosexuelles Begehren als Teil des individuellen Erlebnis- und Erfahrungshorizonts von jungen Männern zu einem legitimatorischen Bezugspunkt, um die geforderte ersatzlose Streichung des § 209 StGB zu rechtfertigen.

Dieser legitimatorische Bezugspunkt entfaltete eine die rechtspolitische Debatte maßgeblich strukturierende Wirkmächtigkeit: Die Notwendigkeit, zur Rechtfertigung der Beibehaltung des § 209 StGB sexuelle Kontakte zwischen jungen und erwachsenen Männern per se als eine Form sexuellen Missbrauchs zu erzählen, lässt den Schluss zu, dass den Jugendlichen homosexuelle Selbstbestimmung nicht mehr – und schon gar nicht mehr begründungslos – strafrechtlich verwehrt werden konnte. Vielmehr mussten diese Sexualkontakte dazu pauschal als die sexuelle Autonomie und Integrität der Jugendlichen verletzende Interaktionen adressiert werden. Dass nun sogar die Gegner\_innen der ersatzlosen Streichung des § 209 StGB in den Auseinandersetzungen nicht mehr umhin kamen, auf die homosexuelle Selbstbestimmung männlicher Jugendlicher – zumindest rhetorisch – Bezug zu nehmen, ist jedenfalls als ein Ausdruck von bereits relativ weitreichenden gesellschaftlichen Normalisierungsprozessen rund um Homosexualität zu interpretieren.

#### 2.4. Überprüfung, die zweite: Gleichheitswidrigkeit wegen Unsachlichkeit

Im Jahr 2002 setzte sich der Verfassungsgerichtshof erneut mit § 209 StGB<sup>35</sup> und dessen Verfassungskonformität auseinander. Im Aufhebungsantrag des Oberlandesgerichtes Innsbruck wurde die Verfassungswidrigkeit des Straftatbestandes dabei einerseits mit den bereits aus 1989 bekannten Argumenten begründet (vgl. oben Punkt 2.2.). Ergän-

30 Vgl zu dieser Umdeutung ausführlich *Kraml*, Ungleicher Schutz sexueller Autonomie: Sexualstrafrecht als biopolitischer Schauplatz (2016) 211ff.

31 BGBl 1996/762.

32 BGBl I 1998/153.

33 *Kraml*, Ungleicher Schutz 207ff.

34 Ebd 164ff.

35 IdF BGBl 1988/599.

zend wurde dazu vorgebracht, dass die Prägungsthese mittlerweile wissenschaftlich überholt sei; zudem sei – aufgrund eines entscheidenden Wertewandels – „Homosexualität nunmehr als andere, aber gleichwertige sexuelle Orientierung allgemein akzeptiert“.<sup>36</sup> Andererseits wurden neue verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht: Die Verfassungswidrigkeit ergebe sich auch aus der wechselnden Strafbarkeit einer längeren Beziehung im Zeitverlauf. Eine homosexuelle Beziehung zwischen männlichen Jugendlichen verschiedenen Alters sei zunächst straffrei, werde dann – sobald der ältere Partner das 19. Lebensjahr vollendet – strafbar, und werde wiederum straflos, sobald der jüngere Partner das 18. Lebensjahr vollendet. Dies sei unsachlich und unverhältnismäßig, und verletze sowohl den Gleichheitssatz (Art 7 Abs 1 B-VG) als auch das Recht auf Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK).<sup>37</sup>

Ganz neu waren letztere Bedenken allerdings nicht: Bereits die Liga für Menschenrechte wies angesichts der Regierungsvorlage 1970 darauf hin, „dass bei einer Liebesbeziehung zwischen Jugendlichen der Ältere zum Verbrecher werde, sobald er 18 geworden sei“.<sup>38</sup> Die willkürliche Abfolge von Strafbarkeit und Strafflosigkeit wurde auch in der Äußerung der Bundesregierung zum 1989 entschiedenen Aufhebungsantrag angesprochen, damals aber als vereinzelter Härtefall abgetan.<sup>39</sup> Im Zusammenhang mit einem 2001 zurückgewiesenen Aufhebungsantrag tauchte das Argument von der wechselnden Abfolge von Legalität und Kriminalität innerhalb derselben Beziehung ebenfalls bereits auf.<sup>40</sup> Aus formalen Gründen konnte das Höchstgericht auf diese verfassungsrechtlichen Bedenken aber nicht eingehen, weil sie nicht im Aufhebungsantrag des Oberlandesgerichtes Innsbruck, sondern lediglich in einer Äußerung der beteiligten Partei (des Berufungswerbers im zu Grunde liegenden Strafverfahren) enthalten waren und der Verfassungsgerichtshof bei einem auf Antrag eines Gerichts eingeleiteten Normenprüfungsverfahren an die im Antrag geltend gemachten Bedenken gebunden ist.<sup>41</sup> Eine Schlussbemerkung im zurückweisenden Erkenntnis aus 2001 liest sich jedoch wie eine implizite Aufforderung, die neuen Bedenken abermals an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen: Es dürfe weder dem Erkenntnis aus 1989 noch der vorliegenden Zurückweisung das Verständnis beigelegt werden, „die angegriffene Gesetzesbestimmung des §209 StGB sei unter jedem Gesichtspunkt geprüft und als verfassungskonform beurteilt worden“.<sup>42</sup>

---

36 Vfslg 16565/2002, 2.

37 Ebd.

38 Weingand, „Auch in Oesterreich wird der Nacht einmal der Morgen folgen“. Die Beseitigung des Totalverbots homosexueller Handlungen in Österreich durch die Strafrechtsreform 1971, in Gössl (Hrsg), Von der Unzucht zum Menschenrecht (2011) 17 (33).

39 Vfslg 12182/1989, 4.

40 Vfslg 16374/2001, 4.

41 Ebd.

42 Ebd 7.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass das Höchstgericht den Antrag aus 2002 für zulässig erklärte, die neu vorgebrachten Bedenken prüfte und § 209 StGB letztlich mit genau dieser Begründung als eine in sich unsachliche Bestimmung wegen Verfassungswidrigkeit aufhob. Dass die Aufhebung aber ausschließlich damit begründet wurde und sich nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes ein Eingehen auf die anderen vorgebrachten Bedenken erübrige<sup>43</sup>, ist schlicht als Vermeidungsverhalten zu qualifizieren: Denn damit vermied es das Höchstgericht, mit autoritativer Wirkung festzustellen, ob § 209 StGB nun eine Bestimmung zum Schutz vor Homosexualität oder aber eine Bestimmung zum Schutz vor sexuellen Übergriffen ist. Zugleich ersparte es sich so auch die Beantwortung der Frage, ob ein Schutz vor Homosexualität bzw die unterschiedliche strafrechtliche Behandlung von Homo- und Heterosexualität 2002 überhaupt noch verfassungsrechtlich legitim sein kann. Und nicht zuletzt vermied es der Verfassungsgerichtshof dadurch, die Richtigkeit seines eigenen Erkenntnisses aus 1989 in Zweifel zu ziehen.

Darüber hinaus stützte die verfassungsgerichtliche Entscheidung aus 2002 sogar indirekt die in den 1990er-Jahren von Teilen des politischen Spektrums vorgenommene Umdeutung des § 209 StGB in eine Gewaltschutzbestimmung. Denn das Höchstgericht verfügte keine sofortige, sondern die zeitverzögerte Aufhebung des § 209 StGB, um dem Gesetzgeber die Möglichkeit zu geben, innerhalb der eingeräumten Frist bis 28. Februar 2003 eine allfällige verfassungskonforme Ersatzregelung zu schaffen.<sup>44</sup> Diese zeitverzögerte Aufhebung und der Verweis auf eine allfällige Ersatzregelung suggerierten, dass bei einer sofortigen Aufhebung eine Schutzlücke entstehen würde. Und diese suggerierte Schutzlücke ließ sich im Kontext der weit vorangeschrittenen Normalisierung von Homosexualität eigentlich nur mehr als Lücke im Schutz vor sexuellen Übergriffen interpretieren. Diese Interpretation stützte auch eine Schlussbemerkung des Höchstgerichts: Der Verfassungsgerichtshof ziehe das Schutzziel, „Kinder und Jugendliche vor frühzeitigen, vom Gesetzgeber als für die Entwicklung schädlich angesehenen (hetero- und homo)sexuellen Kontakten sowie vor sexueller Ausbeutung zu bewahren, aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht in Zweifel“.<sup>45</sup>

### 3. Schlussakt: Nachwirkungen und Nachwehen

Dass sich der Verfassungsgerichtshof auch im Jahr 2002 nicht dazu durchringen konnte, § 209 StGB – gemäß der ursprünglichen Intention – als eine nach Geschlecht und sexueller Orientierung differenzierende Strafnorm zum Schutz junger Männer vor Homosexualität zu adressieren, hat bis heute spürbare Konsequenzen, und zwar vor allem für die auf Grundlage des § 209 StGB verurteilten Männer. Denn nur wenn § 209 StGB als

---

43 Vfslg 16565/2002, 8.

44 Ebd.

45 Ebd.

Teil der strafrechtlichen Homosexuellenverfolgung in Österreich wahrgenommen wird, erscheinen die Forderungen nach einer vorzeitigen Tilgung dieser Vorstrafen aus dem Strafregister einerseits und nach einer staatlichen Entschädigung für die erlittene Strafverfolgung andererseits legitim. Die Umdeutung des § 209 StGB in eine Gewaltschutzbestimmung ist daher mit hoher Wahrscheinlichkeit mit ein Grund dafür, weshalb der Gesetzgeber die Möglichkeit einer vorzeitigen Tilgung solcher Vorstrafen erst Ende letzten Jahres<sup>46</sup> – und nach einer Verurteilung Österreichs durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte<sup>47</sup> – eröffnete; eine staatliche Entschädigung steht nach wie vor aus.<sup>48</sup>

MMag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Barbara Kraml ist Politologin und Juristin und gegenwärtig als Universitätsassistentin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien tätig; barbara.kraml@univie.ac.at

---

46 Bundesgesetz zur Tilgung von Verurteilungen nach §§ 129 I, 129 II lit. b, 500 oder 500a Strafgesetz 1945 sowie §§ 209 oder 210 Strafgesetzbuch (JGG-ÄndG 2015), BGBl I 2015/154.

47 EGMR 7.11.2013, 31913/07, *E.B. ua/Österreich*.

48 Vgl ausführlich dazu *Tschachler*, Urteil getilgt, Unrecht behoben? juridikum 4/2016, 431.

# Die ethische Bank: was ist das?

## Versuch einer Begriffsklärung

Miriam Broucek

---

### 1. Einleitung

Die primäre Funktion von Banken besteht darin, für einen Ausgleich von Kapitalangebot und Kapitalnachfrage der wirtschaftlichen Subjekte zu sorgen, indem diese als „Finanzintermediäre“ Kapital entgegennehmen und in Form von Krediten oder Finanzanlagen an KapitalnehmerInnen weiterreichen.<sup>1</sup> Insbesondere neu gegründete Unternehmen und Klein- und Mittelstandsbetriebe (KMUs) sind auf Bankfinanzierungen angewiesen, da sie in der Regel über einen nur sehr eingeschränkten Zugang zum Kapitalmarkt verfügen.<sup>2</sup> Auf diese Weise nehmen Banken Einfluss auf das wirtschaftliche Geschehen, ihre Geschäftsentscheidungen sind kausal für wirtschaftliche und politische Entwicklungen (dazu sei etwa das plakative Beispiel einer Vergabe von Krediten an Rüstungsunternehmen in Konfliktgebieten angeführt<sup>3</sup>). Dieser Einfluss wird durch weitere Einwirkungsmöglichkeiten verstärkt, so durch die Auswahl geeigneter Veranlagungen im Rahmen der Vermögensverwaltung für KundInnen oder durch das Eingehen von direkten und indirekten Beteiligungen an Nichtfinanzunternehmen.<sup>4</sup>

Dieses Einflusspotential auf Wirtschaft und Gesellschaft kann von Banken gezielt genutzt werden. In der Regel wird dabei die Ertragssteigerung im Vordergrund stehen. Dass die Machtposition von Banken aber auch anders, nämlich „alternativ“ genutzt werden kann, basierend zwar auf den Grundsätzen der Marktwirtschaft und der Privatautonomie, aber in Abkehr des im Kapitalismus vorherrschenden Paradigmas der Mehrwertproduktion,<sup>5</sup> ist bereits seit einigen Jahrzehnten Gegenstand unternehmerischer Überlegungen. Diese wollen moralische Wertvorstellungen und einen gesamtgesellschaftlichen Nutzen als gleichwertige Unternehmensziele des bankbetrieblichen Handelns definieren. In Firmennamen und Unternehmensphilosophien werden ausdrücklich bestimmte Werte wie „Ethik“, „Gemeinwohl“, „Mitbestimmung“, „Nachhaltigkeit“ oder „Ökologie“ ange-

---

1 Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre I (2013) 2f.

2 Vgl zB EZB, Survey on the Access to Finance of Enterprises in the euro area, <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/accesstofinancesmallmediumsizedenterprises201606.en.pdf?c96d449e601cbe6c87d2e67d54e68c70> (2.1.2017).

3 Vgl zB Friederichs, Geld für Bombengeschäfte, <http://www.zeit.de/2016/16/ruestung-deutsche-banken-krieg-finan-zierung> (18.11.2016).

4 Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre 69ff.

5 Reich, Eigennutz und Kapitalismus: die Bedeutung des Gewinnstrebens im klassischen ökonomischen Denken (1990) 15.

führt. Als Sammelbegriff hat sich in der Medienöffentlichkeit, aber auch in fachspezifischen Publikationen mittlerweile der Begriff der „Alternativbank“ eingebürgert.<sup>6</sup>

In Europa haben sich bereits seit den 1970er-Jahren Alternativbanken am Markt etablieren können, wobei Hintergrund und Dienstleistungsangebot divergieren: Die einstmals im Besitz der römisch-katholischen Kirche stehende österreichische Privatbank *Bankhaus Schellhammer & Schattera AG* orientiert sich in ihrer Geschäftstätigkeit an christlichen Werten, während sich die deutsche *UmweltBank AG* vorrangig dem Umweltschutz und der Förderung von ökologischen Projekten widmet. Die deutsche *GLS Gemeinschaftsbank eG* wurde im Zuge der Finanzierung einer Waldorf-Schule in Bochum gegründet und stand ursprünglich der anthroposophischen Lehre von *Rudolf Steiner* nahe.<sup>7</sup> Die in Österreich derzeit in der Gründungsphase befindliche „Bank für Gemeinwohl“ wurde in Reaktion auf die Finanzkrise 2008 entwickelt und strebt unter der Klammer „Gemeinwohl“ die Förderung und Finanzierung von sozialen, ökologischen und ethischen Unternehmen und Projekten an.<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang ist natürlich auch auf die Genossenschaftsbewegung des 19. Jahrhunderts zu verweisen: basierend auf den Grundsätzen der freiwilligen Kooperation und solidarischen Selbsthilfe wurden von *Hermann Schulze-Delitzsch* und *Friedrich Wilhelm von Raiffeisen* Kredit- und Einkaufsgenossenschaften zur Verbesserung der Lage von HandwerkerInnen und ArbeiterInnen gegründet.<sup>9</sup>

Tatsächlich erfahren seit der weltweiten Finanzkrise alternative Geschäftsmodelle von Banken einen verstärkten Zuspruch.<sup>10</sup> Diese erhöhte Nachfrage ist zu einem wesentlichen Teil darauf zurückzuführen, dass die Finanzkrise zahlreiche strukturelle Defizite des Finanzsektors in den USA und in Europa ins Bewusstsein gerückt hat:<sup>11</sup> Zu Tage traten eine nur sehr ungenügende Marktdisziplin und Transparenz sowie eine unzureichende Umsetzung von Grundsätzen der verantwortungsvollen Unternehmensführung (*corporate governance*), Faktoren, die zusammen mit den gleichzeitig publik gewordenen Hochrisikoveranlagungen, Marktmanipulationen und Malversationen den Finanzsektor ganz allgemein in ein schlechtes Licht rückten. Es kam zu einem massiven Vertrauensverlust, insb von PrivatkundInnen in ihre angestammten Hausbanken.<sup>12</sup> Hinzu tritt eine Veränderung in der gesamtgesellschaftlichen Wertekultur: ökologisches und soziales

---

6 *Attac* verwendet den Begriff Alternativbanken in seiner Kampagne „Bankwechsel“, vgl dazu <http://www.attac.de/kampagnen/bankwechsel/bank-wechseln/alternativbanken> (15.01.2017).

7 *Greff*, Die GLS Bank eG – menschlich, zukunftsweisend, ökonomisch, in *Brazda* (Hrsg), *Ethische Bankgeschäfte – ein neuer Geschäftsbereich bei Kreditgenossenschaften* (2012) 5.

8 Vgl Ausführungen zum „Gemeinwohl-Banking“ unter <https://www.mitgruenden.at/gemeinwohl-banking> (5.12.2016).

9 *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, *Bankbetriebslehre* 35.

10 Vgl zB *Steverman*, Sustainable Investing is booming. Is it smart? <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-10-21/sustainable-investing-is-booming-is-it-smart-> (25.11.2016).

11 *Claessens/Kose*, *Financial Crises: Explanations, Types, and Implications*, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2013/wp1328.pdf> (17.11.2016).

12 Vgl dazu etwa die Erkenntnisse der 2012 in Deutschland von einer Unternehmensberatung bei BankkundInnen durchgeführten Studie: *Bain & Company*, *Was Bankkunden wirklich wollen*, [http://www.bain.de/Images/Studie\\_Banking\\_ES.pdf](http://www.bain.de/Images/Studie_Banking_ES.pdf) (9.12.2016).

Handeln, Sicherheit, Transparenz und Glaubwürdigkeit gewinnen in unserer Gesellschaft stark an Bedeutung.<sup>13</sup>

In Reaktion auf den geschilderten Image- und Vertrauensverlust, aber auch um KundInnenwünschen besser entsprechen zu können, haben viele konventionelle Finanzdienstleister ihre Unternehmensorganisation und ihre Geschäftsstrategie verändert und bspw eigene Organisationseinheiten für soziale Verantwortung (*corporate social responsibility* – CSR) geschaffen oder Finanzprodukte entwickelt, die die Nachhaltigkeit sowie soziale und ökologische Belange unterstützen und fördern. Alternativbanken verfolgen gegenüber derartigen Bestrebungen (die böswillig auch als Marketingstrategien und schlichte Versuche, verlorene KundInnen zurückzugewinnen gesehen werden könnten) einen holistischen Ansatz, wobei CSR als Startpunkt für diese tiefgreifende Auseinandersetzung gesehen werden kann: Der Bankbetrieb soll in seiner Gesamtheit, intern wie extern, anhand bestimmter moralischer Grundsätze ausgerichtet sein und auf diese Weise einen gesamtgesellschaftlichen Nutzen erzielen.

Was dürfen sich potentielle KundInnen und InteressentInnen denn aber nun von einer Alternativbank tatsächlich erwarten? Wie sieht ein ethischer Bankbetrieb in der Praxis aus? Die Erwartungshaltungen werden aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffes auseinandergehen. Zwar ist das Wort „Ethik“ genauso wie „Nachhaltigkeit“ und „Soziales“ fester Bestandteil unseres alltäglichen Sprachgebrauchs, es herrscht aber keineswegs ein einheitliches Verständnis darüber, was es genau bezeichnet, zumal, wenn es im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen verwendet wird. Potentielle AlternativbankkundInnen müssen sich daher intensiv mit dem Geschäftsmodell und den angebotenen Finanzprodukten der gewählten Alternativbank beschäftigen, um abgleichen zu können, ob sich die behaupteten ethischen Grundsätze mit den jeweils eigenen decken. Zudem können sich Interessierte oft des Eindrucks nicht erwehren, dass aufgrund der zahlreichen einschlägigen Vorhaben und Debatten zu Alternativbanken ein regelrechter Flickenteppich<sup>14</sup> an „ethischen“, „nachhaltigen“ und „sozialen“ Initiativen im Bankensektor existiert, der nicht auf ein einheitliches Konzept schließen lässt.

Der vorliegende Beitrag unternimmt daher in einem ersten Schritt eine Klärung des Begriffes „Ethik“ und setzt sich mit dem Verhältnis von Ethik und Wirtschaft auseinander, bevor untersucht wird, wie ein schlüssiges ethisches Geschäftsmodell einer Alternativbank in der Praxis ausgestaltet sein kann.

---

13 Vgl etwa *Ternés/Runge*, Reputationsmanagement Banken (2015) 22.

14 *Bauer/Stegmaier*, Nachhaltigkeit als (Regulierungs-)Konzept im Bankensektor, in *Bauer/Schuster* (Hrsg), Nachhaltigkeit im Bankensektor (2016) 6.

## 2. Ethik

### 2.1. Begriffsklärung

Auf der Suche nach der Bedeutung eines Begriffes bringt auch heute noch der Griff zum Wörterbuch ein schnelles Ergebnis: Nach dem Duden bezeichnet die Ethik einerseits eine Lehre bzw einen Teilbereich der Philosophie, der das sittliche Verhalten des Menschen zum Gegenstand hat, andererseits die Gesamtheit der sittlichen Normen und Maximen, die einer verantwortungsvollen menschlichen Einstellung zugrunde liegen.<sup>15</sup> Einfacher ausgedrückt beschäftigt sich die Ethik im engeren Sinn mit der Art und Weise, wie die Menschen ihr Leben führen sowie mit ihrer Verantwortung für diese Lebensführung. Für die Zwecke dieses Beitrags sehr verkürzt gesagt ist ihr Forschungsgegenstand die Moral: ein System von sozialen Normen, maW ein Satz von Handlungsregeln, der in einer Gesellschaft aufgrund von sozialem Druck besteht und in gewisser Weise sanktionsbehaftet ist. Dabei verpflichten sich die Mitglieder einer moralischen Gemeinschaft zu bestimmten Handlungsweisen, nämlich jene Handlungen zu setzen und andere zu unterlassen. Wesentlich an der Moral ist somit ihr Verpflichtungscharakter.<sup>16</sup> Von rechtlichen Normen unterscheiden sich moralische Normen primär durch den (geringeren) Grad ihrer Verbindlichkeit und der Sanktionierung bei Verstößen.<sup>17</sup> Als prägende klassische Theorien der Ethik aus der Philosophiegeschichte<sup>18</sup> sind die antike Tugendethik von *Aristoteles*, die Pflicht- oder Gesinnungsethik von *Kant* und der zweckorientierte Utilitarismus, auch Erfolgsethik, wie ihn *John Stuart Mill* und *Jeremy Bentham* vertreten haben, zu nennen.<sup>19</sup> Als Theorien der praktischen Philosophie bieten diese ethischen Konzepte eine Handlungsorientierung für den Menschen, bezogen auf all seine Lebensbereiche und Handlungssphären.

### 2.2. Das Verhältnis zwischen Ethik und Wirtschaft

Das Wirtschaftsleben nimmt in unserer heutigen kapitalistischen Gesellschaft einen besonders hohen Stellenwert ein und bestimmt den Großteil des menschlichen Alltags. Es entspricht im Wesentlichen unserer individuellen Lebenserfahrung, dass der Bereich der Wirtschaft auch ethischen Fragestellungen zugänglich ist.<sup>20</sup> Konträr zu diesem Universalitätsanspruch der Ethik werden allerdings nach wie vor Kontroversen darüber geführt, ob Wirtschaftsbeziehungen und unternehmerisches Handeln nicht völlig losgelöst von ethischen Gesichtspunkten gesehen werden können und müssen. Einige VertreterInnen

---

15 *Duden Online*, "Ethik", <http://www.duden.de/rechtschreibung/EthikBedeutung1a> (17.11.2016).

16 *Tugendbat*, Vorlesungen über Ethik (1993) 26f.

17 *Schäfers*, Grundbegriffe der Soziologie (1992) 218.

18 Fragen der theologischen Ethik sollen in dieser Begriffsklärung vorerst außer Acht gelassen werden.

19 Vgl *Pauer-Studer*, Einführung in die Ethik (2003).

20 Das Ineinandergreifen von Wirtschaft, Politik und Ethik hat auch *Aristoteles* im fünften Buch seiner *Nikomachischen Ethik* behandelt, vgl dazu *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* (1952) 153ff.



der neoklassischen Wirtschaftslehre, wie etwa *Ludwig von Mises*, sehen Wirtschaftssubjekte als von moralischen Fragestellungen enthoben und einer reinen Mechanik unterworfen an.<sup>21</sup> Dieses Konzept hat sich in der von marktfundamentalistischen Gedanken geprägten Gesellschaft vor der Finanzkrise 2008 geradezu verselbständigt. UnternehmerInnen, die mit ethischen Anforderungen konfrontiert werden, argumentieren auch heute noch gerne mit wirtschaftlichen Funktionszusammenhängen.<sup>22</sup>

Der deutsche Wirtschaftswissenschaftler *Hans G. Nutzinger* stellt in diesem Zusammenhang eine These auf, die auch in Hinblick auf die Diskussionen rund um Alternativbanken von besonderem Interesse ist: verantwortliche Akteure (sic! es handelt sich hierbei überwiegend um männliche Personen) aus Politik und Wirtschaft verstehen sich selbst als sachkundige „Verantwortungsethiker“ im Sinne *Max Webers*. Sie sehen ihre KritikerInnen als „GesinnungsethikerInnen“, welche zwar wohlmeinend, aber sachlich inkompetent sind. Die postulierte individuelle Verantwortlichkeit der Verantwortungsethiker löst sich in konkreten Einzelfällen bequemerweise oft mit dem Verweis darauf auf, dass der für sie offenstehende Handlungsspielraum aufgrund der ordnungspolitischen Gegebenheiten äußerst begrenzt gewesen wäre. Ethisch argumentierende KritikerInnen werden zudem erst gar nicht als DialogpartnerInnen anerkannt, da sie „nichts von Wirtschaft verstehen“. Damit verlagere sich aber letztlich nur die Frage der ethischen Qualität von Taten einzelner Individuen hin zur Frage der ethischen Qualität der ganzen politischen und wirtschaftlichen Ordnung.<sup>23</sup>

Auch der Schweizer Wirtschaftswissenschaftler *Peter Ulrich* lehnt ein wirtschaftswissenschaftliches Denken, nach welchem wirtschaftlich gerechtfertigte Handlungen immer schon moralisch legitim sind, als „Ökonomistik“ ab und setzt dieser seine „Theorie der integrativen Wirtschaftsethik“ entgegen. Diese anerkennt im Sinne von *Kant* und *Habermas* ein Primat der ethischen Vernunft vor den individuellen Interessen der Wirtschaftssubjekte. Auf diese Weise wird die ökonomische Rationalität nur zweitgeriebt und ausschließlich solche Handlungen gelten als „ökonomisch vernünftig“, die nicht nur für die HandlungsträgerInnen selbst effizient, sondern gegenüber allen Betroffenen als legitim vertretbar sind.<sup>24</sup>

### 3. Alternativbanken in der Praxis

Das Verständnis von dem, was als „ethisch“ bezeichnet werden kann, konnte nun etwas geschärft werden. Gleichzeitig wurde die Maßgeblichkeit moralischer Grundsätze auch

---

21 *Ötsch*, *Ökonomie und Moral. Eine kurze Theoriegeschichte* (2015) 7, abrufbar unter <https://www.jku.at/icae/content/e248904/e248907/e249185/e288622/wp39.pdf> (6.12.2016).

22 *Nutzinger*, Einleitung: Zum Spannungsfeld Ethik und Wirtschaft, in *Nutzinger* (Hrsg), *Ethik und Wirtschaft* (1991) 8.

23 *Nutzinger* in *Nutzinger* 7f.

24 Vgl *Krüger*, *Der Sündenfall der Ökonomie*, <http://www.zeit.de/1987/02/der-suendenfall-der-oekonomie> (9.12.2016); *Ulrich*, *Integrative Wirtschaftsethik. Grundlagen einer lebensdienlichen Ökonomie* (2008).

für den Bereich der Wirtschaft und damit den Finanzsektor bejaht. Für die Zwecke der folgenden Ausführungen wird von der Annahme ausgegangen, dass der Betrieb von Bankgeschäften als Teil des Wirtschaftsbetriebes moralischen Gesichtspunkten zugänglich ist: Bankgeschäfte können moralisch konform oder moralisch verwerflich betrieben werden, wobei es auf die moralische Qualität der Handlungsfolgen und -nebenwirkungen des betriebenen Bankgeschäfts ankommt. Dabei sei auch auf das in den monotheistischen Religionen des Christentums, Judentums und des Islams aus moralischen Gründen lange Zeit bestehende Zinsverbot bzw Wucherverbot im Zusammenhang mit Gelddarlehen verwiesen.<sup>25</sup>

Wie kann aber nun ein Bankbetrieb unter den gegebenen wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen auf den (europäischen) Finanzmärkten – die Frage nach der ethischen Qualität dieser Bedingungen ist nicht Gegenstand dieses Beitrags – praktisch mit ethischen Maximen in Einklang gebracht werden?

### 3.1. Das Geschäftsmodell von Alternativbanken

Alternativbanken postulieren das Primat der Ethik gegenüber (betriebs-)wirtschaftlichen Aspekten. Die Grundlage für die Geschäftstätigkeit einer Alternativbank bilden die für sie maßgeblichen ethischen Grundsätze, welche von den GründerInnen und EigentümerInnen festgelegt wurden und anhand denen der Bankbetrieb intern wie extern ausgerichtet sein soll.

Mit Verweis auf *Ulrich* wäre alles andere eine ökonomistische Reduktion, die es mit der Ethik nicht so richtig ernst meinen will: Unternehmen, die soziale Verantwortung einzig aus ökonomischen Motiven heraus übernehmen, instrumentalisierten die Ethik für ihre individuellen Zwecke, in der Regel zur Gewinnsteigerung. Als Bezeichnung für diese Instrumentalisierung hat sich insb der Begriff „greenwashing“ etabliert.

Als Beispiel einer Ausgestaltung der ethisch legitimen Erbringung von Bankgeschäften (wie etwa der Entgegennahme von Spareinlagen, der Vergabe von Krediten und dem Handel mit Finanzinstrumenten) sowie dem ethisch legitimen Eingehen von Beteiligungen an Nichtfinanzunternehmen wird in Folge die Anlagepolitik der EthikBank eG wiedergegeben:<sup>26</sup>

- von KundInnen entgegengenommene Gelder können ausschließlich grundsatzkonform investiert werden. Eigens formulierte Anlagekriterien legen bspw fest, dass keine Kredite an Unternehmen vergeben werden oder Unternehmensanleihen von solchen Unternehmen angekauft werden, die gegen bestimmte Ausschlusskriterien

---

25 Vgl dazu die Ausführungen des Sozialethikers und Theologen *Dr. Wilhelm Guggenberger* zum Zinsverbot unter *Guggenberger*, „Du sollst keine Zinsen nehmen!“, <http://www.kath-kirche-vorarlberg.at/organisation/kirchenblatt/artikel/du-sollst-keine-zinsen-nehmen> (8.12.2016).

26 Eine Übersicht der ethisch-ökologischen Anlagepolitik der EthikBank eG steht unter [https://www.ethikbank.de/fileadmin/bankuebergreifend/dokumente/Anlagekriterien\\_kurz.pdf](https://www.ethikbank.de/fileadmin/bankuebergreifend/dokumente/Anlagekriterien_kurz.pdf) zur Verfügung (28.11.2016).

verstoßen, wie etwa die Herstellung oder den Vertrieb von Waffen, Eigentum oder Betrieb von Atomkraftwerken, Betrieb von Kohlekraftwerken, Gewinnung von fossilen Energieträgern, gentechnische Veränderung von Pflanzen oder Saatgut, Kinderarbeit oder Verletzung von ArbeitnehmerInnenrechten sowie das Vorkommen von eklatanten Bestechungs- und Korruptionsfällen. Gleichzeitig können auch Positivkriterien definiert werden, wie etwa eine bevorzugte Veranlagung in ökologische oder soziale Projekte; spezialisierte MitarbeiterInnen prüfen, ob die jeweiligen KreditnehmerInnen alle Voraussetzungen nachweislich erfüllen;

- die einzelnen ausgereichten Kredite werden den KundInnen gegenüber (in gewissem Umfang) offengelegt und beinhalten partizipative Elemente: die KundInnen können bekanntgeben, für welche Investitionsprojekte ihre Einlagen vorzugsweise verwendet werden sollen; die Einlagen werden ausschließlich laut dem angegebenen Zweck eingesetzt;
- die Vermögensverwaltung für KundInnen erfolgt ausschließlich in Einklang mit den ethischen Grundsätzen; bei der Auswahl von Wertpapieren und Investmentfonds für KundInnen sind die Ausschluss- und Positivkriterien der Anlagepolitik maßgeblich;
- Beteiligungen an Nichtfinanzunternehmen werden strategisch eingegangen und dienen der Förderung der Unternehmensziele, bspw Beteiligungen an Unternehmen im Bereich der Umweltschutztechnik; die durch die Beteiligung eröffneten Einflussmöglichkeiten auf das Unternehmen werden ebenfalls im Sinne der ethischen Grundsätze ausgeübt;
- spekulativer Handel mit Finanzinstrumenten in Rohstoffen, Nahrungsmitteln und Devisen, der rein auf eine Gewinnerzielung durch Börsenkursveränderungen ausgerichtet ist, wird nicht betrieben; stattdessen sollen nur Bankgeschäfte erbracht werden, die sich auf die Realwirtschaft beziehen.

Aus der unbedingten Vorrangigkeit moralischer Grundsätze ergibt sich allerdings, dass sich Alternativbanken freiwillig großteils höheren Anforderungen unterwerfen, als sie gesetzlich gefordert sind. Dies hat zum einen zur Folge, dass Alternativbanken ein zusätzlicher Aufwand entsteht, da sie über den gesetzlichen Standard hinaus noch weitere Auflagen einhalten müssen. Zum anderen müssen Alternativbanken notfalls in Kauf nehmen, dass ihre Bankgeschäfte aufgrund der beschränkten Geschäftsbedingungen unter Umständen geringeren Renditen unterliegen als konventionelle Bankgeschäfte – „*wer Prinzipien hat, kann nicht zugleich dem Gewinnmaximierungsprinzip frönen*“<sup>27</sup>. Freilich liegen derzeit keine wissenschaftlich fundierten Beweise dafür vor, dass ethische Finanzprodukte eine geringere Wertentwicklung aufweisen als herkömmliche Finanzprodukte.<sup>28</sup> Fakt ist, dass Alternativbanken am Markt im Wettbewerb mit herkömmlichen Ban-

27 Ulrich, Republikanischer Liberalismus und Corporate Citizenship: Von der ökonomistischen Gemeinwohlfiktion zur republikanisch-ethischen Selbstbindung wirtschaftlicher Akteure, <https://www.alexandria.unisg.ch/17154/> 19 (11.12.2016).

28 Klos, Produktmanagement und Kunden von Nachhaltigkeitsbanken, in *Bauer/Schuster* (Hrsg), Nachhaltigkeit im Bankensektor (2016) 321.

ken stehen und diesen gegenüber bestehen können müssen. Alternativbanken unterliegen aufgrund der voran genannten Umstände zweifelsohne einem gewissen Kostendruck, da sie auch nicht rein kostendeckend operieren können, sondern dazu gezwungen sind, gewinnorientiert tätig zu sein: Schon allein zur Sicherung ihrer dauerhaften Leistungsfähigkeit können Alternativbanken bei ihrer Geschäftstätigkeit nicht auf eine Gewinnerzielung verzichten, auch weil die gesetzlichen Eigenkapitalanforderungen an Banken eine Gewinnpolitik erfordern – dies zeigt sich etwa auch an der historischen Entwicklung von Genossenschaftsbanken und Sparkassen (welche ursprünglich nicht gewinnorientiert waren) hin zu erwerbswirtschaftlichen privaten Banken.<sup>29</sup> Über das Ausmaß tatsächlich anfallender Mehrkosten von Alternativbanken gibt es allerdings keine aussagekräftigen Untersuchungen. Ein Indiz für erhöhte Kosten könnte aber der Umstand sein, dass einige Alternativbanken ihre KundInnen – freilich auch aus ideologischen Erwägungen – dazu auffordern, freiwillig auf (einen Teil ihrer) Zinsen auf Spareinlagen zu verzichten. Grundsätzlich müssen Privat- und GeschäftskundInnen dazu bereit sein, ökonomische Motive hintanzustellen und für ethisch legitim erbrachte Finanzdienstleistungen im Fall des Falles mehr zu bezahlen (bspw über höhere Kontoführungsgebühren) als für herkömmliche Finanzdienstleistungen.

### 3.2. Externe Kontrolle und Vergleichbarkeit von Standards

Es liegt auf der Hand, dass Glaubwürdigkeit und Vertrauen im Geschäftsbetrieb von Alternativbanken eine noch größere Rolle als im Finanzdienstleistungssektor allgemein spielen: Nur, wenn ihre KundInnen tatsächlich darauf vertrauen können, dass die ethischen Grundsätze nachweislich in der angegebenen Weise gelebt werden, wird das Geschäftsmodell von Alternativbanken dauerhaft tragfähig sein. Dafür ist es notwendig, schon vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung sowie laufend und womöglich in höherem Umfang als gesetzlich erforderlich Informationen und Auskünfte an KundInnen zu liefern. Um den KundInnen einen Nachweis über die tatsächliche Erfüllung der ethischen Ziele liefern zu können, muss auch eine Möglichkeit der externen Kontrolle etabliert werden: Die derzeitigen gesetzlichen Vorgaben zur Unternehmensprüfung enthalten überwiegend vergangenheitsorientierte finanzielle Informationen.<sup>30</sup> In Europa müssen große börsennotierte Unternehmen, darunter auch Banken, ab 2017 gemäß der Richtlinie 2014/95/EU („NFI-Richtlinie“)<sup>31</sup> in Ergänzung der Bilanzrichtlinie 2013/34/EU<sup>32</sup> neben

---

29 Käufer, Geldinstitute im Spannungsfeld zwischen monetärem und gesellschaftlichem Erfolg (1996) 118.

30 Walterbusch/Handzik/Teuteberg, Status Quo der Wirtschaftsprüfung von Nachhaltigkeitsberichten, in Gomez/Lang/Wohlgemuth (Hrsg), IT- und Energiegestütztes Ressourcenmanagement (2013) 310.

31 RL 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen Text von Bedeutung für den EWR, ABl L 2014/330, 1; in Österreich wird die Richtlinie durch das Nachhaltigkeits- und Diversitätsverbesserungsgesetz, BGBl I 2017/20, umgesetzt.

32 RL 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen, ABl L 2013/182, 19.

der üblichen Rechnungslegung auch eine „Nichtfinanzielle Erklärung“ abgeben. In dieser Erklärung ist über die Unternehmenspolitik und Risiken im Hinblick auf Umweltfragen, soziale und mitarbeiterInnenbezogene Aspekte, Achtung der Menschenrechte, etc zu berichten. Der Anwendungskreis der NFI-Richtlinie und der entsprechende Berichtsinhalt sind jedoch beschränkt. Alternativbanken könnten aber bspw mit ihrem Bankprüfer vertraglich vereinbaren, dass dieser zusätzlich zur verpflichtenden Bankprüfung auch die Einhaltung der von der Alternativbank formulierten Anlagekriterien prüft und ein entsprechendes Testat abgibt.<sup>33</sup>

#### 4. Fazit

Das Anliegen dieses Beitrags war es, aufzuzeigen, dass die Auseinandersetzung mit ethischen Fragestellungen im Bankensektor ihre Berechtigung hat, da mit einem bewussten Einsatz von Finanzmitteln moralisch unterstützenswerte Ziele gefördert werden können und auf diese Weise eine positive Einflussnahme auf die Realwirtschaft ausgeübt werden kann. Die dabei eingesetzten Konzepte von Ausschluss- und Positivkriterien sind für potentielle KundInnen leicht nachvollziehbar. Wem/Wer es daher ein Anliegen ist, in finanziellen Belangen moralisch „gut“ zu handeln, der/die ist sicher gut beraten, das Angebot von Alternativbanken zu prüfen und eine Geschäftsbeziehung mit jenem Anbieter einzugehen, der die eigenen moralischen Werte teilt. Da in unserer pluralistischen Gesellschaft nur schwer ein universaler Katalog von dem, was moralisch „gut“ ist, formuliert werden kann, wird der KundInnenkreis von Alternativbanken letztlich immer begrenzt bleiben. Aufgrund ihrer Selbstverpflichtung betreiben Alternativbanken auch stets ein gegenüber herkömmlichen Banken reduziertes Geschäftsmodell, sodass Wachstums- und Ertragssteigerungsmöglichkeiten ebenfalls begrenzt sind. Wie wir gesehen haben, ist Gewinnstreben aber ohnehin nicht die Motivation von Alternativbanken. Ein verstärkter Marktauftritt von Alternativbanken führt gerade nach der Finanzkrise und im Zeitalter der sozialen Medien zu einer erhöhten Bewusstseinsbildung über das Thema Ethik in der Finanzwirtschaft. Wenn ethische Bankgeschäfte letztlich zu einer internationalen Trendbewegung werden und der Gesetzgeber sowie herkömmliche Finanzinstitute auf diesen Zug aufspringen – freilich ohne eine Verwässerung der Ethik, ein „greenwashing“, zu betreiben – kann dies nur im Sinne einer ethisch orientierten Gesellschaft sein. Dass Alternativbanken allerdings das Potential besitzen, Finanzkrisen zu verhindern oder abzumildern, kann mangels Nachweisen nicht behauptet werden.

Mag.<sup>a</sup> Miriam Broucek arbeitet als Rechtsanwaltsanwältin im Bereich Finanzmarktregulierung in Wien; miriam.broucek@reflex.at

---

<sup>33</sup> Vgl dazu den von der EthikBank eG veröffentlichten Vermerk über die Prüfung der Einhaltung der Anlagegrundsätze für das Geschäftsjahr 2015, [https://www.ethikbank.de/fileadmin/ethikbank/dokumente/Die\\_EthikBank/Testat-Kreditvergabe.pdf](https://www.ethikbank.de/fileadmin/ethikbank/dokumente/Die_EthikBank/Testat-Kreditvergabe.pdf) (11.12.2016).

# Dieses Land gehört nicht zu mir...

## Zur Praxis von Sprachanalysen im österreichischen Asylverfahren<sup>1</sup>

Andrea Fritsche / Martina Rienzner

---

### 1. Einleitung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit Sprachanalysen<sup>2</sup> im österreichischen Asylverfahren, dh externen Expertisen zur Feststellung der Herkunft von Asylsuchenden.<sup>3</sup> Grundlage solcher Analysen ist die Annahme, dass die Sprechweise Rückschlüsse auf das Herkunftsland oder die ethnische Zugehörigkeit zulässt.

Erste Belege für die Verwendung von Sprachanalysen im österreichischen Asylverfahren gibt es seit 2001 (Plutzer 2001). Anders als im internationalen Kontext (Zwaan et al 2010) gibt es für Österreich zur Praxis und zu Fragen der (Un)Möglichkeit von Sprachanalysen – mit Ausnahme der interdisziplinären Auseinandersetzung von Ammer et al (2013) und Dorn et al (2014) – kaum wissenschaftliche Beiträge.

Mit der Absicht, die dort begonnene Diskussion fortzusetzen, will der vorliegende Beitrag über die beispielhafte Darstellung der österreichischen Praxis zu einer kritischen Reflexion anregen, indem va drei Fragen gestellt werden: (1) Welche Funktion erfüllen Sprachanalysen im Asylverfahren? (2) Wie positioniert sich die Sprachwissenschaft zu Sprachanalysen? (3) Welche Herausforderungen bringt der Umgang mit Sprachanalysen für Asylsuchende und deren Rechtsvertretung mit sich?

---

1 Der Beitrag basiert auf einem Vortrag auf der Tagung „65 Jahre Genfer Flüchtlingskonvention“ am 6. Oktober 2016 in Osnabrück. Wir danken Verena Roschger und Emanuel Matti für wertvolle Unterstützung und Kritik.

2 Im Asylverfahren scheinen sprachbezogene Tests unter diversen Termini, wie „Sprach- und länderkundliche Analysen“, „Linguistische Gutachten“, „forensische Befunderhebung zu Sprachkompetenzen“ oder „Sprachgutachten“ auf. Da sprachliche Expertisen häufig nicht von Sachverständigen iSd § 52 AVG erstellt werden und so auch nicht Gutachten iES sind, ist nachfolgend allg von Sprachanalysen die Rede. Damit sind explizit nicht nur, jedoch auch, (Sachverständigen-)Gutachten iES erfasst. Hingewiesen wird darauf, dass auch das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) bzw das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) die Begriffe Sprachanalyse und Sprachgutachten austauschbar verwenden (zB BVwG 16.4.2014, W168 1417907-2).

3 Der Begriff *Asylwerber\_in* wird hier für Kontexte verwendet, in denen die Person nur als rechtliche Kategorie relevant ist (vgl § 2 Abs 1 Z 14 AsylG). Damit wird auf die (diskursive) Wirkmächtigkeit des rechtlichen Labels und die damit einhergehende Ausklammerung anderer Identitätsaspekte verwiesen. In anderen Fällen wird der Begriff *Asylsuchende\_r* verwendet, womit zwar der Mensch hinter der rechtlichen Kategorie mehr in Erscheinung tritt, jedoch gleichzeitig wird unterstrichen, dass dieser auch außerhalb des Rechts va über seine schutzsuchende Handlung definiert wird.

## 2. Kontextualisierung: Welche Funktion erfüllen Sprachanalysen?

Um Rolle und Funktion von Sprachanalysen zu verstehen, ist es notwendig, diese im Wissens- und Wahrheitsregime des Asylverfahrens bzw des Rechts zu verorten.

Drei Prämissen sind hervorzuheben:

- Die Feststellung des Herkunftsstaats ist Voraussetzung, um die Schutzwürdigkeit einer Person zu bestimmen: Ein\_e Asylwerber\_in kann nur dann zum\_zur vom Recht anerkannten Schutzberechtigten werden, wenn auszuschließen ist, dass der Herkunftsstaat die (menschenrechtlichen) Schutzpflichten für die Person übernehmen kann (oder will).
- „Wahr“ ist, was glaubhaft und glaubwürdig ist: Im Asylverfahren ist es die Aufgabe der Behörde, die materielle Wahrheit zu ermitteln. Dies Überprüfung ist ein zentrales Element des Asylverfahrens (ua UNHCR 2013). Da die Beurteilung der Glaubhaftmachung der freien Beweiswürdigung der Behörde unterliegt (Hengstschläger/Leeb 2005a, Rz 3), wird diese va am Plausibilitäts- und Relevanzsystem des\_der Entscheider\_in gemessen. „Wahr“ wird das, was diesem\_r unzweifelhaft als plausibel, verständlich und nachvollziehbar erscheint (UNCHR 2003, Z 195 u 204, Scheffer 2003).
- Faktengenerierung entsteht durch ein Zusammenspiel von internem und externem Wissen: Um zu einer Entscheidung zu gelangen, muss der vorgebrachte Sachverhalt als Fakt etabliert werden. Dies geschieht auf Basis unterschiedlicher Wissensformen (Scheffer 2003, 148ff). Neben internem Wissen des Rechts (wie Gesetzestexte, Judikatur) spielt externes Wissen eine wichtige Rolle<sup>4</sup>. Wird im Asylverfahren die Herkunft von Asylwerber\_innen angezweifelt und reicht das interne Wissen nicht aus, um diese Zweifel zu legitimieren bzw zu eliminieren, muss auf externes Wissen von Expert\_innen zurückgegriffen werden.<sup>5</sup> Deren Aufgabe ist es, vorhandene Wissenslücken soweit zu schließen, dass die Behörde eine Herkunftsregion als Fakt etablieren und so die Schutzwürdigkeit der Person beurteilen kann.

Das österreichische Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) verwendet „Sprachanalysen unterstützend zur Verifizierung der tatsächlichen Herkunftsregion von Asylwerbern und um widersprüchliche Aussagen oder mangelnde Orts- oder Kulturkenntnisse sowie begründete Zweifel an den von dem Asylwerber angegebenen Informationen zu beseitigen oder zu bestätigen“ (BFA 2014). Grundlage von Sprachanalysen sind somit auf dem Vor- und Erfahrungswissen (Scheffer 2003, 456) basierende Zweifel an der Herkunft von Asylwerber\_innen, denen die für das Recht notwendige Legitimation fehlt.

---

4 Die Grenze zwischen internem und externem Wissen ist oft fließend (Dahlvik 2014, 292 f); dies zeigt sich ua an der Relevanz von sog „notorischem Wissen“, dh Tatsachen, die „bei der Behörde offenkundig“ sind und keines Beweises bedürfen, wobei die Offenkundigkeit darüber definiert wird, ob das Wissen der allg Kenntnis entspricht oder im Zuge der Amtstätigkeit bekannt wurde (Hengstschläger/Leeb 2005a). Unklar bleibt dabei, wann und wie externes Wissen zu internem, dh notorischem Wissen wird.

5 So werden zB Sachverständige als „Hilfsorgan[e] der Behörde“ (Hengstschläger/Leeb 2005b, Rz 4) „immer dann beigezogen (...), wenn ein Sachverhalt von der Behörde auf Grund fehlender Sachkenntnisse nicht festgestellt werden kann“ (Peysl et al 2015, 440, Hengstschläger/Leeb 2005b, Rz 9).

Die so entstandene Wissenslücke versucht das Recht durch den Einbezug von externem Wissen in Form von Sprachanalysen zu schließen.

### 3. Wissenschaftliche Diskussion: Wie positioniert sich die Sprachwissenschaft zu Sprachanalysen?

Sprachanalysen liegt die scheinbar banale Annahme zugrunde, dass die Sprechweise einer Person Auskunft über die Herkunft gibt. Damit diese aus dem Alltagswissen kommende Annahme im Verfahren als wissenschaftliches Wissen gewertet werden kann und so dem Recht in der Elimination bzw Legitimation von Zweifeln dienlich ist, muss sie mindestens zwei Kriterien erfüllen (Ammer et al 2013, 282):

1. Die Annahme muss durch aktuelle wissenschaftliche Theorien begründet werden (Peyrl et al 2015, 444).
2. Es braucht ein wissenschaftlich begründetes Diagnoseverfahren, das für den Einzelfall Aussagen über die Verbindung von Sprechweise und Herkunft zulässt (Hengstschläger/Leeb 2005b, Rz 57).

Bereits die theoretische Begründung dieser Verbindung bereitet Schwierigkeiten. An sich herrscht innerhalb der Linguistik Einigkeit darüber, dass die Art und Weise, wie jemand spricht, keine Auskunft über die Staatsangehörigkeit geben kann (Language and National Origin Group 2004, 1). Einige Linguist\_innen sind aber der Ansicht, dass es möglich ist festzustellen, in welcher Sprachgemeinschaft<sup>6</sup> jemand sozialisiert wurde (Eades 2009, Patrick 2016). Jedoch ist das Konzept der Sprachgemeinschaft insb dann umstritten, wenn eine Verknüpfung zwischen Sprachgemeinschaften und der Sprechweise einzelner Sprecher\_innen hergestellt wird (Coupland 2010). Blommaert (2013, 7) hebt zB hervor, dass der Grad der Zugehörigkeit zu einer Sprachgemeinschaft unterschiedlich ausfallen kann und Menschen mehreren Sprachgemeinschaften gleichzeitig angehören können. Auch die Annahmen, dass Sprecher\_innen ausschließlich und vollständig in *einer* Sprachgemeinschaft sozialisiert werden und dass sich einmal erworbene Sprechweisen im Laufe des Lebens nicht mehr ändern, gelten als überholt. Argumentiert wird, dass sich in Sprachrepertoires die Biographie widerspiegelt und diese ist, va im Falle von geflüchteten Menschen, von verschiedenen Orten und Sprachgemeinschaften geprägt (Dorn et al 2014).

Linguist\_innen betonen daher, dass für eine vertretbare Durchführung von Sprachanalysen mindestens zwei Kriterien erfüllt sein müssen: (1) Es muss sich um Personen handeln, die in der in Frage kommenden Sprachgemeinschaft vollständig sprachlich sozialisiert sind. Von der Durchführung von Sprachanalysen wird dann abgeraten, wenn jemand bereits früh im Leben größere biografische Veränderungen erfahren hat und komplexe Lebensgeschichten innerhalb gesellschaftspolitischer Umbrüche aufweist (Patrick 2012, 37). (2) Es braucht wissenschaftlich fundierte, aktuelle und auf einer breiten Daten-

---

6 Dh eine Gruppe von Menschen, die ein bestimmtes sprachliches Wissen und dazugehörige Normen teilen und sich durch ihre Sprechweise von anderen Gruppen unterscheidet (Wardhaugh 2006, 191ff).



basis erstellte Beschreibungen der relevanten Sprachgemeinschaften. Diese sind für Regionen, aus denen Asylsuchende kommen, oft nicht vorhanden (de Rooij 2010).

In Bezug auf vorhandene wissenschaftliche Methoden ist festzustellen, dass die Praxis der wissenschaftlichen Diskussion vorausgeeilt ist. Sprachanalysen werden seit Beginn der 1990er-Jahre international eingesetzt. Erste wissenschaftliche Publikationen gibt es erst seit Ende der 1990er-Jahre (zB Kastenholz 1998), nach wie vor sind wesentliche methodische Fragen offen, ua:

- Wer verfügt über die notwendigen Kompetenzen, um Sprachanalysen durchzuführen? Umstritten ist va, ob nur Linguist\_innen oder auch „native speakers“ dafür qualifiziert sind (Cambier-Langeveld 2010, Fraser 2009).
- Wie sollen Sprachproben erhoben werden, wie beeinflussen zB Gesprächsinhalte, Gesprächsteilnehmer\_innen oder Gesprächsdauer das Sprachsample? (Singler 2004, Behrend/Meyer 2008)
- Wie kann die Validität unterschiedlicher Methoden (der Datenerhebung, -interpretation und auf diesen Daten basierenden Entscheidungen) sichergestellt werden? (McNamara et al 2016).

Insgesamt ist die wissenschaftliche Diskussion zu Sprachgutachten durch einen pragmatischen Zugang geprägt. Viele Autor\_innen vertreten die Ansicht, dass es trotz dieser offenen methodischen Fragen besser sei, Sprachanalysen mit Beteiligung von Linguist\_innen durchzuführen als das Feld ganz Laien zu überlassen (Patrick 2016, 254).

Festzuhalten ist: Ein solides, innerhalb der Sprachwissenschaft unhinterfragtes methodisches Verfahren und eine fundierte theoretische Basis zur Durchführung von Sprachanalysen gibt es derzeit nicht. Die theoretische Grundlage ist umstritten, wesentliche methodische Fragen sind offen.

#### 4. Praxis in Österreich

Inwiefern diese Unsicherheiten auf Ebene der Wissenschaft in der rechtlichen Praxis berücksichtigt werden (können) und wie die konkrete Praxis ausgestaltet ist, wird nachfolgend diskutiert. Grundlage der Auseinandersetzung bilden dabei Erfahrungen aus der Rechtsberatung sowie va die Analyse von 26 Einzelfällen resp Sprachanalysen unterschiedlicher Institute und Gutachter folgender Herkunftsregionen: DR Kongo, Eritrea, Kenia, Nigeria, Sierra Leone, Somalia, Sudan, Syrien und Simbabwe. Ergänzend wurden online zugängliche Angaben der jeweiligen Institute herangezogen. Das Material, das va von einer österreichischen Rechtsberatungs-NGO zur Verfügung gestellt wurde, wird durch Daten aus offenen Gesprächen mit Rechtsberater\_innen und Asylsuchenden ergänzt.

##### 4.1 Wo finden Sprachanalysen statt?

Sprachanalysen bzw -tests finden auf mindestens drei verschiedenen Ebenen statt: Erste rudimentäre Sprachtests und länderkundliche Wissenstests werden an den Hotspots der

EU-Außengrenzen meist durch Dolmetscher\_innen und *Frontex screening officers* durchgeführt, um „die mutmaßliche Staatsangehörigkeit der betreffenden Person festzustellen“ (Vaschetto 2016, 14). Ein ähnliches Vorgehen ist für nationalstaatliche Grenzen bekannt: Für Dezember 2015 ist zB belegt, dass im Karawankentunnel (Grenze Slowenien/Kärnten) Dolmetscher\_innen<sup>7</sup> sprach- bzw länderkundliche Wissenstest durchführten und so ca 500 Personen die Einreise wegen „Vorspiegelung falscher Staatsbürgerschaft“ verwehrt wurde (derstandard.at 2015). Während hier Sprachtests als Teil der Grenz- bzw Migrationskontrolle verstanden werden können, dienen Sprachanalysen im Asylverfahren der Schließung von Wissenslücken im Ermittlungsverfahren.

## 4.2. Formen

In Österreich werden Sprachanalysen unterschiedlicher Expert\_innen und Institute angewendet.<sup>8</sup> Das BFA unterscheidet zwischen „laiendialektologischen“ und „gutachterlichen“ Sprachanalysen, wobei letzteren erhöhte Beweiskraft zukommt (BFA 2014, Nell-Jemati 2016). Erstere werden va von Firmen wie Verified und Sprakab, zweitere von einem freiberuflichen Afrikanisten durchgeführt.<sup>9</sup> Während der freiberufliche Afrikanist hauptsächlich in Österreich tätig ist, sind die beiden Firmen – Sprakab und Verified – international tätig. Sie haben ihren Sitz in Schweden und sind gewinnorientiert ausgerichtet.<sup>10</sup> Inhaltlich sind zwischen „laiendialektologischen“ und „gutachterlichen“ Sprachanalysen folgende wesentliche Unterschiede zu konstatieren:<sup>11</sup>

### 4.2.1 Wer führt die Analysen durch?

Im „laiendialektologischen Bereich“ führen ein oder zwei anonymisierte „native speakers“ ohne linguistische Ausbildung Befundaufnahme und Analyse durch; die Analyse wird durch Linguist\_innen, die meist über *keine* Sprach- oder Länderkenntnisse der zu analysierenden Sprachgemeinschaft verfügen, überprüft und zertifiziert. Der freiberufliche Gutachter, der Befunderhebung und Analyse durchführt, verfügt über eine „(...) all-

7 Zur Problematik der Qualifikation von Dolmetscher\_innen im Rahmen des sog „Grenzmanagements“ in Folge der Flüchtlingsbewegungen seit Sommer 2015 vgl ua die Urteile des LVwG Steiermark, wo ua vom Einsatz „offensichtlich völlig ungeeignete[r] Personen“ die Rede ist (bspw LVwG 9.9.2016, 20.3-912/2016, 20.3.-915/2016, 20.3-918/2016).

8 Bzgl deren Ausmaß liegen keine genauen Zahlen vor, 2015 fanden lt BFA 70 Sprachanalysen statt (Jell-Nemati 2016, auch: Hartl 2016, 88).

9 Lt Auskunft des BFA ergab sich 2016 ca folgende Verteilung: 50% freiberuflicher Gutachter, 44% Sprakab, 4% Verified, ca 2% Lingua (Nell-Jemati 2016); angesichts des Stellenwerts von Sprakab ist auf Qualitätsprobleme, wie sie 2014 bekannt wurden, zu verweisen (zB die presse.com 2014). Auf Lingua wird in diesem Beitrag nicht eingegangen.

10 Veröffentlichte Zahlen zu den Jahresumsätzen der beiden Firmen Sprakab und Verified gibt es nicht. Belegt ist aber bspw, dass Sprakab gemeinsam mit seinem Vorläufer Eqvator, im Zeitraum von 1999 bis 2002 umgerechnet ca 1,5 Mio Euro Umsatz alleine mit dem Verkauf von Sprachanalysen an die australische Regierung erzielte (vgl Daley 2002).

11 Verweise auf verwendete Daten: EMS = Empirisches Material Sprakab; EMV = Verified; EMG = freiberuflicher Gutachter; EM = allg empirisches Material (wie Einvernahmeprotokolle); auf Eigendarstellungen der Institute auf Webseiten wird gesondert referenziert.

gemein afrikanistisch-linguistischer Kompetenz“ (EMG), jedoch nicht notwendigerweise über Sprachkenntnisse der zu analysierenden Sprache.

Was ein „native speaker“ ist, wird kaum definiert, impliziert wird „muttersprachliche“ Sprachkompetenz. Für Verfiel ist ein „native speaker“ „*someone who has been raised with the variety under analysis used in the home*“ (EMV); wie dieses „home“ in Hinblick auf die komplexen Lebensrealitäten von Asylsuchenden zu verstehen ist, bleibt unklar. Auch wenn darüber hinaus die Fähigkeit „*to accurately distinguish phonemes*“ (Sprakab) gefordert ist und auf ein internes Training verwiesen wird, bleiben die tatsächlichen Qualifikationen vage.

#### 4.2.2 Was ist die Datengrundlage?

Im „laiendialektologischen Bereich“ ist meist eine ca 15-minütige Audioaufnahme (mehrheitlich per Telefon), die vorrangig in den Räumen der Behörde und ggf unter Beteiligung von Dolmetscher\_innen stattfindet, Analysegrundlage. Eine transparente Darstellung von Inhalt, Ablauf und Form der erhobenen Sprachproben fehlt. Praxiserfahrungen lassen darauf schließen, dass kaum erzählgenerierende Fragen gestellt werden, sondern eher ein Frage-Antwort-Schema Standard ist; dies wird auch durch oft parallel stattfindende länderkundliche Wissenstests impliziert (Hartl 2016, 36).

Bei den Analysen des freiberuflichen Gutachters kommt ein sogenanntes „onomasiologisches Verfahren zur Elizitation (Erfragung) einzelner Lexeme (Ausdrücke)“ (EMG) zur Anwendung: Dabei werden eine große Menge an Abbildungen bzw Fotos vorgelegt, die – oft über Dolmetscher\_innen – zu benennen sind. Die Anweisung besteht darin, den Dialekt bzw die Sprachvarietät zu sprechen, die „zu Hause gesprochen wurde“ (EMG). Unberücksichtigt bleibt, dass die Verwendung der Umgangssprache im spezifischen Setting eine große Herausforderung darstellt und die Anleitung somit einer Aufforderung zu bewusster Sprachmanipulation gleichkommt (McNamara 2016, 269). In keinem der beiden Zugänge ist davon auszugehen, dass freies, „authentisches“ Sprechen, wie von wissenschaftlicher Seite gefordert (Singler 2004), generiert wird. Das onomasiologische Verfahren entbehrt zusätzlich jeder Fundierung in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Methoden der Sprachanalyse.

#### 4.2.3 Wie wird analysiert?

Im „laiendialektologischen Bereich“ werden die erhobenen Sprachproben va mit dem sprachlichen Wissen der „*native speakers*“ sowie tw mit wissenschaftlichen Quellen (Verfiel) abgeglichen. Dabei wird davon ausgegangen, dass „muttersprachliche“ Kompetenz quasi automatisch zur Identifikation von Sprachvarietäten befähigt (EMV): „*The analyst (...) must have native speaker knowledge of the dialect. It means the analyst will normally know whether the asylum seeker is speaking the claimed dialect in a matter of minutes. This is perfectly normal.*“ (Sprakab). Da das Wissen der eingesetzten „*native*

*speakers*“ nicht zugänglich ist und die Ergebnisse häufig nicht durch wissenschaftliche Referenzen belegt werden, entziehen sich diese in weiten Teilen der Überprüfbarkeit. Begründungsmängel sind offensichtlich.

In den Berichten werden vorgefundene linguistische Merkmale (wie Morphologie, Syntax, Phonologie) unterschiedlich ausführlich dargelegt, die Biographie wird nur sehr bedingt berücksichtigt. Einschätzungen zum Ort der sprachlichen Sozialisation werden am Schluss in wenigen Sätzen dargestellt, die Wahrscheinlichkeit/Sicherheit mit der die Person in der überprüften Sprachvarietät sozialisiert wurde, wird in eine Skala übersetzt und so stark vereinfacht. Suggestiert wird Quantifizierbarkeit und eine (vermeintlich) statistische Korrelation zwischen analysierter Sprachvarietät und angegebener Herkunft. Ausführlicher stellt sich die Analyse des freiberuflichen Gutachters dar, der die erhobenen Sprachmerkmale mit publizierten und tw selbst erhobenen, nicht veröffentlichten Sprachbeschreibungen vergleicht. Gibt zB eine Somali sprechende Asylsuchende an, aus Südsomalia zu stammen, werden ihre sprachlichen Realisierungen mit wissenschaftlichen Dokumentationen und eigenerhobenem Material (zB von Somalis in der Diaspora) verglichen.<sup>12</sup> Die Berichte enthalten neben einer Beschreibung der Dialektologie des Sprachraums die Darstellung „typischer“ linguistischer Merkmale; die erhobene Sprachrealisierung wird mit der zu erwartenden quellengestützt verglichen. Am Ende steht eine begründete Zusammenfassung.

Beide Zugänge sind damit konfrontiert, dass für manche Sprachräume (Somalia,<sup>13</sup> Eritrea etc) aktuelle wissenschaftliche Literatur fehlt, va solche, die sprachliche Veränderungen in Folge von Konflikten und Migration berücksichtigt. Diese Problematik wird tw zwar theoretisch anerkannt (EMV), bleibt jedoch ohne praktische Folge.

## 5. Umgang mit Sprachanalysen im Asylverfahren

Abseits dieser Schwierigkeiten stehen sowohl Asylsuchende als auch das Rechtssystem vor der Herausforderung, wie sie mit Sprachanalysen – als nur bedingt zugängliches Sonderwissen – umgehen können.

### 5.1. Reaktionen und Handlungsmöglichkeiten Asylsuchender

Für Asylsuchende stellen sich Sprachanalysen als ambivalente Praxis in der Logik der Asylverfahren dar, sie erscheinen als weiteres Prüfinstrument, dessen Logik man sich unterwerfen muss. Methode und Sinn der Analysen bleiben unverstanden und werden zu einem weiteren Teil der „*Black Box*“ Asyssystem (Fritsche 2012, 383).

---

12 In dem Fall ist der Gutachter kein Experte für Somali, die Erhebung findet über Dolmetscher\_innen statt.

13 ZB wird für Somali ua auf Quellen aus den 1980er- bzw 1950er-Jahren Bezug genommen.

Eine aktive Infragestellung der Ergebnisse durch die Asylsuchenden ist nur begrenzt möglich und erfordert hohes Sprachbewusstsein. Oft weicht aktive Kritik resignativem Beharren: „Ich habe nicht viel zu sagen, außer dass das Land nicht zu mir gehört“ (EM). Abseits dessen kann der Widerspruch mit Hilfe der Rechtsvertretung erfolgen, diese ist mit weitreichenden Herausforderungen konfrontiert:

Rechtsvertreter\_innen fungieren als Mittler\_innen zwischen (a) den Asylsuchenden und deren Verständnis zur Verbindung von Sprache und Herkunft, (b) dem Feld der sprachwissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Sprachanalysen und (c) der Behörde. Mehrfache Übersetzungsprozesse sind gefordert: In einem ersten Schritt muss sich die Rechtsvertretung Hilfeexpertise aneignen, die den wissenschaftlichen Diskurs so zugänglich macht, dass Sprachanalysen kritisch hinterfragt werden können. Gleichzeitig ist die gewonnene Kritikfähigkeit so zu übersetzen, dass diese für das Recht als fundiert, bzw. „mit hinreichenden Argumenten“ (Hengstschläger/Leeb 2005b, Rz 15) unterlegt, klassifizierbar ist, jedoch gleichzeitig für Entscheider\_innen als sprachwissenschaftliche Laien nachvollziehbar bleibt. Notwendig sind Zeitressourcen, soziales Kapital für wissenschaftliche Unterstützung, sowie ggf. ökonomisches Kapital für etwaige Gegengutachten.

## 5.2. Umgang des Rechtssystems

Auch wenn Sprachanalysen eigentlich von Indiziencharakter haben, sind sie im Rahmen der Glaubwürdigkeitsprüfung von zentraler Bedeutung und geeignet, die Glaubwürdigkeit der Person abzusprechen.<sup>14</sup> Damit Sprachanalysen im Verfahren genutzt werden können, müssen Entscheider\_innen eine linguistische Sprache interpretieren und als möglichst eindeutigen Beweis ins Rechtssystem einspeisen. Gerade fachsprachlich komplexe Analysen führen dazu, dass oft nur Schlussfolgerungen berücksichtigt werden (können). Theoretische oder empirische Relativierungen (EMV) gehen häufig verloren, alleine schon wenn die Analysen auf Englisch verfasst und für das Verfahren nur „relevante Teile“ übersetzt werden. Feststellungen, dass jemand „nigerianisches Englisch spricht“ können in diesem Zusammenhang relativ leicht zur nigerianischen Staatsbürgerschaft werden, obwohl die Analyse nur aussagt, dass die Person im Setting der Aufnahme eine Sprachvarietät spricht, die als „nigerianisch“ klassifiziert werden kann. Ein derartiger Umgang mit externem Wissen ist dem Recht aufgrund seiner selbstreferenziellen Logik immanent bzw. erscheint notwendig:

*„[Law] has to use ‚arbitrary cut-off points‘ in argument, and often chooses not to look behind its presumptions. It seeks to provide certainty and to relate to common sense. It may adopt or reject scientific (...) knowledge or reasoning in order to pursue these ob-*

---

14 So zB das BFA: „Aufgrund des Umstandes, dass im Rahmen der Sprachanalyse hervorkam, dass Sie sprachlich gesehen dem Norden Somalias zuzuordnen sind, ist davon auszugehen, dass die Gründe, die Sie für den Süden Somalias vorbringen, nicht glaubhaft sind.“ (EM).

*jectives. It gathers and presents facts in ways tailored to adjudicative needs*" (Cotterrell 1998, 179f).

Eine grundlegende Infragestellung von Sprachanalysen durch das Rechtssystem ist nur bedingt möglich; ohne externe Expert\_innen können Wissenslücken nicht geschlossen und Zweifel weder beseitigt noch legitimiert werden. Kritik an Sprachanalysen wird dann zB mit der Betonung der Wissenschaftlichkeit der Analysen und einer Überhöhung der Beweiskraft<sup>15</sup> iRd freien Beweiswürdigung begegnet (ua Ammer et al 2013, 293ff). Argumentationen erscheinen, insb erstinstanzlich, häufig vage und zirkulär, zB wenn darauf verwiesen wird, dass die Methode „langwierig erprobt und (...) seit 12 Jahren angewandt [wird]“ (EM), von einem „jeder Kritik standhaltende[n] Gutachten“ (EM) gesprochen wird bzw statt der wissenschaftlichen Herleitung der Expertise Alltagsannahmen als „notorische Tatsache“ etabliert werden:

*„Die Schlüssigkeit derartiger Sprachanalysen dokumentiere sich in den verschiedenen Ansätzen der Analyse selbst und werde (...) als wissenschaftlich fundiert und verlässlich angesehen. Es sei als notorische Tatsache anzusehen, dass sich zuordenbare Unterscheidungsmerkmale sowohl in der Sprache als auch Aussprache von Lauten von Herkunftsregionen herausgebildet haben, welche zur Bestimmung der sprachlichen Herkunft eines Sprechers geeignet sind.“* (BVwG 10.3.2016, L519 1430582-2 mit Bezug auf die fall-spezifische BFA-Entscheidung)

Deutlich wird, dass in der Praxis oft die Wissenslücke, die durch Sprachanalysen geschlossen hätte werden sollen, nicht geschlossen, sondern vielmehr die Verantwortung für die Legitimierung des Zweifels an sog Expert\_innen ausgelagert wird. „Wahr“ ist dann nicht mehr, was glaubhaft ist, sondern was vom Recht designierte Expert\_innen als glaubhaft bezeichnen – ohne dass die Grundlage dieser Argumentation dem Rechtssystem in seiner Vollständigkeit zugänglich ist.<sup>16</sup>

## 6. Schlussfolgerungen

Sprachanalysen werden als externes Wissen im Asylverfahren herangezogen, um eine Wissenslücke zu schließen, die das Recht aus sich heraus nicht schließen kann. Das herangezogene Wissen ist aber nicht gesichert und kann als umstritten beschrieben werden. Im Ergebnis werden auf unzureichender wissenschaftlicher Basis nationale, regionale oder ggf ethnische Zugehörigkeiten von Asylsuchenden festgeschrieben. Dies hat weitreichende Folgen für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit und die Rechte von Geflüchteten.

---

15 So wurden in der Beweiswürdigung zB „laiendialektologische Analysen“ zu „unzweifelhafte[n] Gutachten“ (EM); auch wurden Fälle beobachtet, wo Sprachanalysen mit ambivalenten Ergebnissen kaum mehr in der Entscheidung berücksichtigt wurden (EM).

16 Wobei dies wohl ebenso auf andere Formen von Expertisen zutrifft.

Für Asylsuchende, Rechtsvertreter\_innen und Entscheider\_innen sind Sprachanalysen und die hinter ihnen stehende wissenschaftliche Diskussion nur eingeschränkt zugänglich und nachvollziehbar. Die Inklusion von Sonderwissensbeständen führt zu Exklusion im Verfahren und zu eingeschränkten Handlungsmöglichkeiten für Asylsuchende; die Notwendigkeit externer Expertisen bindet die Flüchtlingseigenschaft ua an ökonomische Kriterien. Während die Wissenschaftlichkeit von Sprachanalysen zumindest umstritten ist, sind Sprachanalysen ein klarer Beitrag zur „Verwissenschaftlichung des Rechts“<sup>17</sup> (Rehbinder 2009, 86ff). Dabei besteht auch hier die Gefahr, dass Ergebnisse einfach übernommen oder aufgrund von Übersetzungs- und Verständigungsschwierigkeiten falsche Schlussfolgerungen gezogen werden (ebda, 90).

Abschließend ist festzuhalten, dass va diejenigen, die ihr Wissen der Behörde zur Verfügung stellen, gefordert sind, ethisch verantwortungsvoll mit ihrem Auftrag umzugehen; dh Behörden gegenüber transparent zu machen, was ihre Disziplin leisten kann und was nicht und sich der Konsequenzen ihres Handelns bewusst zu sein. Ebenso sollten Asylbehörden kritisch mit dem zur Verfügung gestellten Wissen umgehen. Sichergestellt werden könnte dies bspw über einen intensiveren Dialog mit unabhängigen Wissenschaftler\_innen, die selbst keine Sprachanalysen durchführen, ökonomisch von den Behörden unabhängig sind und somit eher dazu in der Lage sind, eine kritische Qualitätssicherung zu unterstützen.

Mag.<sup>a</sup> Martina Rienzner ist Sozialwissenschaftlerin und Mitglied im Netzwerk SprachenRechte. Forschungsschwerpunkte: Mehrsprachigkeit, transkulturelle Kommunikation und Dolmetschen im Asylverfahren; [martina.rienzner@univie.ac.at](mailto:martina.rienzner@univie.ac.at)

Mag.<sup>a</sup> Andrea Fritsche ist Soziologin und als Beraterin im Asylkontext tätig. Forschungsinteressen: Asyl und Migration, Recht und Gesellschaft, qualitative Methoden; [andrea.fritsche@univie.ac.at](mailto:andrea.fritsche@univie.ac.at)

## Literatur

Ammer, M, B Busch, N Dorn, M Rienzner, A Santner-Wolfartsberger, W Schicho, B Seidlhofer, K Spitzl, 2013. Ein umstrittenes Beweismittel. Sprachanalyse als Instrument zur Herkunftsbestimmung in Asylverfahren, *juridikum* 3/2013, 281-297.

Behrend, O, L Meyer, 2008. *Research project on LINGUA interviews: proceedings and results*, [https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/service/sprachanalysen/workshop\\_2008/programm/meyer.html](https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/service/sprachanalysen/workshop_2008/programm/meyer.html) (13.12.2016).

BFA, 2014. *Sprachanalysen und Sprachgutachten beim BFA*, unveröffentlichtes Informationsblatt.

Blommaert, J, 2013. Language and the study of diversity, *Working Papers in Urban Language & Literacies* 113, <https://kcl.academia.edu/WorkingPapersinUrbanLanguageLiteracies> (24.11.2016).

Cambier-Langeveld, T, 2010. The role of linguists and native speakers in language analysis for the determination of speaker origin, *International Journal of Speech Language and the Law* 17/1, 67-93.

---

17 Gemeint ist hier va die Absicherung bzw Begründung der Plausibilität von Feststellungen und Entscheidungen durch die Bezugnahme auf Informationen des Wissenschaftssystems; dabei wird nichts über die tatsächliche Wissenschaftlichkeit bzw Qualität der herangezogenen Quellen und Informationen ausgesagt.

- Cotterrell, R, 1998. Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically?, *Journal of Law and Society* 25/2, 171-192.
- Coupland, N, 2010. The authentic speaker and the speech community, in: Llamas, C; D Watt (eds). *Language and identities*, 99-112.
- Dahlvik, J, 2014. *Administering Asylum Applications*, unveröffentlichte Dissertation.
- Daley, P, 2002. How tapes sent to Sweden alter thousands of lives, *The Age Newspaper*, <http://www.theage.com.au/articles/2002/07/26/1027497412021.html> [24/05/2012].
- de Rooij, V A, 2010. Language analysis for the determination of origin (LADO): A look into problems presented by East and Central African Cases, in: Zwaan, K, M Verrips, P Muysken (eds), *Language and Origin. The Role of Language in European Asylum Procedures*, 133-145.
- derstandard.at, 2015. *Österreich wies seit Samstag hunderte Migranten zurück*, <http://derstandard.at/2000028235055/Oesterreich-wies-seit-Samstag-Hundert-Migranten-nach-Slowenien-zurueck> (01.09.2016).
- diepresse.com, 2014. *Schweden: Abgeschoben, weil Asyl-Prüfer log*, [http://diepresse.com/home/politik/aussenpolitik/4618222/Schweden\\_Abgeschoben-weil-AsylPrufer-log](http://diepresse.com/home/politik/aussenpolitik/4618222/Schweden_Abgeschoben-weil-AsylPrufer-log) (8.12.2016).
- Dorn, N, M Rienzner, B Busch, A Santner-Wolfartsberger, 2014. "Here I find myself to be judged". ELF/plurilingual perspectives on language analysis for the determination of origin, *Journal of English as a Lingua Franca* 3/2, 409-424.
- Eades, D, 2009. Testing the Claims of Asylum Seekers. The Role of Language Analysis, *Language Assessment Quarterly* 6/1, 30 -40.
- Fraser, H, 2009. The role of 'educated native speakers' in providing language analysis for the determination of the origin of asylum seekers, *International Journal of Speech Language and the Law* 16/1, 113-138.
- Fritsche, A, 2012. Zeit. Macht. Flüchtlinge. Und Flüchtlinge machen Zeit?, *SWS-Rundschau* 52/4, 362-388.
- Hartl, N, 2016. Identitätsfeststellungen im Migrationsprozess: Praxis auf behördlicher Ebene, in: IOM, *Identitätsfeststellungen im Migrationsprozess*, 31-38.
- Vaschetto, D, 2016. Identitätsfeststellungen im Migrationsprozess: Die Hotspots in Griechenland und Italien, in: IOM, *Identitätsfeststellungen im Migrationsprozess*, 10-16.
- Hengstschläger, J/Leeb, D, 2005a. AVG2 § 45, Stand 1.7.2005
- Hengstschläger, J/Leeb, D, 2005b. AVG2 § 52, Stand 1.7.2005
- Kastenholz, R, 1998. Eine afrikanistische Stellungnahme zur Sprachanalyse zum Zwecke der Herkunftsbestimmung von Asylantragstellern, *Pro Asyl*, <http://www.proasyl.de/lit/spranaly/spr1.htm> (24.11.2014).
- Language and National Origin Group, 2004. Guidelines for the use of language analysis in relation to questions of national origin in refugee cases, *International Journal of Speech Language and the Law* 11/2, 261-266.
- McNamara, T, C van den Hazelkamp, M Verrips 2016. LADO as a Language Test. Issues of Validity, *Applied Linguistics* 37/2, 262-283.
- Nell-Jemati, S, 2016, *Anfragebeantwortung* des BFA vom 15.11.2016.
- Patrick, P L, 2016. The impact of sociolinguistics on refugee status determination, in: Lawson, R, D Sayers (eds.), *Sociolinguistic Research*, 253-256.
- Patrick, P L, 2012. Language Analysis for Determination of Origin, in: Solan, L, P M Tiersma, (eds), *The Oxford Handbook of Language and Law*, 533-546.
- Peyrl, J, Neugschwendtner, T, Schmaus, Ch, 2015. *Fremdenrecht*.
- Plutzer, V, 2001. Sprachanalysen – Sprachmacht und Ohnmacht, *asylkoordination aktuell* 4/1, [http://www.asyl.at/fakten\\_1/asyl\\_2001\\_02.html](http://www.asyl.at/fakten_1/asyl_2001_02.html) (24.11.2016).
- Rehbinder, M, 2009. *Rechtssoziologie*.
- Scheffer, T, 2003. Kritik der Urteilkraft – Wie die Asylprüfung Unentscheidbares in Entscheidbares überführt, in: Oltmer, J (Hg), *Migration steuern und verwalten*, 423-458.



Singler, J V, 2004. The „linguistic“ asylum interview and the linguist's evaluation of it, *International Journal of Speech, Language & the Law* 11/ 2, 222 -239.

Sprakab, <http://www.sprakab.se/Home.html> (13.12.2016).

UNCHR, 2003 [1979]. *Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft gemäß dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*, <http://www.refworld.org/docid/4023d8df4.html> (7.11.2016).

UNHCR, 2013. *Beyond Proof. Credibility Assessment in EU Asylum Systems*, <http://www.unhcr.org/protection/operations/51a8a08a9/full-report-beyond-proof-credibility-assessment-eu-asylum-systems.html> (9.12.2016).

Vaschetto, D, 2016. Identitätsfeststellungen im Migrationsprozess: Die Hotspots in Griechenland und Italien, in: IOM, *Identitätsfeststellungen im Migrationsprozess*, 10-16.

Verified, <http://www.verified.se/> (13.12.2016).

Wardhaugh, R, 2006. *An Introduction to Sociolinguistics*.

Zwaan, K, M Verrips, P Muysken (eds), 2010. Language and Origin: The Role of Language in European Asylum Procedures.

# Der Lebensbezug als Basis des (neoliberalen) Wirtschaftsrechts

Analyse, Kritik, Überwindung

Stephan Vesco

---

## 1. Der Begriff des lebenden Rechts nach *Eugen Ehrlich*

Der Begriff des lebenden Rechts stammt aus der Rechtssoziologie *Eugen Ehrlichs* und meint ein aus den tatsächlichen, gesellschaftlichen Lebensverhältnissen entnommenes Recht. Das Recht (etwa Eigentum, Familienstrukturen, die Vermögensnachfolge) sei immer schon in der Gesellschaft vorhanden<sup>1</sup> und müsse von den Gesetzgeber\_innen und Jurist\_innen nur erkannt und verallgemeinert werden. *Eugen Ehrlich* möchte die Jurisprudenz von der abstrakten Begriffsmathematik und dem eigenständigen Schaffen von Normen zu einer bloßen Formung, das heißt Induktion und Systematisierung des bereits gesellschaftlich vorgegebenen Rechtsmaterials,<sup>2</sup> zurückrufen.

Aus dieser Anlehnung an gesellschaftliche Übungen folgt auch eine möglichst weitgehende Selbstbeschränkung des Gesetzgebers: „Der Gesetzgeber sollte daher nur dann das Leben in seinem Sinne formen und gestalten, wenn es ohne das nicht abgeht; wo er aber das Leben sich selbst überlassen kann, da möge er sich überflüssiger Eingriffe enthalten.“<sup>3</sup> „[D]as ewige, unverrückbare Ziel der praktischen Jurisprudenz“ sei nämlich, „das Recht den Bedürfnissen des Lebens dienstbar zu machen.“<sup>4</sup>

Das Recht habe also nicht die Lebensverhältnisse nach normativen, konzeptuellen, vernünftigen Grundsätzen zu gestalten, sondern sich möglichst an die Lebensverhältnisse, quasi als deren zweite Haut, zu schmiegen, um deren reibungslosen Ablauf zu gewährleisten.

Den Kontext zu *Ehrlichs* Rechtsverständnis und dessen Begriff des lebenden Rechts bildet die sogenannte, gegen Ende des 19. Jahrhunderts entstandene, Lebensphilosophie, zu deren prominentesten Vertretern unterschiedliche Denker wie *Dilthey*, *Nietzsche* oder *Bergson* gezählt werden. Die wissenschaftlichen, rechtlichen, kulturellen Strukturen werden dabei nicht als selbständige Gebilde gesehen, sondern als Ausdruck eines Prozesses, in dem diese nicht nur entstehen, sondern in ihrem Verlauf auch weitestgehend determi-

---

1 *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts<sup>4</sup> (1989) 108f.

2 *Ehrlich*, Grundlegung 185, 357-359 sowie 394.

3 Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung 163.

4 Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung 272.

niert sind. Diesen Prozess nennt *Dilthey* Leben, auf seine knappste Formel gebracht: „Das Leben artikuliert sich“.<sup>5</sup>

Dementsprechend sind für *Ehrlich* die Rechtsnormen schon in den bestehenden, lebenden gesellschaftlichen Strukturen und Usancen enthalten, ergeben sich aus deren „Kräften“.<sup>6</sup> Es sei unmöglich, den Strom des Rechts in einen Teich (das heißt: Gesetzbücher) zu fassen, was dennoch hinein komme, sei totes Gewässer.<sup>7</sup> Die Dynamik des Rechts ergebe sich aus der stetigen Veränderung der Dinge und Menschen, der Staat sei daran gar nicht beteiligt.<sup>8</sup> Nur was ins Leben trete, werde lebende Norm, das andere sei bloß Lehre, Entscheidungsnorm, Dogma oder Theorie.<sup>9</sup> Akteurin des menschlichen Lebens und somit des Rechts als seines Ausdrucks sei im Wesentlichen die Gesellschaft.<sup>10</sup> Paradox mutet es an, wenn *Ehrlich* an anderer Stelle behauptet, das lebende Recht sei ein nicht in Rechtssätzen festgelegtes Recht, das aber doch das Leben beherrsche,<sup>11</sup> und somit das Leben als herrschende Instanz des Lebens in einen Zirkelschluss zu führen scheint. Ein lebensphilosophisches Rechtsverständnis schließt eben – seinem eigenen Anspruch nach – Differenz und Normativität aus.

## 2. Das (neoliberale) Wirtschaftsrecht als lebendes Recht?

Das Handelsrecht gilt *Ehrlich* als das einzige Rechtsgebiet, dessen Wissenschaft nicht bloß gelegentlich, sondern durchwegs von der tatsächlichen Praxis ausgehe. Beispielhaft führt er Regelungen im Handelsgesetzbuch (heutiges Unternehmensgesetzbuch) hinsichtlich bestimmter „Figuren“, Vertretungsformen, Einrichtungen, Geschäfte des Handelsrechts an, wie sie in der gesellschaftlichen Realität vorkommen. Das Gesetz gehe dabei nicht nur von den tatsächlichen Phänomenen aus, es folge in deren Regelung auch den bestehenden Usancen.<sup>12</sup>

Diese Einschätzung *Ehrlichs* des Handelsrechts als verwirklichtes lebendes Recht mag für die grundsätzlichen Regelungen des alltäglichen Handelsverkehrs damals wie heute zutreffen (wobei die Kodifizierung mE natürlich wiederum in den Geschäftsverkehr hineinwirkt und gewisse Handelspraxen erst zu erzeugen vermag).

Darüber hinaus scheint sie neoliberalen Staatskonzeptionen zu entsprechen: Der Theorie nach möchte der Neoliberalismus die Wirtschaft ihrer Eigenevolution überlassen und dem Staat nur die Rolle des Nachtwächters bzw Rahmengebers zuweisen. Die eigentlich herrschenden Gesetze sollen jene des Marktes sein. Da Menschen rationale Egoist\_innen

---

5 *Dilthey*, Erläuterungen zur Einleitung in die Geisteswissenschaften, in *ders*, Gesammelte Schriften Bd I (1959) 390; zum ganzen Absatz vgl *Jung*, Hermeneutik zur Einführung (2001) 81.

6 Vgl *Ehrlich*, Grundlegung 399.

7 Vgl *Ehrlich*, Grundlegung 411.

8 Vgl *Ehrlich*, Grundlegung 332.

9 Vgl *Ehrlich*, Grundlegung 47.

10 Vgl *Ehrlich*, Grundlegung 330.

11 Vgl *Ehrlich*, Grundlegung 415.

12 Vgl *Ehrlich*, Grundlegung 415.

seien, würden sie in Bedingungen der Konkurrenz ihre Bemühungen tendenziell nach den höchst gebotenen Preisen ausrichten. Dies führe dazu, dass die Produkte dort hingelangen, wo sie am meisten gebraucht würden.<sup>13</sup> Damit komme es zur Reichtumsmaximierung, die tendenziell im Sinne aller sei, denn: „a rising tide lifts all boats“. Diesem „lebenden“ Prozess habe sich das Recht zu fügen, indem es die Voraussetzungen für seinen Vollzug schaffe, und zwar im Wesentlichen durch individuell zugeordnete, allgemein gültige und frei übertragbare Verfügungsrechte und eine Minimierung der Kosten für deren Transaktion.<sup>14</sup> Das neoliberale Recht begreift sich also selbst als ein dem (Wirtschafts)leben dienstbar gemachtes, möchte sich, soweit es geht, zurücknehmen, bzw in Effizienz auflösen.

Noch über diese neoliberalen Grunddogmen hinaus geht *Hayek*: Ihm zufolge ist in allen kulturellen Bereichen ein evolutionärer Prozess wirksam, der die effizientesten Usancen und Regeln aussortiert. Dieser passiere vor und unabhängig von jeder bewussten Steuerung. Das Recht bringe sich dementsprechend vorstaatlich und vordemokratisch hervor.<sup>15</sup> Mit dieser Konzeption, die das Recht in den bestehenden, lebenden gesellschaftlichen Strukturen und Usancen enthalten und aus deren „Kräften“ heraus sich artikulieren sieht, ist *Hayek* nahe bei *Ehrlich*.

In der Praxis freilich werden diese theoretischen Postulate nicht eingehalten: Der neoliberale Staat nimmt dadurch eine durchaus aktive Rolle ein, dass er im Kleinen wie im Großen erst die Voraussetzungen für jene Zustände schafft, die er als natürliche vorzufinden behauptet. Im Kleinen wirkt er erzieherisch auf die Individuen ein, indem er durch Förderungsmaßnahmen unternehmerisches Handeln belohnt und durch sozialstaatliche Kürzungen wirtschaftliche Passivität bestraft. Im Großen stützt er für systemrelevant erachtete Institutionen und Akteure\_innen (Banken, Großkonzerne) selbst, wo diese wirtschaftlich gescheitert sind.<sup>16</sup>

Nicht einmal das Grundpostulat seiner Rechtfertigung, die Neutralität und Unparteilichkeit, die Nichteinmischung in Interessenkämpfe, vermag der neoliberale Staat einzuhalten. In seiner Verbandelung mit Lobbygruppen, Berufung von „Führungskräften“ aus der Wirtschaft in formelle oder informelle politische Positionen,<sup>17</sup> betreibt er gerade aktive Klassenpolitik, bzw wird von dieser betrieben.

Das neoliberale Recht scheitert in seiner Eigenkonzeption als lebendes Recht also jedenfalls an seinen praktischen Verfänglichkeiten.

Hier möchte ich im Weiteren zeigen, dass das Umschlagen des lebenden Rechts zum korrumpierenden und korrupten Recht schon in seiner theoretischen Konzeption angelegt

---

13 Vgl *Posner*, *Economic Analysis of Law* (1977) 9.

14 Vgl *Posner*, *Analysis* 29f.

15 Vgl *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, in *Bosch et al* (Hg), *Friedrich A. von Hayek. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache. Abteilung B, Bücher* : Bd. 4. *Recht, Gesetz und Freiheit* (2003) 75ff.

16 Vgl *Harvey*, *A Brief History of Neoliberalism* (2005) 69.

17 Vgl *Harvey*, *Neoliberalism* 205f.

ist. Diese wiederum ist bereits im bürgerlichen Recht präsent und tritt im neoliberalen Wirtschaftsrecht nur akzentuierter hervor.

### 3. Die Wurzel der falschen Lebendigkeit im bürgerlichen Recht

Der Lebensbezug ist konstitutiv nicht nur für das neoliberale Wirtschaftsrecht, sondern für das moderne Recht im Allgemeinen. Während das traditionelle Recht das Leben sittlich bestimmt und beherrscht, indem es den Einzelnen die ihnen zukommenden Anteile zuweist (*ius suum cuique*) und dadurch Gerechtigkeit verwirklicht (*ius sive iustum*), gibt das moderne Recht das Leben frei. Es will den Einzelnen nicht mehr die ihnen gebührenden Anteile zuweisen, sondern die Ausübung ihrer natürlichen Fähigkeiten ermöglichen.<sup>18</sup> Diese Öffnung gegenüber dem Leben ist die Grundlage aller Konzeptionen eines lebenden oder „lebensnahen“ Wirtschaftsrechts. Eine in der Theorie selbst verfahrenende Kritik wird an dieser Wurzel anzusetzen haben.

In der Öffnung zum Leben, der Konfrontation mit dem ortlosen, unbestimmten Anderen der Kultur, entsteht zunächst emanzipatorisches Potential. Das Recht kann sich über die traditionellen Bande und Zuweisungen hinaus entwickeln und wird reflexiv. Es beginnt in einem dialektischen Prozess seine eigenen Grundlagen und Zielsetzungen zu hinterfragen und weiter zu entwickeln.<sup>19</sup> In der Gestalt des bürgerlichen Rechts blockiert es diesen Prozess aber gleich wieder.<sup>20</sup> Das bürgerliche Recht vergegenständlicht die Formlosigkeit des Lebens im Mythos des Gegebenen.<sup>21</sup> Es geht davon aus, dass das außerhalb dem Recht liegende Etwas wiederum in bestimmter Weise zu charakterisieren sei. Die Charakterisierung wird gerade in entgegengesetzter Seite zum tradiert Sittlichen vorgenommen. Nach Abstreifung des Sittlichen bleibt nicht das Nicht-Sittliche (als etwas, das nicht länger in Kategorien des Sittlichen zu bestimmen ist), sondern konstituiert sich das Anti-Sittliche. Das außerhalb des Rechts liegende menschliche Leben, mit dem das Recht in Kontakt tritt, wird als eigennützige und eigenwillige Natur definiert. Diese Definition wird durch die Struktur des modernen Rechts als Sammelsurium abstrakter, privater, veräußerbarer Verfügungsrechte gleichermaßen vorausgesetzt und erzielt. Das bürgerliche Recht schafft dadurch das bourgeoise Subjekt als seine natürliche Grundlage,<sup>22</sup> während es doch nur deren Effekt ist.

Diese performative Leistung wird schon durch das bürgerliche Recht per se, das sich als privates Wirtschaftsrecht die entsprechenden wirtschaftlichen Akteur\_innen implizit zu Grunde setzt, erzielt. Expliziter vorgenommen wird die Charakterisierung des bürgerlichen Rechtssubjekts im neoliberalen Wirtschaftsrecht. Anhänger\_innen der ökonomi-

<sup>18</sup> Vgl. Menke, *Kritik der Rechte* (2015) 40-57.

<sup>19</sup> Vgl. Menke, *Kritik* 162.

<sup>20</sup> Vgl. Menke, *Kritik* 167ff; Menke referiert hier die *Habermas'sche* Definition von Positivismus als Verleugnung der Reflexion.

<sup>21</sup> Vgl. Menke, *Kritik* 204.

<sup>22</sup> Vgl. Menke, *Kritik* 252, 258, 204.

schen Analyse des Rechts definieren den bzw die wesentliche\_n gesellschaftliche\_n Akteur\_in als das rational-egoistische Individuum und nehmen dieses als Grundlage für ihre Rechtskonzeption.<sup>23</sup> Nochmals expliziter gesteht *Hayek* zu, dass das rational handelnde Individuum erst der Effekt einer liberalen Rechts- und Wirtschaftsordnung ist. Er bewegt sich damit bereits auf der Metaebene seiner Kritiker\_innen, heißt das Ergebnis aber gut, weil es die produktive Allokation von Ressourcen und Wachstum verspreche.

Neben dieser Zuspitzung der Verdinglichung nach innen legt das neoliberale Wirtschaftsrecht auch und vor allem nach außen hin (insb durch die erwähnten Anreize und Bestrafungen) die Bahnen des Rechtssubjekts fest und schneidet das Rück-Umschlagen des bürgerlichen in ein anderes, emanzipatorisches Recht ein für alle Mal ab.

Das neoliberale Wirtschaftsrecht schließt damit den vom bürgerlichen Recht begonnen Prozess ab: Dieses löst das Recht zumindest potentiell von dessen sittlichen Bezügen und konfrontiert es mit seiner Nichtbestimmtheit, drängt es in den Prozess seiner Selbstreflexion und autonomen Rechtfertigung. Gleichzeitig blockiert es diesen Prozess aber schon wieder durch die beschriebene Vergegenständlichung. An dieser Vergegenständlichung knüpft das neoliberale Wirtschaftsrecht an und perfektioniert sie nach innen in seiner Definition des bzw der wesentlichen gesellschaftlichen Akteurs bzw Akteurin als dem rational-egoistischen Individuum und nach außen in der Festschreibung seiner Handlungskreise.

#### 4. Überwindung der Blockade?

Eine Aufgabe der im neoliberalen Wirtschaftsrecht enthaltenen Definition menschlicher Qualitäten und des Systems von Handlungsanreizen und -abschreckungen könnte die Vergegenständlichung des Unbestimmten im Leben zwar abschwächen. Doch ist der rationale Egoismus ja letztendlich – wie von *Hayek* zugestanden – auch ohne seine definierende Zuschreibung Effekt des bürgerlichen Rechtssystems.

Der Keim der vergegenständlichenden Zuschreibung durch das neoliberale Wirtschaftsrecht ist eben bereits in der Form des modernen Rechts als Sammelsurium abstrakter, privater, übertragbarer Verfügungsrechte angelegt. Jede Möglichkeit der Überwindung wird an diesem Keim anzusetzen haben.

##### 4.1. Aufhebung der abstrakten Geltung von Rechten

Ein Ansatz will die abstrakte Geltung, den souveränen, überpolitischen Charakter von Rechtsansprüchen und Gesetzen aufheben: Die Ansprüche und Gesetze des neuen, emanzipierten Rechts sollen nur insofern gelten, als sie die Gründe der politischen Regierung für eine Entscheidung formulieren, aber die zukünftigen Entscheidungen nicht determi-

---

23 Vgl *Posner*, Analysis 3.

nieren.<sup>24</sup> In der Durchbrechung des positiven Rechts ist das neue Recht gewaltsam. Es muss Gewalt ausüben, um zu verändern. Mit dem Erreichen des Ziels soll diese Gewalt der Befreiung jedes Mal abdanken.<sup>25</sup> Dieser Ansatz ignoriert die Eigenkomplexität des modernen Rechtssystems, das sich nicht einfach per Gewalt wegwischen lässt.<sup>26</sup> Der Freikauf von der Gesetzesdetermination geschieht zudem um den nicht einzulösenden Preis der Aufbüdung dauernder Selbstregierung.<sup>27</sup> Der Gehalt der befreienden Gewalt, welche jene durchzusetzen hätte, setzt sich weiters nicht von selbst dem politischen Prozess voraus, sondern wäre erst in diesem zu erstreiten.

#### 4.2. Hervorhebung und Beschleunigung des Widerspruchs

Der zweite Ansatz möchte dem Widerspruch im bürgerlichen Recht (zwischen seinem progressiven Potential und seiner regressiven Erscheinung) nachspüren und ihn dadurch verschärfen. Statt einer Verbesserung der Verhältnisse sollen der soziale Abgrund aufgerissen, die Gegensätze vertieft und zugespitzt werden.<sup>28</sup> Es ist fraglich, ob Widersprüche an sich ausreichen, um eine Struktur zu Fall zu bringen.<sup>29</sup> Doch könnte man versuchen, das (im Grunde progressive, weil reflexive) Wesen des bürgerlichen Rechts gegenüber dessen (vergegenständlichender) Erscheinung hervorzukehren und die Öffnung gegenüber dem Nichtrechtlichen zu radikalieren. Der damit anklingende Akzelerationismus scheint mir diskussionswürdig.

In den 1970er Jahren wurde nach der Desillusionierung über orthodox marxistische Bestrebungen die Beschleunigung von den französischen Poststrukturalisten als theoretisches Konzept entworfen:

„Aber welcher ist der revolutionäre Weg? [...] Sich vom Weltmarkt zurückziehen [...]? Oder den umgekehrten Weg einschlagen? Das heißt mit noch mehr Verve sich in die Bewegung des Marktes, der Decodierung und Deterritorialisierung stürzen? Denn vielleicht sind die Ströme [...] noch zu wenig decodiert und deterritorialisiert? Nicht vom Prozeß sich abwenden, sondern unaufhaltsam weitergehen, ›den Prozeß beschleunigen‹, wie Nietzsche sagte: wahrlich, in dieser Sache haben wir noch zu wenig gesehen.“<sup>30</sup>

Mit Deterritorialisierung ist die Auflösung der traditionellen Gesellschaften und der in ihnen enthaltenen Zuschreibungen durch Industrialisierung und Kapitalismus gemeint: Zunächst im wörtlichen Sinne die Loslösung der agrargesellschaftlichen Bindung zur Scholle, zum örtlichen Grund und Boden; weiters jene von Familien, Zünften und sons-

24 Vgl. Menke, Kritik 401.

25 Vgl. Menke, Kritik 406.

26 Vgl. Willke, Systemtheorie II: Interventionstheorie (1999) 233ff.

27 Dass Menschen sich nicht ganz in aktive Teilnehmer verwandeln können, gesteht Menke selbst zu; vgl. Menke, Kritik 357.

28 Vgl. Menke, Kritik 170f.

29 Vgl. Deleuze/Guattari, Anti-Ödipus. Kapitalismus und Schizophrenie I (1979) 193.

30 Vgl. Deleuze/Guattari, Anti-Ödipus 308; siehe auch Lyotard, Das Patchwork der Minderheiten (1977) 14.

tigen örtlichen Gemeinschaften und der darin festgeschriebenen Identitäten.<sup>31</sup> Diese deterritorialisierende Bewegung führt die menschliche Gesellschaft in einen unbestimmten Prozess, in dem es keine fixen Bedeutungszuordnungen, keine Syntax mehr gebe, sondern reinen, vielstimmigen Strom.<sup>32</sup> Dies wird von *Deleuze* und *Guattari* als Befreiung des libidinösen Wunsches gefeiert. Auf das Recht übertragen wäre die Decodierung und Deterritorialisierung das Hervorkehren des Wesens des modernen Rechts als (Nicht-)Ort der radikalen Konfrontation mit dem Anderen, dem Nicht- und Außerrechtlichen.

Die deterritorialisierende Bewegung wird aber von der gleichermaßen reterritorialisierenden Tendenz des Kapitalismus gebremst. Was er an traditionellen Zuschreibungen auflöst, wird durch Bürokratie, Polizeiapparat,<sup>33</sup> Nationalstaat, Folklore<sup>34</sup> und andere Formen surrogierender Autorität ersetzt. Diese Tendenz des Kapitalismus würde dem Umschlagen des unbestimmten ins positive, vergegenständlichende Recht entsprechen. Gegen die reterritorialisierende wäre nun möglichst die deterritorialisierende Bewegung zu beschleunigen, bis diese jede surrogierende Zuschreibung letztendlich beseitigt und ganz in Strom auflöst. Auf das Recht übertragen wäre dies eine Radikalisierung der in der Öffnung gegenüber dem Leben angelegten Prozesshaftigkeit und Reflexivität des Rechts gegen seine Vergegenständlichung im bürgerlichen Recht.<sup>35</sup>

Doch kann sich die deterritorialisierende Bewegung nicht von der reterritorialisierenden emanzipieren. Eine Steigerung der Ersten führt zu einer Zunahme der Zweiten, jeder decodierende Befreiungsschlag zu seinem recodierenden Gegenschlag. Dieser wechselseitige Antrieb macht gerade die Stabilität des bürgerlichen Rechts- und Wirtschaftssystems aus, das umso stabiler wird, je weiter der Prozess voranschreitet: Der Kreislauf des bürgerlichen Rechts ist geschlossen,<sup>36</sup> die „schlechte Totalität“<sup>37</sup> kennt kein Außerhalb.

### 4.3. Umwidmung

Der gegenwärtige, unter eben dieser Bezeichnung geläufige, Akzelerationismus<sup>38</sup> hat sich von der theoretischen Hoffnung auf im Kapitalismus selbst angelegte Implisionsbewegungen verabschiedet und legt sein Augenmerk praktisch und nüchtern auf die Umgestaltung oder Umwidmung jener Technologien, die historische Produkte des Kapitalis-

31 Vgl. *Deleuze/Guattari*, *Anti-Ödipus* 289.

32 Vgl. *Deleuze/Guattari*, *Anti-Ödipus* 171f.

33 Vgl. *Deleuze/Guattari*, *Anti-Ödipus* 45.

34 Vgl. *Deleuze/Guattari*, *Anti-Ödipus* 332.

35 Vgl. *Menke*, *Kritik* 122.

36 Vgl. *Menke*, *Kritik* 296ff (Diagramm auf 304).

37 *Adorno*, *Minima Moralia* (2014) 208.

38 Dieser hat sich ab ca 2013 mit der Publizierung des *Manifesto for Accelerationist Politics* und dem Erscheinen einiger in Zero Books, Urbanomic und im Merve-Verlag abgedruckter Reader und Sammelbände formiert (vgl. *Srnicek/Williams*, #ACCELERATE. Manifest für eine akzelerationistische Politik, in *Avanessian* (Hg), #Akzeleration (2013) 21-39).



mus sind.<sup>39</sup> Wie könnte eine Umwidmung wirtschaftlicher Regelungstechniken aussehen? Zunächst müssten diese möglichst von subjektiven Rechten und den damit verbundenen naturalisierenden Subjektkonstruktionen gelöst und den jeweiligen Materien und Sachproblemen entsprechend eingesetzt werden. Die Effizienz erprobter Regelungsinstrumente (gedacht sei sowohl an den Werkzeugkasten rechtlicher Begriffe, Fiktionen und Denkstrukturen,<sup>40</sup> als auch an Regelungsschablonen für die Nutzung von Gegenständen und Einrichtungen) könnte sich dabei von Nutzen erweisen, um Ressourcen nach Kriterien der Gemeinverträglichkeit, Verteilungsgerechtigkeit, Nachhaltigkeit und Innovation, wie sie die aktuelle Ressourcenknappheit, wirtschaftliche Stagnation und Krise vorgeben, zu gebrauchen. Statt Eigenwille als Ausgang und Selbstzweck des Rechts und Markt (*commercium*) als fiktionalem Leitbild aller Regelung könnten das Überleben, die Wohlfahrt und Emanzipation der menschlichen Spezies als Zweck und die Gemeinschaft (*communio*) als Regelungsparadigma fungieren. Mit der Forderung neuer Zwecke und Paradigmen müsste nicht eine Unterdrückung der Subsysteme und ihrer Eigendynamiken einhergehen. Vielmehr könnte eine Balance zwischen Gesamtzweck und Idiosynkrasie, zwischen Plan und Netz,<sup>41</sup> gesucht werden. Eine Abschaffung von Markt und Recht über Nacht scheint schwierig. Indes könnte versucht werden, ihre Techniken experimentell<sup>42</sup> für ein neues Fortschrittsstreben einzusetzen und einen postkapitalistischen Zustand schrittweise vorzubereiten.

Diese akzelerationistische Ausrichtung ist nicht bloßer Kommunitarismus. In ihr bleibt Platz für das Experiment. Sie blickt auf das Absolute, aber spekulativ.<sup>43</sup> Sie möchte den Menschen gerade aus seinen traditionellen Banden in zu erprobende Formen der Gemeinschaft befreien. Sie bejaht Herrschaft, aber bereitet sie in komplexer Gestalt neu auf.<sup>44</sup> Diese Gestalt wird erst im Zuge des Handelns erprobt, gefunden und wieder verworfen. Das akzelerationistische Recht ist also im Wesentlichen prozesshaft. Es ist darüber hinaus nicht nur (wie das liberale Recht) reflexiv, sondern rekursiv. Während Reflexion Grenzen voraussetzt, impliziert Rekursion eine Grenzverletzung.<sup>45</sup> Sie greift auf die Gegenstände und Gestaltungsmittel des Rechts zu, um sie neu zu definieren und zu arrangieren.

Wie das liberale Recht in individuell-vergegenständlichendes Recht kippt, so kann dieses experimentell-spekulative Recht allerdings in ein autoritär-dezisionistisches Recht kippen. Die Überwindung des isolierten menschlichen Subjekts schwebt gleichermaßen als Chance und Gefahr über ihm.

---

39 Vgl. *Avanessian/Mackay*, Einleitung, in *Avanessian/Mackay* (Hg), *Akzeleration#2* (2014) 18; *Srnicek/Williams*, in *Avanessian/Mackay* 30.

40 Vgl. die Argumentation von *Riles*, *Collateral Knowledge* (2011) 232ff.

41 Vgl. *Srnicek/Williams* in *Avanessian/Mackay* 34.

42 Vgl. *Srnicek/Williams* in *Avanessian/Mackay* 37.

43 Vgl. *Avanessian*, *Krise – Kritik – Akzeleration*, in *Avanessian/Mackay* (Hg), *Akzeleration#2* 76.

44 Vgl. *Srnicek/Williams* in *Avanessian/Mackay* 37.

45 Vgl. *Avanessian* in *Avanessian/Mackay* 76.

Etwas überspitzt gesprochen stehen wir damit am Scheideweg: Auf der einen Seite steht das liberale und neoliberale Recht und sein Produkt, das bourgeoise Individuum. Aus dem liberalen Recht heraus ist dieses nicht mehr zu überwinden. Gleichzeitig ist immerhin der Schutz des Individuums – wenn auch nur in dieser vergegenständlichten Form – gewährleistet. Auf der anderen Seite steht ein spekulatives Recht. Dieses eröffnet eine Reise, aber bietet keinen Schutz.

MMag. Stephan Vesco, LL.M. ist Assistent am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien; [stephan.vesco@univie.ac.at](mailto:stephan.vesco@univie.ac.at)

# Die Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung

Kernfragen zu strafprozessualen Effizienzbestrebungen im Unionsrecht und Szenarien möglicher Rechtsschutzdefizite nach nationalem Recht

Elias Schönborn

---

## 1. Einleitung

Auf Initiative von 7 Mitgliedstaaten – darunter auch Österreich – wurde die Richtlinie 2014/41/EU über die Europäischen Ermittlungsanordnung in Strafsachen (EEA-RL) erlassen.<sup>1</sup> Die EEA-RL folgt dem *Anerkennungsprinzip* und soll Lücken schließen, die bisher in der grenzüberschreitenden Beweiserlangung im Ermittlungsverfahren bestanden haben. Dieser Beitrag bietet einen Überblick über das System der EEA und zeigt potenzielle Rechtsschutzdefizite auf, die sich aus der Richtlinie ergeben könnten.

### 1.1. Das Prinzip der europäischen Ermittlungsanordnung

Die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) ist ein Rechtsinstrument, mit dem in Zukunft alle Formen der grenzüberschreitenden Beweiserhebung zwischen den Mitgliedstaaten umfasst werden. Gem Art 34 Abs 2 EEA-RL ersetzt die Richtlinie (für die teilnehmenden Mitgliedstaaten) die Rahmenbeschlüsse über die Sicherstellung von Beweismitteln<sup>2</sup> und über die Europäische Beweisanordnung<sup>3</sup> und ist bis zum 22.5.2017 umzusetzen<sup>4</sup>; Irland<sup>5</sup> und Dänemark<sup>6</sup> beteiligen sich nicht daran.

Erachtet es innerhalb der EU eine Strafverfolgungsbehörde als notwendig, dass Beweismittel in einem anderen Mitgliedstaat erhoben werden müssen, kann diese hierfür künftig eine EEA erlassen. Nach Art 1 Abs 1 EEA-RL ist die EEA eine gerichtliche Entscheidung, die von einer Justizbehörde eines Mitgliedstaates („Anordnungsstaat“) zur Durch-

---

1 Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABI L 2014/130, 1 (im Folgenden: EEA-RL).

2 Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union v 22.7.2003, ABI L 2003/196, 45.

3 Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen v 18. 12. 2008, ABI L 2008/350, 72.

4 Art 36 Abs 1 EEA-RL.

5 Gem Art 1, 2 und 4a Abs 1 EUV und dem AEUV beigefügten Protokoll Nr 21 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts; vgl ErwGr 44 EEA-RL.

6 Gem Art 1 und 2 EUV und dem AEUV beigefügten Protokoll Nr 22 über die Position Dänemarks; vgl ErwGr 45 EEA-RL.

führung einer oder mehrerer spezifischer Ermittlungsmaßnahmen in einem anderen Mitgliedstaat („Vollstreckungsstaat“) zur Erlangung von Beweisen gemäß dieser Richtlinie erlassen oder validiert wird.

Auch wenn Art 1 Abs 1 EEA-RL von einer gerichtlichen Entscheidung spricht, muss die Anordnungsbehörde kein Gericht, sondern kann auch eine zuständige Staatsanwaltschaft sein.<sup>7</sup> Außerdem können Gerichte bzw Staatsanwaltschaften Ermittlungsschritte anderer Strafverfolgungsbehörden validieren, also genehmigen.<sup>8</sup> Vor Übermittlung an die Vollstreckungsbehörde sind vom Gericht bzw der Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen für den Erlass einer EEA zu prüfen. Vollstreckungsbehörde ist jene Behörde im Vollstreckungsstaat, die für die Anerkennung einer EEA und für die Sicherstellung ihrer Vollstreckung in vergleichbaren innerstaatlichen Verfahren zuständig ist. Gegebenenfalls erfordern derartige Verfahren eine richterliche Genehmigung im Vollstreckungsstaat, sofern das nationale Recht dieses Staates dies vorsieht.

## 1.2. Wie funktioniert der Erlass einer EEA?

Die EEA wird erlassen, indem ein standardisiertes *Formblatt* von der Anordnungsbehörde ausgefüllt und an die Vollstreckungsbehörde übermittelt wird. Der Erlass einer EEA kann auch von einem Beschuldigten zur Geltendmachung seiner Verteidigungsrechte beantragt werden (Art 1 Abs 3 EEA-RL). Die Möglichkeit, eine EEA zu erlassen, kann auch in Verwaltungsstrafsachen erfolgen, wenn die Rechtsmittelinstanz ein Strafgericht ist. Vor Erlass einer EEA hat die Anordnungsbehörde gem Art 6 Abs 1 EEA-RL Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit zu prüfen und sicherzustellen, dass die gewünschte Ermittlungsmaßnahme auch in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall angeordnet werden könnte. Wenn die in der EEA angegebene Ermittlungsmaßnahme im Vollstreckungsstaat nicht existiert oder wenn sie zwar existiert, jedoch in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde, hat die Vollstreckungsbehörde nach Art 10 Abs 1 EEA-RL auf eine andere geeignete Ermittlungsmaßnahme zurückzugreifen. Abgesehen davon ist die EEA grundsätzlich ohne weitere Formalitäten binnen 30 Tagen von der Vollstreckungsbehörde anzuerkennen, sofern keine Versagungsgründe vorliegen (Art 12 Abs 3 EEA-RL).

Vollstreckungsbehörden haben jedenfalls – dh ungeachtet des nationalen Verfahrensrechts – zur Verfügung zu stellen<sup>9</sup>: bereits erhobene Beweismittel und solche die sich in Datenbanken der Polizei befinden; weiters müssen Vernehmungen und die Identifizierung von Inhabern bestimmter Telefonanschlüsse und IP-Adressen obligatorisch vorgenommen werden; lediglich das Vorliegen etwaiger Versagungsgründe nach Art 11 EEA-RL ist zu prüfen.

---

7 Art 2 lit c sublit i EEA-RL.

8 Art 2 lit c sublit ii EEA-RL.

9 Art 10 Abs 2 lit a bis c EEA-RL.

### 1.3. Versagungsgründe

Die Anerkennung der Vollstreckung der EEA kann unter bestimmten Voraussetzungen von der Vollstreckungsbehörde versagt werden. Die Versagungsgründe sind nach Intensität des Grundrechtseingriffs und Schwere der Straftat abgestuft, um die Anerkennungsfähigkeit einer EEA zu erhöhen.<sup>10</sup> Dies bedeutet zB, dass in Bezug auf eine Tat, die im Vollstreckungsstaat nicht strafbar ist, die EEA dennoch anzuerkennen und zu vollziehen ist, wenn sie im Anordnungsstaat mit mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist und eine sogenannte Katalogtat nach Anhang D<sup>11</sup> darstellt. Im Detail kann die Anerkennung oder Vollstreckung nach Art 11 Abs 1 EEA-RL im Vollstreckungsstaat immer versagt werden:

- a) bei Immunitäten oder Unmöglichkeit der Vollstreckung der EEA;
- b) bei Schädigung wesentlicher nationaler Sicherheitsinteressen;
- c) bei Verwaltungsstrafverfahren, wenn die in der EEA genannte Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unzulässig wäre;
- d) bei Zuwiderhandlung gegen den Grundsatz *ne bis in idem*;
- e) wenn die Straftat außerhalb des Anordnungsstaates und zumindest teilweise im Vollstreckungsstaat begangen worden sein soll und dort keine Straftat darstellt;
- f) wenn die Vollstreckung mit den Verpflichtungen nach Art 6 EUV und der Grundrechte-Charta der EU unvereinbar wäre;
- g) wenn die Tat nach dem Recht des Vollstreckungsstaats nicht strafbar ist, es sei denn, es handelt sich um eine sog Katalogtat nach Anhang D und die Straftat ist im Anordnungsstaat mit mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht;
- h) wenn im Vollstreckungsstaat für diese Ermittlungsmaßnahme ein Mindeststrafrahmen vorausgesetzt wird und die der EEA zugrundeliegende Tat diesen Mindeststrafrahmen nicht erfüllt; dasselbe gilt, wenn die Ermittlungsmaßnahme voraussetzt, dass die mutmaßlich begangene Tat in einer Liste ist oder einer bestimmten Kategorie entspricht.<sup>12</sup>

Zusätzlich kann die Vollstreckung der EEA bei besonders eingriffsintensiven Maßnahmen<sup>13</sup> (etwa bei der Einsicht in Bankgeschäfte oder einer Überwachung des Telekommunikationsverkehrs) versagt werden, wenn die Durchführung der betreffenden Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt werden würde.

Bevor die Vollstreckungsbehörde in den oben genannten Versagungsgründen der Buchstaben a, b, d, e und f beschließt, eine EEA ganz oder teilweise nicht anzuerkennen oder nicht zu vollstrecken, hat sie die Anordnungsbehörde zu konsultieren und um unverzüg-

10 Frank Meyer in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht<sup>7</sup> (2015) Art 82 AEUV Rn 26.

11 Va Straftaten, deren grenzüberschreitende Bekämpfung ein besonderes unionsrechtliches Ziel ist, wie etwa Menschenhandel, Umweltkriminalität etc.

12 Etwa terroristische Straftaten.

13 Vgl zB Art 26 Abs 6, 27 Abs 5, 28 Abs 1, 29 Abs 3 lit a, 30 Abs 5, 31 Abs 3 EEA-RL.

liche Übermittlung aller erforderlichen zusätzlichen Angaben zu ersuchen (Art 11 Abs 4 EEA-RL).

Der Beschuldigte kann die Anerkennung und Vollstreckung im Vollstreckungsstaat und die sachlichen Gründe für den Erlass der EEA im Anordnungsstaat jeweils mittels Rechtsbehelf bekämpfen (Art 14 Abs 2 EEA-RL). Die genaue Rechtsgestaltung obliegt den Mitgliedstaaten; der Rechtsbehelf muss jedoch effektiv ausgeübt werden können und mit jenen Rechtsbehelfen identisch sein, die in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zur Verfügung stehen. In Österreich müssen daher in Fällen, in denen die EEA-RL angewendet wird, Beschwerde nach § 87 StPO und Einspruch nach § 106 StPO zustehen.

#### 1.4. Welche Ermittlungsmaßnahmen umfasst die EEA-RL?

*Alle Ermittlungsmaßnahmen*, mit Ausnahme der Bildung einer gemeinsamen Ermittlungsgruppe, werden von der EEA-RL umfasst<sup>14</sup>.

Folgende Ermittlungsmaßnahmen werden explizit in der EEA-RL vorgesehen:

- Überstellung inhaftierter Personen (Art 22, 23)
- Vernehmung per Video- und Telefonkonferenz (Art 24, 25)
- Informationen über Bankkonten und -geschäfte (Art 26, 27)
- Erhebung von Beweismitteln in Echtzeit (Art 28)
- Verdeckte Ermittlungen (Art 29)
- Überwachung des Telekommunikationsverkehrs (Art 30, 31)

## 2. Erwartete Vorteile

Ziel der EEA ist es, eine Effizienzförderung der Beweiserlangung innerhalb der EU zu erreichen. Die bestehenden Rechtshilfelinstrumente standen teilweise im Ruf, langwierig und ineffizient zu sein<sup>15</sup>. Durch das Einführen standardisierter Formblätter und die Vorgabe gesetzlicher Fristen sollen diese bisherigen Strukturprobleme behoben werden. Die EEA schafft *ein* Rechtsinstrument zur grenzüberschreitenden Beweiserlangung, was eine wesentliche Vereinfachung und Beschleunigung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen mit sich bringt. Da die EEA für alle Phasen des Strafverfahrens gilt<sup>16</sup>, kann sie auch im Hauptverfahren hilfreiche Dienste leisten.

---

<sup>14</sup> ErwGr 8 EEA-RL.

<sup>15</sup> Grünbuch zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat, KOM (2009) 624 endg, 5.

<sup>16</sup> Vgl ErwGr 25 EEA-RL.

### 3. Mögliche Rechtsschutzdefizite – Allgemeines

Der EEA liegt das Anerkennungsprinzip zugrunde, das bereits 1999 zum Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in der EU gemacht wurde. Das Ziel der gegenseitigen Anerkennung ist, dass eine Entscheidung einer Justizbehörde eines Mitgliedstaates von einer Justizbehörde eines anderen MS *ohne weitere Formalitäten vollstreckt* werden kann – also gleich wie im Verhältnis von zwei Justizbehörden desselben Mitgliedstaates.<sup>17</sup> Daraus folgt die Bestrebung, die klassische Rechtshilfe (Zusammenarbeit) durch das Anerkennungs- und Anordnungsprinzip zu ersetzen.

Das Anerkennungsprinzip gilt gemäß Art 82 Abs 1 AEUV in Bezug auf Urteile und gerichtliche Entscheidungen und hat sich in verschiedenen Bereichen des Strafrechts etabliert, etwa bei der Vollstreckung von Freiheitsstrafen<sup>18</sup> oder beim Europäischen Haftbefehl<sup>19</sup>.

Das Anerkennungsprinzip kann jedoch insbesondere bei eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen Risiken mit sich bringen: Der Grundsatz der *gegenseitigen Anerkennung* setzt ein Vertrauen in die Effizienz und Fairness der Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaates und deren ordnungsgemäße Anwendung voraus.<sup>20</sup> Damit einhergehend ist die Tatsache, dass die Vollstreckungsbehörden an vorgegebene Ablehnungsgründe gebunden und diese auf ein Minimum beschränkt sind.<sup>21</sup>

Äußerst problematisch stellt sich das Anerkennungsprinzip in Kombination mit der Abwesenheit effektiver Ablehnungsgründe bezüglich Ermittlungsmaßnahmen, die in Grundrechte eingreifen, dar. Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung stammt aus dem europäischen Binnenmarkt, der dort der Zurückdrängung staatlicher Regulierung dient. Das Anerkennungsprinzip wurde allerdings – wie oben bereits erläutert – bereits in zahlreichen Rahmenbeschlüssen auch im Europastrafrecht übernommen. Die Vollstreckungsbehörde ist zwar grundsätzlich zur Prüfung des Tatverdachts verpflichtet (Art 10 Abs 1 EEA-RL); dies kann jedoch nur aufgrund der Sachverhaltsbeschreibung der Anordnungsbehörde (im Formblatt) erfolgen: Es handelt sich also bloß um eine formelle und nicht um eine materielle Prüfpflicht. Da jedoch zwischen den Mitgliedstaaten kein gleiches Schutzniveau für die Betroffenen besteht, führt dies zumindest partiell zu einem Verlust an Rechtsschutz.<sup>22</sup>

17 Zeder, Gegenwart und Zukunft der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen in der EU, Die Beweisordnung: Zukunftsmodell oder Irrweg? ÖJZ 2009, 992 (993).

18 Rahmenbeschluss 2008/909/JI des Rates vom 27.11.2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union, ABl L 2008/327, 27.

19 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl L 2002/190, 1.

20 Frenz, Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, ÖJZ 2010, 905.

21 Zeder, Ermittlungsanordnung statt Rechtshilfe, JSt 2011, 65 (66); vgl Art 11 Abs 1 EEA-RL.

22 Eisenberg, Beweisrecht der StPO<sup>9</sup> (2015) Rz 484.

Eine Entschärfung dieses Problems könnten jedoch die Art 6 Abs 3 bzw Art 9 Abs 6 EEA-RL darstellen: Diese besagen, dass bei Bedenken hinsichtlich der EEA (etwa in Bezug auf deren Verhältnismäßigkeit) Anordnungsbehörde und Vollstreckungsbehörde einander in geeigneter Weise konsultieren können. In Anbetracht der Tatsache, dass diese Passagen sehr allgemein gehalten sind und nicht vom Recht der Anforderung weiterer Akteninhalte spricht, ist jedoch fraglich, inwieweit diese Bestimmung tatsächlich eine effektive Willkürkontrolle darstellen wird. Es bleibt nur zu hoffen, dass die teilnehmenden Mitgliedstaaten in ihrer nationalstaatlichen Umsetzung der Richtlinie eine derartige Möglichkeit ausdrücklich vorsehen.

### 3.1. Unvereinbarkeit mit dem RichterInnenvorbehalt

Die (Beweis-)Verfahrensrechte der verschiedenen Mitgliedstaaten unterscheiden sich teilweise grundlegend: Bestimmte Mitgliedstaaten setzen rechtsstaatliche Grenzen bereits bei der Beweiserlangung, andere hingegen erst bei der Beweisverwertung<sup>23</sup> – dies bedeutet im Ergebnis, dass Ermittlungs- und Hauptverfahren von den MS unterschiedlich bewertet werden.<sup>24</sup>

Auf der einen Seite gibt es „präventive“ Mitgliedstaaten, in denen bestimmte eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich nur aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung angeordnet werden dürfen (zB Österreich, Deutschland).<sup>25</sup> Die Bewilligung ist zu begründen – dies ist hierzulande verfassungsrechtlich geboten.<sup>26</sup> Dieses Rechtsinstitut ist allgemein als RichterInnenvorbehalt bekannt, dem von Staat zu Staat unterschiedliche Bedeutung zukommt.<sup>27</sup>

Auf der anderen Seite stehen „retrospektive“ Mitgliedstaaten (insb Common-Law-Staaten, aber auch skandinavische und baltische Staaten) in denen teilweise auch eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen durch Polizeibehörden angeordnet werden und der Rechtsschutz erst im Nachhinein – etwa im Hauptverfahren in Form von Beweisverboten – erfolgt.<sup>28</sup>

Wird nun auf Initiative eines retrospektiven Mitgliedstaates als Anordnungsstaat – somit von einer (validierten) Polizeibehörde – eine eingriffsintensive EEA erlassen, welche an einen präventiven Mitgliedstaat als Vollstreckungsstaat gerichtet ist, kann dies im Ergebnis eine *de-facto-Umgehung des RichterInnenvorbehalts* bedeuten: Die Grundrech-

---

23 Sieber, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modelle des europäischen Strafrechtssystems, ZStW 2009, 37.

24 Zeder, ÖJZ 2009, 992 (999).

25 Zum Beispiel ist eine Überwachung von Nachrichten (§ 134 Z 3 StPO) iSd § 135 Abs 3 StPO grds erst *nach* einer gerichtlichen Bewilligung nach § 137 Abs 1 StPO zulässig; verfassungsrechtlich ist das Fernmeldegeheimnis mit Richtervorbehalt in 10a StGG garantiert.

26 Normiert zB in § 1 HausRG iVm Art 9 StGG; vgl Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz WK-StPO § 120 Rz 7 (Stand 1.4.2010, rdb.at)

27 Vgl etwa Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2016) Rz 1416, 1425, 1428.

28 Zeder, JSt 2011, 65 (67f).



te-Agentur der EU betont, dass es notwendig sei, dass eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen durch RichterInnen im Anordnungsstaat validiert werden.<sup>29</sup> Dem wurde nicht entsprochen – denn es wurde die verpflichtende Validierung von anderen Strafverfolgungsbehörden durch RichterIn *oder Staatsanwaltschaft* gem Art 2 lit c sublit ii EEA-RL eingeführt. Aber die hierarchische Struktur der Staatsanwaltschaft sowie deren Berichtspflicht und Weisungsgebundenheit setzen ihr enge Grenzen und ermöglichen keine Unabhängigkeit. Bereits aus diesen Gründen ist die Validierung durch die StA nicht mit dem RichterInnenvorbehalt vereinbar.

Auch der letzte Satzteil von Art 2 lit d EEA-RL, „gegebenenfalls erfordern derartige Verfahren<sup>30</sup> eine richterliche Genehmigung im Vollstreckungsstaat, sofern das nationale Recht dieses Staates dies vorsieht“ ist ungenügend. Er entspricht nicht dem RichterInnenvorbehalt, weil – wie oben bereits dargestellt – bloß geprüft wird, ob das *Formular* ordnungsgemäß ausgefüllt wurde.

Der deutsche Richterbund führt aus, dass der fehlende Gleichlauf bei der Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme dazu führt, dass die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer grenzüberschreitenden Ermittlungsmaßnahme von jedem Mitgliedstaat nach seiner Rechtsordnung unterschiedlich beurteilt werden würde. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Durchsuchung können von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat sehr verschieden sein. „*Würde diese Durchsuchungsanordnung nur nach Prüfung der Formalitäten, d.h. ob das Formular zur EEA ordnungsgemäß ausgefüllt wurde, anerkannt werden, entspräche dies der reinen Lehre der gegenseitigen Anerkennung; diese Anerkennungspraxis würde jedoch zu einer Auflösung der Gesetzesbindung von Ermittlungsmaßnahmen im Vollstreckungsmitgliedstaat und einer Beliebigkeit auch von schweren Eingriffen führen, die nach deutschem und europäischem Verfassungsverständnis problematisch ist.*“<sup>31</sup>

Die Problematik sei laut dem deutschen Richterbund nicht mangelndes Vertrauen in die Arbeit der KollegInnen in den anderen Mitgliedstaaten, sondern gründe in der fehlenden Harmonisierung der Strafprozessordnungen.<sup>32</sup>

Um ein einwandfreies Funktionieren des Anerkennungsprinzips in Strafsachen und der EEA-RL zu gewährleisten, wäre es notwendig, dass bei transnationalen Ermittlungen alle Fragen des Beweises von der nationalen Rechtsordnung abgelöst beurteilt werden können – was derzeit freilich nicht der Fall ist.<sup>33</sup> In der deutschen Literatur wird des-

---

29 FRA, Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the draft Directive regarding the European Investigation Order, 12f ([http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1490-FRA-Opinion-EIO-Directive-15022011.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1490-FRA-Opinion-EIO-Directive-15022011.pdf), 5.10.2016).

30 Gemeint sind eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen.

31 *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zur Europäischen Ermittlungsanordnung in Strafsachen – partielle allgemeine Ausrichtung vom 17.07.2011 des Ministerrats (Ratsdok-Nr: 11735/11), <http://www.drbb.de/?id=740> (5.10.2016).

32 *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme.

33 *Sieber*, ZStW 2009, 37.

halb teilweise vertreten, dass für die volle Funktionsfähigkeit des Anerkennungsprinzips ein europäisches Beweisverfahrensrecht notwendig sei.<sup>34</sup>

### 3.2. Sonstige grundrechtliche Bedenken

Folgender Auszug einer Statistik des EGMR, welcher die Verurteilungen von 1959 bis 2014 der Mitgliedstaaten darstellt, veranschaulicht, welche grundrechtlichen Probleme ein nahezu blindes Vertrauen in die Justiz anderer Mitgliedstaaten mit sich bringt.<sup>35</sup> Die meisten Verurteilungen durch den EGMR erfolgten aufgrund von Missständen in der Justiz: So machen das Recht auf ein faires Verfahren (Art 6 EMRK) und dem damit einhergehendem Beschleunigungsgebot sowie das Recht auf eine wirksame Beschwerde (Art 13 EMRK), aber auch das Recht auf Schutz des Eigentums (Art 1 des 1. ZPEMRK) den größten Teil der Verurteilungen aus.

Zur besseren Vergleichbarkeit zwischen den Staaten wird folgende Kennzahl herangezogen: Bisherige Verurteilungen wegen sämtlicher Verletzungen der EMRK durch den EGMR pro 10.000 EinwohnerInnen.<sup>36</sup> Dabei ergibt sich folgende Auffälligkeit: Im Vergleich zu Mitgliedstaaten mit einer niedrigen Kennzahl<sup>37</sup> weisen andere Mitgliedstaaten eine mehr als dreißig<sup>38</sup>- bzw mehr als siebzigfache<sup>39</sup> Zahl an Verurteilungen pro 10.000 Einwohnerin und Einwohner auf. Umso verständlicher ist es, dass vehement gefordert wurde, einen Versagungsgrund für Grundrechtsverletzungen im System der EEA einzuführen. Dieser wurde in Art 11 Abs 1 lit f EEA-RL auch eingeführt. Die Vollstreckungsbehörde kann die Anerkennung oder Vollstreckung einer EEA versagen, wenn berechnete Zweifel daran bestehen, dass die Vollstreckung der Ermittlungsmaßnahme, die in der EEA angegeben ist „mit den Verpflichtungen des Vollstreckungsstaates nach Art 6 EUV und der Charta unvereinbar wäre“.

Dieser Ablehnungsgrund setzt berechnete Gründe voraus. Die Kenntnis dieser berechneten Gründe kann sich als schwierig erweisen, weil die Vollstreckungsbehörde weder den dazugehörigen Akt noch sonstige Unterlagen übermittelt bekommt; die Vollstreckungsbehörde muss die berechneten Zweifel also allein auf Grundlage des von der Anordnungsbehörde ausgefüllten Formblattes ergründen.

---

34 In Bezug auf die Europäische Beweisordnung vgl *Ambos*, Internationales Strafrecht<sup>3</sup> (2011) 541f.

35 *European Court of Human Rights*, Annual Report 2014 (2015) 176 ff.

36 Die Zahlen sollen lediglich eine Orientierungshilfe bieten. Es ist insbesondere zu berücksichtigen, dass es aufgrund der unterschiedlichen EinwohnerInnenzahl der Mitgliedstaaten durchaus zu verzerrten Bildern kommen kann.

37 ZB Deutschland, Dänemark: 0,02 Verurteilungen pro 10.000 EinwohnerInnen (Dänemark nimmt nicht an der Richtlinie teil). Österreich befindet sich mit 0,29 Verurteilungen pro 10.000 EinwohnerInnen im Mittelfeld.

38 ZB Bulgarien, Griechenland: 0,68 Verurteilungen pro 10.000 EinwohnerInnen.

39 Slowenien: 1,48 Verurteilungen pro 10.000 EinwohnerInnen.

### 3.3. Verteidigungsprobleme – Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes

Gegen die Anerkennung und Vollstreckung kann im Vollstreckungsstaat ein Rechtsbehelf ergriffen werden. Gegen den Erlass (also die sachlichen Gründe) der EEA kann nur im Anordnungsstaat ein Rechtsbehelf eingelegt werden, außer es sind Grundrechtsgarantien im Vollstreckungsstaat betroffen (Art 14 Abs 2 EEA-RL).

Die organisatorische Trennung des Rechtsschutzes führt zu Zugangsschwierigkeiten und Gefährdungen, gegen die keine Vorkehrungen durch kompensierende Unterstützungsregelungen in der RL vorgesehen sind.<sup>40</sup> Dies führt zu einem erschwerten und komplizierten Zugang zum Rechtsschutz.

### 3.4. Problem der Inkongruenz der Delikte

Ein einwandfreies Funktionieren der EEA-RL bei eingriffsintensiven Maßnahmen – wie etwa die Einsicht in Bankgeschäfte oder die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs – setzt die Kongruenz des materiellen Strafrechts zwischen den Mitgliedstaaten voraus. Da die Straftatbestände jedoch bis dato innerhalb der EU nicht harmonisiert wurden, kann nicht immer anhand der knappen Ausführungen in der EEA beurteilt werden, ob die angegebene Tat auch im Vollstreckungsstaat strafbar oder unter exakt den selben Voraussetzungen strafbar wäre. Keine Ermittlungsbehörde wird die genaue Ausgestaltung des jeweiligen Delikts aller anderen Mitgliedstaaten kennen, was dem vom europäischen Gesetzgeber vorausgesetzten Automatismus zuwiderläuft. Vermutlich wird dies insbesondere in Wirtschaftsstrafsachen größere Probleme mit sich bringen.

Ein Beispiel: In Österreich wird für eine Strafbarkeit nach § 153 StGB (Untreue) in Bezug auf den Befugnismissbrauch Wissentlichkeit gefordert, während in der deutschen Untreuebestimmung (§ 266 dStGB) auf alle Tatbestandsmerkmale Eventualvorsatz genügt. So kann beim Erlass einer EEA wegen Unkenntnis der ausländischen Rechtslage sehr leicht die entsprechend vorausgesetzte Angabe zum subjektiven Tatbestand fehlen. Verkompliziert wird die Lage, wenn gegen Beteiligungstäter ermittelt wird, da hier in Bezug auf die subjektive Tatseite sogar die Kenntnis der ständigen Rechtsprechung des jeweiligen Staates Voraussetzung ist.<sup>41</sup> Die angestrebte Effizienzförderung kann dadurch unterlaufen werden.

Eine für den Vollstreckungsstaat unzureichende Darlegung des Tatverdachts kann bedeuten, dass die EEA in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde. Dies stellt bei eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen einen Versagungsgrund

---

<sup>40</sup> Eisenberg, Beweisrecht Rz 479.

<sup>41</sup> Beteiligte sind nach § 153 StGB nur strafbar, wenn sie einen zumindest bedingt vorsätzlichen Fehlgebrauch der Befugnis durch deren Inhaber für gewiss halten und dabei einen zumindest bedingten Vermögensschädigungsvorsatz haben; vgl Kirchbacher/Presslauer in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 44 (Stand 1.11.2009, rdb.at); RIS-Justiz RS0103984, RS0108964.

dar.<sup>42</sup> Somit wäre eine intensive Auseinandersetzung mit dem Strafrecht des Vollstreckungsstaats im Vorhinein nötig, was jedoch im Widerspruch zur beabsichtigten Effizienzförderung steht.

### 3.5. Rechtsunsicherheit

Bestimmte Begriffe innerhalb der RL sind unbestimmt formuliert, wie etwa der in Art 10 Abs 2 lit d EEA-RL normierte Begriff der „*nicht invasiven Maßnahme*“. Diese müssen „stets zur Verfügung stehen“, außer es liegen Versagungsgründe vor; dh der Vollstreckungsstaat hat jedenfalls die Ermittlungsmaßnahme durchzuführen – dies selbst dann, wenn diese Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde. Nicht invasive Ermittlungsmaßnahmen „könnten beispielsweise Maßnahmen sein, die das Recht auf den Schutz der Privatsphäre oder das Recht auf Eigentum gemäß dem nationalen Recht nicht verletzen“ (ErwGr 16 EEA-RL). Es handelt sich um einen Auffangtatbestand, der vermutlich sehr praxisrelevant sein wird. Die äußerst unpräzise Definition und die Tatsache, dass es sich bei der Erläuterung in den Erwägungsgründen nur um eine Empfehlung handelt, schaden der Rechtssicherheit.

### 4. Conclusio

Problematisch wird die EEA-RL insbesondere bei eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen: Die Richtlinie setzt Homogenität der Rechtsordnungen voraus, die jedoch derzeit keineswegs gegeben ist. Dies kann, wie oben gezeigt, Probleme mit sich bringen, deren Bewältigung bloß durch eine *Harmonisierung* sowohl des materiellen als auch des prozessualen Strafrechts in diesen Bereichen bewerkstelligt werden könnte.

Erwägenswert wäre wohl ein zweistufiges Modell gewesen, bei dem die „nicht invasiven Maßnahmen“ nach Art 10 Abs 2 EEA-RL (nach einer Präzisierung der Begriffe) vom Anordnungsstaat angeordnet werden können und vom Vollstreckungsstaat vollstreckt werden müssen. Somit wäre gesichert, dass Maßnahmen, die die Rechtssphäre der/des Betroffenen nicht intensiv berühren, bedingungslos rasch und effektiv vollstreckt werden müssen.

Bei eingriffsintensiven Maßnahmen wäre es meines Erachtens nötig, eine *effektive Willkürkontrolle* im Vollstreckungsstaat einzubauen, um verfassungsgesetzlichen Garantien zu entsprechen. Neben einer Ergänzung der Angaben (vgl zB § 19 Abs 2 EU-JZG in Bezug auf den Europäischen Haftbefehl) sollte zumindest in Ausnahmefällen die Möglichkeit bestehen, auch weitere Unterlagen zu verlangen. Hierzu bietet Art 9 Abs 6 EEA-RL zwar eine „Konsultationsmöglichkeit“; diese sieht aber nicht explizit vor, dass etwa auch

---

42 Vgl Art 6 Abs 6, 26 Abs 6, 27 Abs 5, 28 Abs 1, 29 Abs 3 lit a, 30 Abs 5, 31 Abs 3 EEA-RL.

relevante Unterlagen aus dem Ermittlungsakt angefordert werden können. Gerade dies wäre aber in bedenklichen Fällen notwendig.

Für nicht eingriffsintensive Maßnahmen ist jedoch der Grundgedanke der EEA-RL durchaus positiv zu bewerten. Mit der Schaffung eines EU-weiten Konzepts zur Beweis-erlangung, das auf gegenseitiger Anerkennung beruht, wird die Effizienz gefördert und Ermittlungsverfahren beschleunigt. Andererseits wird unnötiger bürokratischer Aufwand abgebaut. Für Maßnahmen, die grundsätzlich keine Grundrechtseingriffe befürchten lassen – wie etwa die Vernehmung von Beschuldigten und ZeugInnen – stellt dies eine begrüßenswerte Entwicklung dar.

Mag. Elias Schönborn war Rechtshörer bei der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft und absolviert derzeit die Gerichtspraxis im OLG-Sprengel Wien; elias.schoenborn@gmx.at

# Von der künstlerischen Reflexion gerichtlicher Prozesse

*Please, Continue (Hamlet)* oder der performative Charakter rechtlicher Verfahren

Anna Königshofer

---

„Das Gesetz verlangt von den Richtern keine Rechenschaft über die Mittel, durch welche sie zu ihren Überzeugungen gelangt sind. Es schreibt ihnen keine Regeln vor, aufgrund derer sie die Gültigkeit und Überzeugungskraft von Beweisen beurteilen sollten. Es schreibt ihnen vielmehr vor, dass sie sich selbst in aller Stille und innerer Ruhe, mit aufrichtigem Gewissen befragen, welchen Eindruck die gegen den Angeklagten vorgebrachten Beweise sowie die Argumente der Verteidigung auf ihren Verstand und ihre Vernunft gemacht haben. Das Gesetz stellt ihnen bloß eine Frage, welche ihre gesamte Verantwortung umschreibt, nämlich: *Sind Sie zu einer inneren Überzeugung gelangt?*“<sup>1</sup>

Das Aufführungsformat *Please, Continue (Hamlet)* (PCH) von *Yan Duyvendak* und *Roger Bernat* lässt dieselbe Anklageschrift, angelehnt an das Shakespeare'sche Drama *Hamlet*, von unterschiedlichen realen Gerichten, gemeinsam mit drei Schauspieler\_innen verhandeln. Gericht, Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Sachverständige werden von Professionist\_innen gestellt, während der Angeklagte Hamlet, sowie die Zeuginnen Ophelia (Hamlets Freundin) und Gertrude (Hamlets Mutter) von Schauspieler\_innen verkörpert werden. Hamlet ist des Mordes an seinem Schwiegervater Polonius angeklagt, am Ende der Prozesse werden die Geschworenen jeweils per Zufall aus dem Theaterpublikum ausgewählt, um über Hamlet Recht zu sprechen. Die Strafakte reist seit 2011 mit *Duyvendak* und seinem Team durch Europa,<sup>2</sup> wird an die lokalen sprachlichen und juristischen Parameter der Aufführungsorte angepasst und pro Ort ca drei Mal aufgeführt, wobei für jeden Prozess ein neues Gericht und neue Verfahrensbeteiligte eingesetzt werden. Bis März 2014 wurde PCH in neun verschiedenen Ländern realisiert – 125 Auffüh-

- 
- 1 *Dossier Duyvendak*. Die hier und im Folgenden angeführten direkten Aussagen zur Werkanalyse sind einerseits dem Dossier entnommen (Konzept der Aufführung, Strafakte, Urteils-Statistik etc), das mir der Autor und Regisseur von *Please, Continue (Hamlet)* *Yan Duyvendak* zukommen ließ, und andererseits einem Interview mit dem Künstler, das am 23.02.2015 via Skype stattfand. Weiters wurde für die Werkanalyse die Video-Dokumentation einer Aufführung herangezogen, die am 02.10.2012 im Handelsgericht in Marseille stattfand. Vgl <http://www.duyvendak.com/index.php?performances/please-continue-hamlet/> (25.01.2017).
  - 2 Das Konzept wurde von Performancekünstler *Yan Duyvendak* gemeinsam mit dem Regisseur *Roger Bernat* verfasst, *Bernat* zog sich jedoch im Zuge der Premiere aus dem Projekt zurück.

rungen führten dabei zu fast genauso vielen Freisprüchen wie Schuldsprüchen. Den Aufzeichnungen des Regisseurs zufolge wurde Hamlet 54 Mal freigesprochen, zwei Mal wurde ein Rechtsmittelverfahren eingeleitet und 68 Mal wurde Hamlet verurteilt. Durch die Auswahl der Geschworenen aus dem Publikum fokussiert *PCH* das rechtliche Konzept der *inneren Überzeugung*, also das subjektive Urteilen in Bezug auf das, und nur auf das, was man während des Gerichtsprozesses gesehen und gehört hat. Wenn die künstlerische Aufführung auch nicht mit einem realen rechtlichen Verfahren<sup>3</sup> gleich zu setzen ist, so drängen sich vor dem Hintergrund der divergierenden Urteile bei ein und derselben Ausgangslage doch folgende Fragestellungen auf: Was bedeutet es für das Finden einer *inneren Überzeugung*, wenn die Gesten und Reden der Prozessbeteiligten in einem theatralen Kontext erscheinen? Lässt sich das gerichtliche Urteil ausschließlich auf den dem Prozess vorgängigen Tathergang zurückführen oder beruht es nicht viel mehr auf den einmaligen, unwiederholbaren körperlich-sprachlichen Darstellungsleistungen von Anklage, Verteidigung und persönlich Beteiligten? Anders gefragt: Was passiert, wenn Theater und Gericht eine symbiotische Verbindung eingehen und in einer Aufführung gemeinsam realisiert werden – wenn also das Theater seine Rahmung als ästhetisches Ereignis und der Gerichtsprozess seine Rahmung als ethisches Verfahren überschreitet? *PCH* thematisiert als künstlerische Reflexion juristischer Verfahren die Kontingenz der rechtlichen Entscheidungsfindung und damit das, was ich im Folgenden den performativen<sup>4</sup> Charakter rechtlicher Verfahren nennen möchte.<sup>5</sup>

## 1. Das Gemeinsame von Theater und Gericht

Nachdem die Aufführung und ihre Rahmenbedingungen kurz umrissen werden, scheint es mir für die Beschäftigung mit *PCH* hilfreich, sich mit der Schnittstelle von Theater und Gericht zu befassen, bevor untersucht werden kann, was uns die Überführung des Gerichtsprozesses in eine theatrale Aufführung über die Effekte und Wirkungsweisen des Rechts erzählen kann.

### 1.1. *PCH*: Die Aufführung

„Das Projekt verändert die übliche Wahrnehmung eines Gerichtes, indem es den Gerichtssaal zu einem Theatersaal macht. Richter, Staatsanwalt, Verteidiger, Gerichtsdienner – die Hauptakteure eines Gerichtsfalles – werden zu Schauspielern. Wie in der

3 Im Rahmen dieses Artikels wird mit dem rechtlichen Verfahren in erster Linie der Gerichtsprozess bezeichnet. Vgl zu verschiedenen rechtlichen Verfahren *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren (1983).

4 Auf den Begriff des Performativen wird im Folgenden näher eingegangen.

5 Als weitere künstlerische Beispiele, die mit dem Gerichtsprozess als zeitgenössisches Aufführungsformat arbeiten, können unter anderem die Produktionen von *Milo Rau* und dem *IIPM Die Zürcher Prozesse* und *Die Moskauer Prozesse* bzw. *Das Kongotribunal* genannt werden, *Das Kapitalismus Tribunal* von *Haus Bartleby e.V. Berlin* sowie das Theaterstück und der Film *Terror* von Ferdinand von Schirach.

klassischen „Comedia del arte“ werden sie zu Mitgestaltern einer Handlung, indem sie Argumente vorbringen, rhetorische Kunstgriffe einsetzen und mit derselben Sprache, denselben Gesten und derselben Kleidung operieren, die sie auch bei echten Gerichtsverfahren verwenden“<sup>6</sup>

Wie bei einem realen Gerichtsverfahren ist auch hier der Ausgangspunkt eine Strafakte, in der die polizeilichen Ermittlungen zum Tathergang, allfällige Beweismittel, Gutachten und protokollierte Aussagen der Beteiligten angelegt worden sind. Die Aufführung basiert demnach nicht auf einem dramatischen Text, sondern auf einem schriftlichen Handlungsimpuls. So dient die Akte den Verfahrensbeteiligten dazu, sich ihrer jeweiligen Profession entsprechend auf das Gerichtsverfahren vorzubereiten und ihre Fragestellungen und Argumentationslinien zu entwickeln. Die Anklageschrift stellt hierbei eine mögliche Wahrheit dar: Hamlet hat bewusst mit dem Messer in den Vorhang gestochen, im Glauben dahinter befände sich nicht Polonius, sondern sein Onkel und Stiefvater Claudius, um diesen zu töten. Er ist daher des Mordes oder zumindest des Totschlages angeklagt. Die Verteidigung präsentiert hingegen eine andere Version: Die Tat war ein Unfall, denn Hamlet vermutete hinter dem Vorhang eine Ratte, von denen es in seiner Wohnung wimmelte und er wollte diese wie gewohnt mit seinem Messer zur Strecke bringen.<sup>7</sup> Am Ende „gewinnt“ jene Version, die das Publikum überzeugen konnte.

## 1.2. PCH: Rahmenbedingungen

Bevor die Verfahrensbeteiligten und Schauspieler\_innen vor Ort angeworben werden können, muss die Strafakte erst mit Hilfe eines Experten bzw einer Expertin sprachlich, inhaltlich und formal an das ortspezifische juristische Regelwerk angepasst werden. Danach wird im Zuge eines Vorbereitungstreffens – an dem alle Beteiligten teilnehmen – entschieden, wie der Ablauf des Gerichtsprozesses im Detail aussehen wird. Auch der Ablauf unterliegt nationalen und regionalen juristischen Gegebenheiten. Er setzt sich zusammen aus der Eröffnung und Schließung der Sitzung, dem Beweisverfahren (Anhörung des Angeklagten, der Zeug\_innen und dem/der psychiatrischen Gutachter\_in) sowie den Plädoyers des Staatsanwaltes bzw der Staatsanwältin, des Vertreters bzw der Vertreterin der beteiligten Privatperson (Ophelia) und des Verteidigers bzw der Verteidigerin des Angeklagten (Hamlet). War dies zwar ursprünglich nicht von den Künstler\_innen geplant, so ist die internationale Wiederholung der Aufführung und die damit einhergehende Transformation der Arbeit durch Raum und Zeit eines ihrer konstitutiven Prinzipien.

Die Aufführung wird meistens in einem Theatersaal abgehalten, wobei das Bühnenbild sich am Modell des amerikanischen Gerichts orientiert und ausschließlich aus den funk-

---

6 Dossier *Duyvendak*.

7 *Shakespeare, Hamlet* (2007).



tional ausgerichteten Tischen und Stühlen besteht. Das Publikum wird rund um dieses Setting in Form eines U, eines Atriums, platziert. Durchschnittlich dauert eine Aufführung ca drei Stunden. Somit ist sie an die konventionelle Dauer einer Theateraufführung angepasst. Die Verhandlung eines derart komplexen Falles, bei dem entschieden werden muss, ob es sich um einen Unfall, Totschlag oder vorsätzlichen Mord handelt, würde bei einem realen Prozess allerdings neun bis zehn Stunden dauern. Extrem verkürzt wird vor allem die Beratungszeit der Geschworenen. Deshalb bedeutet die extreme Begrenzung der Beratungszeit eine gravierende Abweichung von der realen Vorlage, die bis hin zu einer Verfälschung des Urteils führen kann.<sup>8</sup>

### 1.3. Die innere Überzeugung: Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, Öffentlichkeit

Die Theateraufführung und der Gerichtsprozess bilden beide öffentliche Versammlungsformate, deren vereinendes Moment sich wohl am ehesten mit dem Begriff der antiken *Agora* fassen lässt, in der sich die öffentliche politische Auseinandersetzung der *polis* realisierte und ebenso kulturelle und religiös-festliche Zusammenkünfte stattfanden. Die *Agora* ist es, die sowohl in ihrer räumlichen Realisierung als auch in ihrer idealtypischen Dimension als Ort der politischen Öffentlichkeit<sup>9</sup> jenen Bezugspunkt manifestiert, welcher das Theater mit dem Rechtsstaatlichen bzw. Politischen assoziiert. In Rekurs auf die leibliche „Ko-Präsenz“<sup>10</sup> von *Erika Fischer-Lichte* stellt auch jede theatrale Aufführung eine mehr oder weniger konkretisierte politische Öffentlichkeit dar, bei der es um das Aushandeln von Positionen und Beziehungen und damit um Machtverhältnisse geht.<sup>11</sup>

Die Parallelität von Gericht und theatraler Aufführung lässt sich aber auch im Strafprozessrecht erkennen, in welchem die rechtlichen Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit verankert sind,<sup>12</sup> drei Prinzipien, anhand derer sich auch die klassisch-theatrale Aufführung beschreiben lässt. Der Fokus des Strafprozesses liegt auf dem Sprechen und dem Verhalten der beteiligten Personen. Somit ist konkreter Gegenstand der Verhandlung das, und nur das, was im Sprechen auftaucht. Damit garantiert das Prinzip der Mündlichkeit, dass alles für die Verhandlung Relevante verbalisiert wird

8 Die hier angeführten Beobachtungen zur zeitlichen Dimension der Aufführung beruhen auf einem Interview, das mit dem Präsidenten des Landesgerichts Wien für Strafsachen, Herrn Friedrich Forsthuber am 23.02.2015 geführt wurde. Herr Forsthuber nahm an einer der Aufführungen, die im Rahmen der Wiener Festwochen 2014 im Odeon Theater in Wien stattfanden, als Vorsitzender Richter teil.

9 „Politisch zu sein, in einer Polis zu leben, das hieß, dass alle Angelegenheiten vermittlels der Worte, die überzeugen können, geregelt werden und nicht durch Zwang oder Gewalt.“ *Arendt, Vita activa oder Vom tätigen Leben* (1960) 30.

10 Die Ko-Präsenz innerhalb einer Aufführung meint ein Verhältnis von Ko-Subjekten anstelle eines von Subjekt und Objekt. „Die Zuschauer werden als Mitspieler begriffen, welche die Aufführung durch ihre Teilnahme am Spiel, dh ihre physische Präsenz, ihre Wahrnehmung, ihre Reaktion mit hervorbringen.“ *Fischer-Lichte, Ästhetik des Performativen* (2004) 47.

11 Vgl *Fischer-Lichte, Ästhetik* 68.

12 Vgl *Bertel/Venier, Strafprozessrecht*<sup>8</sup> (2015) 19ff.

und der/die Angeklagte sein/ihr Recht erhält, auf alles antworten zu können. Das Prinzip der Unmittelbarkeit geht über den Inhalt des Gesprochenen hinaus und umschließt die gesamten Eindrücke, das heißt Mimik, Gestik und Körperlichkeit der Beteiligten, um die „Persönlichkeit“ des Vernommenen zu „erkennen“. Der dritte Grundsatz ist jener der Öffentlichkeit: Jeder Strafprozess ist grundsätzlich auch für Unbeteiligte zugänglich.<sup>13</sup> Der Geschworenenprozess weist diesbezüglich zwei Besonderheiten auf: Einerseits sind Geschworenengerichtsprozesse besonders medienwirksam, da sie immer wieder äußerst brisante Fälle verhandeln, und andererseits realisiert sich die aktive Teilhabe der Bevölkerung an der Rechtsprechung. Die drei genannten Maximen sind im Format der Geschworenengerichtsbarkeit besonders auffallend ausgeprägt. Die Geschworenen gründen ihre *innere Überzeugung* und damit das Urteil nur auf dem, was sie während des Prozesses sehen und hören.<sup>14</sup> Das Prinzip der Mündlichkeit, das heißt des spontanen, einmaligen Sprechens, das Prinzip der Unmittelbarkeit, das heißt des spontanen, einmaligen Sich-Verhaltens bzw Wahrnehmens und das Prinzip der Öffentlichkeit, das heißt der Anwesenheit eines potentiellen Publikums, rücken den Gerichtsprozess in die Nähe der Auf-führung.<sup>15</sup>

## 2. Der performative Charakter rechtlicher Verfahren

PCH beschränkt sich nicht auf den gemeinsamen Nenner von Theater und Gericht, hier findet vielmehr eine bewusst gesetzte Rahmenüberblendung statt, indem die Felder Theater und Justiz über die Strategie der „Performance als hybride Institutionalisierung“ zusammengeschlossen werden. Diese künstlerische Strategie ermöglicht es, die Justiz auf einer Metaebene zu untersuchen und gleichzeitig das Theater als Raum der Verhandlung sozio-politischer Fragestellungen zu besprechen.

### 2.1. Von der Verkörperung des Rechts

Der Begriff *performativ* geht auf J. L. Austins Sprechakttheorie zurück und meint das Vollziehen performativer Sprechakte, die anders als konstative Äußerungen keine Wirklichkeitsbeschreibende Funktion besitzen, sondern die Wirklichkeit, von der sie sprechen, erst hervorbringen.<sup>16</sup> Performative Äußerungen können im Unterschied zu konstativen Äußerungen nicht wahr oder falsch sein, sondern nur glücken oder misslingen und hängen von den institutionellen Rahmenbedingungen ab, in denen sie stattfinden.<sup>17</sup> Als vielzitiertes Beispiel kann hier der Vollzug einer Eheschließung durch einen Geistlichen ge-

---

13 Vgl Bertel/Venier, Strafprozessrecht<sup>8</sup> 8, 20.

14 Vgl Bertel/Venier, Strafprozessrecht<sup>8</sup> 18.

15 Zur Beschäftigung mit der Schnittstelle von Theater und Gericht: Bernstorff, Das theatrale und das bürokratische Dispositiv des Gerichts, in Burri ua (Hrsg), Versammlung und Teilhabe (2014).

16 Vgl Austin, How to do things with words (1962).

17 Ebd, 3ff.

nannt werden: Mit den Worten „Ich erkläre Sie hiermit zu Mann und Frau“ beschreibt der Geistliche nicht nur einen sozialen Umstand; er bringt diesen erst hervor, er vollzieht also eine Handlung. Der sprachtheoretische Begriff des „Performativen“<sup>18</sup> wurde von poststrukturalistischen Positionen weitergedacht und in Rückgriff auf die Beschäftigung mit Geschlecht als Herstellungstätigkeit, wie sie die Gender Studies untersuchen, von *Judith Butler* um die körperliche Ebene erweitert.<sup>19</sup> Ihr zufolge ist (Geschlechts-)Identität nicht Ausdruck eines autonomen Subjekts, sondern wird durch performative Akte im Modus der Wiederholung permanent und zitathaft hervorgebracht. Mit *Butler* gesprochen ist der Körper als eine Situation, eine Art Dramatisierung oder Inszenierung von Möglichkeiten zu verstehen, durch die Konventionen verkörpert und inszeniert werden.<sup>20</sup> Was *Butler* hier in Bezug auf die Geschlechtsidentität konstatiert, bedeutet umgelegt auf das Recht, dass es sich nicht auf einen verschriftlichten Regelkatalog beschränkt, sondern in jedem Prozess durch Anklageschrift, Gutachten und Verhöre erst von den Beteiligten mit ihren Körpern und Stimmen hervorgebracht wird. Betrachtet man jeden einzelnen Strafprozess als Wiederholung eines Verfahrenstyps – als Ausführung eines Musters oder Regelanwendung – bedeutet jeder Gerichtsprozess durch die Einmaligkeit der körperlich-sprachlichen Interaktionen immer auch eine Verschiebung innerhalb der Wiederholung. Diese Veränderungen können von nicht-wahrnehmbar zu besonders auffällig reichen, und sich so eindeutig gestalten, dass sie zu konkreten Regeländerungen führen.<sup>21</sup>

Diese Beobachtung lässt sich zusammendenken mit dem Verhalten in Rollen, wie es der Sozialwissenschaftler *Niklas Luhmann* in seiner Studie *Legitimation durch Verfahren* als charakteristisch für das rechtliche Verfahren definiert.<sup>22</sup> In seiner Studie erörtert *Luhmann*, welche Bedingungen und Mechanismen dazu führen, dass die Mitglieder einer Gesellschaft existentielle Entscheidungen, die durch rechtliche Verfahren getroffen wurden, als bindend akzeptieren, auch wenn sie diese nicht als richtig empfinden. *Luhmann* zufolge ist die Legitimation durch Verfahren deshalb möglich, weil das Gericht ein autonomes soziales System darstellt, das sich von anderen Systemen, wie zB einem geselligen Beisammensein, abgrenzt und darauf beruht, dass die Beteiligten losgelöst von ihren Alltagsrollen in eine spezifische Verfahrensrolle integriert werden.<sup>23</sup> Durch das Involviert-

---

18 Zur Begriffsentwicklung des Performativen siehe *Ploder*, *The Power of Performance: methodologische Neuorientierungen in den Sozialwissenschaften*, in *Lechleitner/Liebl*, *Jahrbuch des Phonogrammarchivs der Österreichischen Akademie der Wissenschaften* (2011).

19 Vgl *Butler*, *Performative Akte und Geschlechterkonstitution. Phänomenologie und feministische Theorie*, in *Wirth* (Hrsg), *Performanz zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften* (2002) 311.

20 Ebd., 305.

21 Als Beispiel kann hier auf die Geschworenengerichtbarkeit verwiesen werden, deren Anwendung in Österreich zu einer Änderung der rechtlichen Parameter führte, wie zum Beispiel die Reduktion der Geschworenenzahl und die Verschiebung von einer 2/3 Mehrheit für den Schuldspruch zu einer einfachen Mehrheit.

22 Vgl *Luhmann*, *Legitimation*.

23 Vgl *Krischer*, *Das Problem des Entscheidens in systemischer und historischer Perspektive*, in *Stollberg/Rilinger* (Hrsg), *Herstellung und Darstellung von Entscheidungen: Verfahren, Verwalten und Verhandeln in der Vormoderne* (2010) 38ff.

sein in das Verfahren entwickeln die Beteiligten Darstellungsstrategien, um den Ausgang des Verfahrens in ihrem persönlichen oder amtsgebundenen Interesse zu bestimmen – Der Ausgang des Verfahrens bleibt dabei offen.<sup>24</sup>

Die Legitimation ergibt sich somit nicht dadurch, dass stets richtige und gerechte Entscheidungen getroffen werden, sondern liegt darin begründet, *dass* das Zustandekommen einer Entscheidung garantiert<sup>25</sup> und nachvollziehbar ist. Wahrheit wird daher nicht einfach *gefunden*, sondern abhängig von den Darstellungsleistungen der Beteiligten erst *entschieden*: Kein Gericht geht davon aus, man müsse nur so lange warten, bis sich für alle gleichermaßen Wahrheit und Gerechtigkeit herauskristallisiert haben, sondern die Entscheidung darüber, was am Ende als wahr und damit gerecht gilt, wird dann getroffen, wenn das Beweisverfahren als beendet gilt.<sup>26</sup> Dabei ergibt sich die Legitimation durch Verfahren über die Partizipation aller Konfliktbeteiligten an der Entscheidungsfindung mit der Gewissheit eines offenen Ausgangs. Hierin manifestiert sich mE nach der explizit performative Charakter rechtlicher Verfahren. In *PCH* wird dieses Prinzip gedoppelt, da hier dieselbe Straftat im Modus der Wiederholung verhandelt wird, was dem herkömmlichen Strafprozessrecht diametral gegenübersteht.

## 2.2. Die Performance als hybride Institutionalisierung

Auch in den Kunst- und Kulturwissenschaften ist der Begriff des „Performativen“ bzw der „Performance“ ein viel bemühter, um zeitgenössische Aufführungen zu beschreiben, bei denen der Fokus auf der leiblichen Ko-Präsenz aller Beteiligten (Publikum und Performer\_innen) liegt und gleichzeitig darauf abgezielt wird, die theatralen Konventionen von Räumlichkeit, Zeitlichkeit und Autor\_innenschaft zu dekonstruieren.<sup>27</sup> *Erika Fischer-Lichte* zufolge bezeichnet der Begriff „Performance“ heute ein bestimmtes theatrales Genre, das sich in den 1970er Jahren herausgebildet hat und zunächst Arbeiten subsumierte, die der Aktionskunst, dem Happening, der performance art oder der Performance Kunst zugerechnet wurden.<sup>28</sup> *Fischer-Lichte* grenzt in ihren Ausführungen das Theatrale vom Performativen ab, indem sie klassischen Aufführungsgrundsätzen, wie dem fixierten Verhältnis von Schauspieler\_in und Zuseher\_in oder dem nachahmenden Agieren der Darsteller\_innen als dramatische Figuren, den Begriff der Performativität entgegenhält:

„Während Theatralität sich auf den jeweils historischen und kulturell bedingten Theaterbegriff bezieht und die Inszeniertheit und demonstrative Zurschaustellung

24 *Bernstorff* in *Burri ua* (Hrsg) 294.

25 Vgl *Luhmann*, Legitimation 11.

26 Vgl *Krischer* in *Stollberg/Rilinger* (Hrsg) 43.

27 Vgl *Fischer-Lichte/Roselt*, Attraktion des Augenblicks – Aufführung, Performance, performativ und Performativität als theaterwissenschaftliche Begriffe, in *Fischer-Lichte/Wulf* (Hrsg), Theorien des Performativen (2001) 242ff.

28 Vgl *Fischer-Lichte/Roselt* in *Lichte/Wulf* (Hrsg) 243ff.

von Handlungen und Verhalten fokussiert, hebt Performativität auf die Selbstbezüglichkeit von Handlungen und ihrer wirklichkeitskonstituierenden Kraft ab.“<sup>29</sup>

*PCH* lässt sich somit als Performance beschreiben, die sich als ästhetisches Ereignis zwischen allen Anwesenden vollzieht. Dabei stellt die Arbeit nicht ein beliebiges Performance-Format dar, sondern lässt sich als zeitgenössische Strategie beschreiben, die *Kai van Eikels* mit dem Begriff der „Performance als hybride Institutionalisierung“ umreißt.<sup>30</sup> Die Bezeichnung *hybrid* verweist auf etwas, das aus Verschiedenartigem zusammengesetzt ist, in diesem Fall handelt es sich um eine Aufführung, die aus unterschiedlichen institutionalisierten Öffentlichkeitsformaten besteht.<sup>31</sup> Die „Performance als hybride Institutionalisierung“ bezeichnet daher solche künstlerischen Aufführungen, die sich inhaltlich und formal an einem spezifischen Öffentlichkeitsformat wie der Vorlesung, der Messe oder dem Gerichtsprozess orientieren und den Zusammenschluss von ästhetischem und außerästhetischem Versammlungsformat nicht nur formal oder inhaltlich zitieren, sondern gemeinsam realisieren. *PCH* ist somit gleichzeitig Theateraufführung *und* Gerichtsprozess.

### 2.3. Darsteller seines Amtes und Darstellerin ihrer Selbst

„Es treten auf das Gericht, die Anklage, die Verteidigung, in manchen Ländern auch die Geschworenen. Und wenn sie vielerorts im Gerichtssaal Roben tragen, da und dort eigenartige Perücken, wenn sie sich im Gerichtssaal an bestimmte Redensarten halten müssen, dann hat das seinen Grund. Sie machen mit ihrer Staffage, aber auch mit ihrem formalisierten Reden deutlich, dass sie nicht im eigenen Namen reden, nicht als Person oder als Citoyen, sondern in ihrer Funktion, in ihrer Rolle.“<sup>32</sup>

In einem realen Prozess liegt das Augenmerk auf dem entpersonalisierten Verhalten der Gerichtsmitglieder, welches das rechtliche Verfahren verlangt.<sup>33</sup> Richter\_in, Staatsanwalt bzw Staatsanwältin und Verteidiger\_in aber auch Gerichtsdienstler\_in und Psychiater\_in können als Darsteller\_innen ihres Amtes<sup>34</sup> bezeichnet werden, die in erster Linie ihre Funktion repräsentieren. Die Staatsanwältin bringt sich durch ihr Sprechen und Agieren erst als solche hervor und die anderen Gerichtsmitglieder legitimieren ihre Repräsentation

29 *Fischer-Lichte*, Performativität. Eine Einführung (2012) 29.

30 *Van Eikels*, Kunst des Kollektiven. Performance zwischen Theater, Politik und Sozio-Ökonomie (2013) 158ff.

31 Die Definition ist dem Duden-Online entnommen: Das Adjektiv *hybrid* hat seinen Ursprung im lateinischen *hybrida*, das so viel wie Mischling, Bastard bedeutet. Die Herkunft bleibt ungeklärt. *Duden*, *hybrid*, [http://www.duden.de/rechtschreibung/hybrid\\_gemischt](http://www.duden.de/rechtschreibung/hybrid_gemischt) (15.1.2017).

32 *Oberholzer* zit nach *Keller*, Strafprozess als Theater, <http://www.srf.ch/kultur/im-fokus/die-zuercher-prozesse/strafprozess-als-theater> (15.1.2017).

33 Vgl *Luhmann*, Legitimation 96.

34 Vgl *Bernstorff* in *Burri ua* (Hrsg) 284.

tionsfunktion, indem sie die Person nicht mit ihrem Namen, sondern mit ihrem Amt ansprechen.

Diese Anforderung wird in *PCH* unterlaufen: Da der Gerichtsprozess als *theatrales Ereignis* stattfindet, tritt plötzlich das Subjekt hinter der gerichtlichen Repräsentationsfunktion in seiner je eigenen Körperlichkeit, Rhetorik, Strategie aber auch mit Makel behaftet hervor. Die Richterin erscheint nicht länger nur als entsubjektivierte Repräsentation ihres Amtes, sondern auch als Darstellerin ihrer Selbst<sup>35</sup> und darüber hinaus in flüchtigen Momenten als Schauspielerin, deren routiniertes Verhalten mit einem Mal theatral und inszeniert wirkt. Um die Authentizität der Gerichtsmitglieder zu unterstreichen bzw ihrem Erscheinen als theatrale Figuren entgegenzuwirken, setzt *Duyvendak* einen brechtschen Verfremdungsmoment ein:<sup>36</sup> Die Schauspieler\_innen tragen ein gelbes T-Shirt, auf dem in schwarzen Blockbuchstaben ihr Beruf „Schauspieler\_in“ geschrieben steht sowie der Name der Figur, die sie darstellen. Dieser Verfremdungseffekt hat die Funktion, eine mögliche theatrale Illusion aufzuheben – laut Regisseur soll dadurch die Inszeniertheit ihrer Tätigkeit gegenüber der Authentizität ihrer Mitspieler\_innen, den Gerichtsmitgliedern, hervorgehoben werden. Zugleich erscheinen die Schauspieler\_innen durch den juristischen Kontext auch als Bürger\_innen. Dies wird dadurch verstärkt, dass die Gerichtsmitglieder sich auf Anweisung des Künstlers den Schauspieler\_innen gegenüber so verhalten sollen, wie sie es auch in ihrem beruflichen Alltag den Vernommenen gegenüber tun.

Der Angeklagte und die zwei Zeuginnen hingegen müssen nicht nur ihren Beruf ausüben, also so tun, als *wären* sie Hamlet oder Ophelia, sondern eine innere Haltung finden, aus der heraus sie *authentisch* wirken. Sie sollen, durch *Duyvendak* instruiert, dafür sorgen, „dass das ethische Empfinden des Publikums angeregt wird, dass den Zuseher\_innen die Komplexität der involvierten Personen bewusst wird.“<sup>37</sup> Begreift man also die auftretenden, sprechenden und gestikulierenden Körper als Zeichen, die Bedeutung produzieren, so ist während der gesamten Aufführung nie eindeutig, mit welcher symbolischen Ordnung man es zu tun hat: Wer spricht hier? Der Staatsanwalt in der Rolle seines Amtes, der Schauspieler in der Rolle eines Stückes, der vorsitzende Richter als Privatperson? Jeder gesetzte Handlungsakt, jede Aussage, die Roben der Gerichtsmitglieder, die Sitzanordnung, jene Zeichen, die sonst im Kontext der juristischen Ordnung gelesen werden, erscheinen plötzlich im Licht der künstlerischen Inszenierung. Sie treten nicht länger als natürlich gegeben auf, sondern jemand hat all diese Elemente auf die Bühne gebracht und zwar nicht irgendwie, sondern genau so. Dies gilt aber nicht nur für *PCH*, sondern

---

35 Im Gegensatz zu den Gerichtsmitgliedern werden Angeklagte und Zeug\_innen von *Bernstorff* als Darsteller\_innen ihrer selbst bezeichnet.

36 Zum Verfremdungseffekte als Strategie in der Literatur und den darstellenden Künsten: *Fankhauser*, *Verfremdung als Stilmittel* vor und bei Brecht (1971) 27ff.

37 Dossier *Duyvendak*.

das rechtliche Verfahren *per se* kann somit in seiner performativen Dimension erfahren werden.

## 2.4. Das Publikum und seine Rolle als symbolische Öffentlichkeit

„Du weißt, dass du nicht im Theater bist, bist aber trotzdem im Theater und du weißt, dass du nicht im Gericht bist, bist aber trotzdem im Gericht.“<sup>38</sup>

Auch der Status des Publikums ist vieldeutig, denn zum einen handelt es sich um ein Theaterpublikum, zum anderen symbolisiert es den rechtlichen Grundsatz der Öffentlichkeit, und des Weiteren stellt es die potentiellen Geschworenen dar. Die zu Beginn der Aufführung verlesene Ankündigung, dass die Geschworenen erst am Ende der Performance *per Zufallsprinzip* aus dem Publikum ausgewählt werden, bindet die Zuseher\_innen nicht nur über die ästhetische Rezeption an die Aufführung, sondern auch als potentielle Akteur\_innen, die den Ausgang des Prozesses bestimmen. Diese Strategie transformiert die erwartete ästhetische Erfahrung in eine ethische, die nicht mehr nur als soziales Spiel im Modus des ‚Als-Obs‘ erscheint. Vielmehr handelt es sich um den Versuch im „relativ Kleinen eines Kulturspektakels etwas von den Gemeinschaftseffekten zurückzugeben – ihnen zu gestatten, unter dem Deckmantel einer Kunst, die dann doch nicht ganz ‚richtige Politik‘ ist, sich hier und da ein Quantum an togetherness abzuholen“, wie man es mit *van Eikels* formulieren könnte.<sup>39</sup> Die Aufführung, welche sich über die Entscheidungsfindung und ihre Darstellung definiert, wird erst durch den Wahrspruch des Publikums verwirklicht und im Bewusstsein, dass man am Ende eben diesen Wahrspruch selbst treffen und verkünden muss, im Geiste jedes und jeder einzelnen Zusehenden vollzogen.

„Wenn der Prozess gut gelaufen ist, haben die Leute Angst als Geschworene ausgewählt zu werden, mehr Angst als bei einem Stück, bei dem man „interaktive Dinge“ tun muss. Sie haben Angst Geschworener zu werden in einem Prozess, auch wenn sie wissen, dass er nicht echt ist.“<sup>40</sup>

Das Publikum ist in diesem Fall nicht die symbolische Verkörperung des rechtlichen Prinzips der Öffentlichkeit, sondern nimmt in der Rolle der Geschworenen auch als Öffentlichkeit an der Realisierung der Aufführung teil. Dies ist es, was sowohl dem Publikum als auch den Performer\_innen eine Live-Erfahrung ermöglicht, die zwischen ästhetischer Rezeption und ethischer Haltung oszilliert und – mit dem Regisseur gesprochen – erst die Frage konkretisiert: Wer bin ich, dass ich über jemanden Recht sprechen kann?<sup>41</sup>

38 Interview der Autorin mit dem Künstler *Yan Duyvendak*, am 23.02.2015 via Skype.

39 *Van Eikels*, Kunst 13.

40 *Duyvendak* zit nach *Roussel*, Justice et théâtre un lien rhétorique, [http://www.liberation.fr/theatre/2013/10/07/justice-et-theatre-un-lien-rhetorique\\_937647](http://www.liberation.fr/theatre/2013/10/07/justice-et-theatre-un-lien-rhetorique_937647) (15.1.2017).

41 Interview *Duyvendak*.

### 3. Abschluss

Während eine allgemeine Annahme zu herrschen scheint, dass strafrechtliche Prozesse prinzipiell davon ausgehen müssten, es gebe die eine wirklich wahre Wahrheit, die es durch die Praktiken der Justiz aufzuspüren gilt, macht *PCH* anhand der Tötung von Polonius durch seinen Schwiegersohn Hamlet nachvollziehbar, wie zu ein und demselben Tathergang unterschiedliche Wahrheitsversionen formuliert und gegeneinander in Stellung gebracht werden. War es Mord, war es Totschlag, oder doch ein Unfall? Am Ende des Prozesses setzt sich mit der Urteilsverkündung jene Wahrheitsversion durch, die sich glaubhafter darstellen konnte. Die Überführung des Strafprozessrechts in eine ästhetische Erfahrung lenkt den Fokus darauf, wie kontradiktorisch ausgerichtete Wirklichkeitsversionen und Wahrheitsansprüche durch die gerichtlichen und privat Beteiligten mit einander konfrontiert werden und zu einer Entscheidung führen, die immer so aber auch anders aussehen kann. Die Rahmung des Gerichtsverfahrens als theatrale Aufführung lässt uns mitverfolgen und miterleben, *wie* eine demokratische Gesellschaft über ihre Mitglieder Recht spricht. Dabei führt der konsequente Zusammenschluss der Ordnungen Justiz und Theater im Zuge der „Performance als hybride Institutionalisierung“ dazu, dass man für die gesamte Dauer der Aufführung nicht weiß, an was genau man eigentlich teilnimmt, da die theatral-ästhetischen und juristisch-ethischen Zeichen zusammenfallen. Obwohl man sich mit der Erwartung einer ästhetischen Erfahrung an Ort und Stelle eingefunden hat, ist man im Sinne der *inneren Überzeugung* angehalten, eine ethische Haltung einzunehmen und mit dieser eine Entscheidung zu treffen, die man vielleicht sogar vor anderen aussprechen und verteidigen muss. So schafft es die „Performance als hybride Institutionalisierung“ ein permanentes Oszillieren von Realität und Fiktion, Präsentation und Repräsentation, Inszenierung und Authentizität sowie Ästhetik und Ethik zu erzeugen. Dadurch reflektiert das Projekt das Gericht als einen Ort der Versammlung und dem damit einhergehenden demokratischen Selbstverständnis.



# Mindestsicherung neu. Erste Gedankenskizzen

Martin Hiesel

---

## 1. Einleitung

Mit Ablauf des 31. Dezember 2016 hat die im Dezember 2010 in Kraft getretene *Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gem Art 15a B-VG über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung*<sup>1</sup> ihre Geltung verloren.<sup>2</sup> Monatelange intensive politische Bemühungen zum Abschluss einer neuen Vereinbarung sind auf Grund der zu stark voneinander abweichenden Vorstellungen der bisherigen Vertragsparteien gescheitert. Das mit der nunmehr außer Kraft getretenen Vereinbarung verfolgte Ziel, im Wege einer Art 15a B-VG Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern im Bereich der Bedarfsorientierten Mindestsicherung österreichweit einheitliche Mindeststandards zu garantieren,<sup>3</sup> scheint sohin für voraussichtlich lange Zeit nicht (mehr) erreichbar zu sein. Dies ist rechtspolitisch jedenfalls insofern wenig wünschenswert, als das Bedürfnis nach österreichweit einheitlichen Mindeststandards in diesem sensiblen Bereich, dem schon angesichts der aktuellen Flüchtlingskrise in den nächsten Jahren zweifellos eine noch stärkere Bedeutung zukommen wird, gerade zu der in Rede stehenden Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern geführt hat.

Vor diesem Hintergrund sollen mit dem vorliegenden Beitrag zwei Fragestellungen erörtert werden. Erstens, welche rechtlichen Möglichkeiten zur Durchsetzung einheitlicher Mindeststandards im Bereich der Mindestsicherung auf dem Boden der geltenden Verfassungsrechtslage existieren und zweitens, inwieweit dem geltenden Verfassungsrecht in exemplarisch ausgewählten sensiblen Regelungsbereichen Einschränkungen des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums der Landesgesetzgeber in Bezug auf im politischen Diskurs ins Gespräch gebrachte bzw teilweise schon beschlossene und in Kraft getretene Regelungen entnommen werden können.

---

1 BGBl I 2010/96. Diese Vereinbarung ist am 1.12.2010 in Kraft getreten und war von den Ländern durch Erlassung entsprechender Mindestsicherungsgesetze umzusetzen.

2 Dies ergibt sich aus deren Art 22 Abs 3 erster Satz, der auf das Ende der letzten Finanzausgleichsperiode abstellt, die zufolge § 25 Abs 1 FAG 2008 idF BGBl I 2015/17 eben auch mit Ablauf des 31.12.2016 geendet hat.

3 S dazu Art 10ff der in Rede stehenden Vereinbarung.

## 2. Rechtliche Möglichkeiten zur Durchsetzung einheitlicher Mindeststandards im Bereich der Mindestsicherung

Auf den ersten Blick mag man es als bedauerlich ansehen, dass es wohl auf absehbare Zeit keine neue Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gem Art 15a B-VG über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung geben wird. Allerdings stellt sich die Frage, ob eine solche Vereinbarung überhaupt ein taugliches Mittel war bzw ist, um bundesweit einheitliche Mindeststandards im Bereich der Bedarfsorientierten Mindestsicherung nachhaltig zu sichern. Dazu ist Folgendes zu bedenken:

Vereinbarungen gem Art 15a B-VG sind – wie der VfGH in st Rsp<sup>4</sup> bekräftigt – *nicht unmittelbar anwendbar*. Wie der VfGH nämlich in st Rsp<sup>5</sup> dargetan hat, verpflichten Vereinbarungen nach Art 15a B-VG nur die Vertragsparteien und bedürfen – um die durch sie intendierten Rechtswirkungen über die Bindung der Vertragspartner hinaus zu aktualisieren – der *Transformation*, also der *Erlassung entsprechender landesgesetzlicher Regelungen*.

Darüber hinaus stellen Vereinbarungen gem Art 15a B-VG auch *keine höherrangige Norm dar, an der etwa landesrechtliche Vorschriften gemessen werden können*.<sup>6</sup> Selbst wenn die Vorgangsweise eines Vertragspartners eine Verletzung der Vereinbarung gem Art 15a B-VG bedeuten würde, führte dies daher nicht zur Verfassungswidrigkeit der diese Verletzung bewirkenden gesetzlichen Regelung, weil der Verfassungsgesetzgeber für einen solchen Fall in Art 138a B-VG ein abschließendes Fehlerkalkül, welches sich in der Feststellung dieser Rechtsverletzung erschöpft, normiert hat.<sup>7</sup> Folglich ist es dem VfGH in den gem Art 139 und 140 B-VG initiierten Verfahren auch verwehrt, eine Verletzung einer Art 15a B-VG Vereinbarung aufzugreifen.<sup>8</sup>

Diese Verfassungsrechtslage hat natürlich unweigerlich zur Folge, dass sich die praktische Bedeutung jeglicher Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gem Art 15a B-VG *stark relativiert*. Da derartige Vereinbarungen nur die Vertragsparteien verpflichtet, aber keine subjektiven Rechte der hilfebedürftigen Menschen zu schaffen vermögen, ist es den Rechtsunterworfenen praktisch kaum möglich, sich in den Verfahren vor den Landesbehörden auf sie zu berufen.<sup>9</sup> Dass diese Rechtslage, der zufolge die Landtage *praktisch zeitlich unbegrenzt und gänzlich sanktionslos gegen eine für das Land*

---

4 S zB VfSlg 19.806/2013 mwN.

5 S etwa VfSlg 19.964/2015 mwN.

6 So etwa VfSlg 19.964/2015.

7 So ausdrücklich zB VfSlg 19.434/2011.

8 So ausdrücklich etwa VfSlg 19.747/2013.

9 Als aktuelles praktisches Bsp kann in diesem Zusammenhang etwa angeführt werden, dass gem Art 4 Abs 3 Z 2 der Vereinbarung über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung für Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte Rechtsansprüche auf Leistungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung vorzusehen waren. Derartige Rechtsansprüche wurden subsidiär Schutzberechtigten in den Mindestsicherungsgesetzen mehrerer Bundesländer aber nicht eingeräumt.

als Vertragspartei verbindliche Vereinbarung verstoßen können,<sup>10</sup> für hilfebedürftige Menschen gänzlich unverständlich ist, liegt auf der Hand.

Schon im Geltungszeitraum der nunmehr außer Kraft getretenen Vereinbarung hat sich gezeigt, dass einzelne Länder wenig Skrupel hatten, ihren Verpflichtungen als Vertragspartner nicht nachzukommen. So hat etwa sogar der VfGH in Bezug auf den in der Stmk für mehrere Jahre wieder eingeführten sog „Pflegerregress“ ausdrücklich festgehalten, dass die Regelungen des Stmk MSG über die Ersatzpflicht von Kindern und von Eltern teilen – wie auch die Steiermärkische Landesregierung in ihrer Äußerung gegenüber dem Höchstgericht ausdrücklich eingeräumt hat – gegen Art 15 Abs 3 Z 1 und 2 der Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gem Art 15a B-VG über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung verstoßen.<sup>11</sup>

Die Volksanwaltschaft (VA) hat etwa in Bezug auf das Bundesland Sbg<sup>12</sup> festgestellt, dass gegen das in der Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung enthaltene Verschlechterungsverbot verstoßen wurde, indem in einzelnen Fällen auf Grund der durch das Sbg MSG neu geschaffenen Rechtslage die Jahresleistung um mehr als 20 % (!) abgesenkt wurde. Und wie bereits vorstehend erwähnt, haben gleich mehrere Bundesländer subsidiär Schutzberechtigten gar keine Rechtsansprüche auf die Gewährung von Leistungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung eingeräumt, obwohl sie dazu gem Art 4 Abs 3 Z 2 der Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung verpflichtet gewesen wären.

Es ist nun gewiss nicht zu bestreiten, dass der Verweis auf im Rahmen einer Vereinbarung gem Art 15a B VG übernommen Pflichten ein starkes *politisches Argument* dafür sein kann, vom jeweiligen LT eine vereinbarungskonforme landesgesetzliche Regelung zu fordern. Während aber schwerwiegenden Verstöße der Länder wie dargestellt gänzlich sanktionslos bleiben, stellt sich die Lage für hilfebedürftige Menschen gänzlich anders dar. Diese müssen sich nämlich für jede noch so kleine Meldepflichtverletzung (potentiell auch verwaltungsstrafrechtlich!) verantworten, während ein Land sich über die von ihm (freiwillig!) übernommenen Verpflichtungen jahrelang völlig sanktionslos hinwegsetzen kann. Solcherart entsteht bei den betroffenen Menschen verständlicher Weise ein sehr verzerrtes Bild des Rechtsstaates, das der so wichtigen Rechtsakzeptanz durch die Bevölkerung nicht dienlich sein kann.

Vor diesem Hintergrund lässt sich vielleicht doch sagen, dass es in gewisser Weise der ehrlichere Weg ist, wenn einzelne Länder offen sagen, dass sie nicht mehr bereit sind,

---

10 Lediglich auf Antrag der BReg nach Art 138a B-VG hätte der VfGH festzustellen, ob von einem Land die aus einer Art 15a B-VG folgenden Verpflichtungen (soweit es sich nicht um vermögensrechtliche Ansprüche handelt) erfüllt sind. Aber selbst eine solche Feststellung des VfGH hätte keine Auswirkung auf die landesgesetzliche Norm, die die Bund-Länder-Vereinbarung verletzt.

11 VfSlg 19.747/2013.

12 Bericht der VA an den Sbg LT für die Jahre 2011 und 2012 (2013) 65, [www.volksanwaltschaft.gv.at/downloads/bjee9/Salzburg%20Bericht%202011\\_2012.pdf](http://www.volksanwaltschaft.gv.at/downloads/bjee9/Salzburg%20Bericht%202011_2012.pdf) (7.3.2017).

einer neuen Vereinbarung über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung beizutreten. *Ist es nicht besser, wenn gleich gesagt wird, dass man bestimmte Vorgaben nicht umzusetzen beabsichtigt als eine Vereinbarung zu unterzeichnen, deren Einhaltung in wesentlichen Teilbereichen ohnedies nicht angedacht ist?*

Nicht ganz ehrlich bzw zumindest irreführend ist es hingegen, wenn von Mitgliedern der BReg nach dem Scheitern der Verhandlungen betreffend eine neue Vereinbarung nach Art 15a B-VG die Verantwortung für die künftige gesetzgeberische Ausgestaltung des Mindestsicherungsrechts zur Gänze als in den Verantwortungsbereich der Länder fallend angesehen wird.

Denn der Bundesgesetzgeber hat ja jederzeit die Möglichkeit, von seiner Grundsatzgesetzgebungskompetenz in Bezug auf das „Armenwesen“ Gebrauch zu machen.<sup>13</sup> Da die Landesgesetzgeber kraft Art 12 B-VG ihre gesetzlichen Regelungen nur im Einklang mit den einschlägigen grundsatzgesetzlichen Vorgaben treffen dürfen, könnten den Landesgesetzgebern solcherart mittels einfachgesetzlichem Bundesgrundsatzgesetz bundesverfassungsrechtlich verbindliche Vorgaben betreffend österreichweit einheitlicher Mindeststandards im Bereich des Mindestsicherungsrechts vorgegeben werden. Positiv hervorzuheben ist, dass diesfalls einzelne LT nicht die Möglichkeit hätten, ihnen unangenehme bundesgrundsatzgesetzliche Vorgaben zu verhindern, weil den Ländern an der Erlassung von Grundsatzgesetzen kein Mitwirkungsrecht zukommt. Meines Erachtens wäre die Erlassung eines auf den Kompetenztatbestand „Armenwesen“ gestützten Grundsatzgesetzes *ein gangbarer und nunmehr zwingend zu gehender Weg, mit dem der Bundesgesetzgeber seine Verantwortung in diesem sensiblen Bereich wahrnehmen könnte und müsste*. Dass er gerade in einer Zeit, in der er dringend beschritten werden sollte, nicht gegangen wird, hat ausschließlich die Bundespolitik zu verantworten.

### 3. Verfassungsrechtliche Vorgaben im Bereich der Bedarfsorientierten Mindestsicherung

Der VfGH geht auch in seiner neuesten Rsp weiterhin davon aus, dass es im Wesen des Bundesstaates liegt, ähnliche Staatsaufgaben im Rahmen der den Ländern verfassungsrechtlich zugemessenen Kompetenzen verschieden zu regeln.<sup>14</sup> Sohin *schließt das bundesstaatliche Prinzip die Anwendung des Gleichheitssatzes auf das Verhältnis der Regelungen verschiedener Gesetzgeber zueinander aus*.<sup>15</sup> Allerdings setzt der Gleichheits-

---

13 Nach Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG ist die Gesetzgebung in Bezug auf das „Armenwesen“ über die Grundsätze Bundessache, während die Erlassung von Ausführungsgesetzen und die Vollziehung in den Zuständigkeitsbereich der Länder fällt. Da der Bund von dieser Grundsatzgesetzgebungskompetenz bislang indes nie Gebrauch gemacht hat, ist diese Verfassungsbestimmung bisher zwar ohne praktische Bedeutung geblieben, was aber selbstredend nicht bedeutet, dass der Bundesgesetzgeber nicht jederzeit davon Gebrauch machen könnte.

14 VfSlg 19.964/2015.

15 Praktisch bedeutet dies, dass selbst dann, wenn ein einziges Land gegenüber den acht anderen Ländern völlig unterschiedliche Regelungen trifft – wie dies etwa in der Stmk in Bezug auf den sog „Pflegerregress“ für einige Jahre der Fall war – keine Gleichheitswidrigkeit der betreffenden Regelung vorliegt, solange diese an sich als sachlich angesehen werden kann.

grundsatz nach der stRsp des VfGH<sup>16</sup> dem Gesetzgeber insofern Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen.<sup>17</sup>

### 3.1. Leistungskürzungen

Als Folge des Scheiterns des Abschlusses einer neuen Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern über eine bundesweite bedarfsorientierte Mindestsicherung und der Nichterlassung eines Bundesgrundsatzgesetzes, mit dem den Ländern in diesem Bereich verpflichtende Mindeststandards vorgeschrieben werden, ist die Wahrscheinlichkeit *von landesgesetzlich verfügbaren Leistungskürzungen deutlich gestiegen*. Hier stellt sich unweigerlich die Frage nach allfälligen verfassungsrechtlichen Grenzen, die auf dem Boden der geltenden Rechtslage aus dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes abgeleitet werden müssen. Der VfGH hat in Bezug auf die Höhe der Mindeststandards in einem richtungsweisen- den Erk betont, dass der Gesetzgeber durch das Gleichheitsgebot insofern beschränkt ist, als es ihm verwehrt ist, Regelungen zu treffen, für die eine sachliche Rechtfertigung nicht besteht.<sup>18</sup> Daran anknüpfend führt der VfGH in einem das Land Ktn betreffenden Erk wörtlich aus:

*„Ist in einem vom Gesetzgeber eingerichteten System der Sicherung zur Gewährung eines zu einem menschenwürdigen Leben erforderlichen Mindeststandards der Zweck, dem betroffenen Personenkreis das Existenzminimum zu gewähren, nicht mehr gewährleistet, dann verfehlt ein solches Sicherungssystem offensichtlich inso- weit seine Aufgabenstellung. Ein solcher Fall liegt vor, wenn – wie hier – eine plötz- liche Kürzung der Mindestsicherung um 20vH vorgenommen wird.“<sup>19</sup>*

Mit diesen Ausführungen hat der VfGH klargestellt, dass Kürzungen der Leistungen der bedarfsorientierten Mindestsicherung einer *sachlichen Rechtfertigung bedürfen, die aber bei unmittelbar wirksam werdenden und einschneidenden Kürzungen im Lichte der mit der Mindestsicherung bezweckten Existenzsicherung im konkreten Fall nicht gegeben war und auch wohl kaum gegeben sein kann.*<sup>20</sup>

Dass mit derartigen landesgesetzlichen Regelungen gerechnet werden muss, zeigt exem- plarisch das Land NÖ, wo das NÖ MSG durch das LBG 2016/24 dergestalt geändert wurde, dass subsidiär Schutzberechtigte gem § 8 AsylG 2005 nunmehr keinen Anspruch

16 Dazu näher Mayer/Muzak, B-VG<sup>5</sup> (2015) Art 2 StGG; Hiesel, Der Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des VfGH, JAP 2014/2015, 158; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) Rz 760ff.

17 So aus jüngster Zeit etwa VfSlg 19.434/2011, 19.508/2011, 19.515/2011, 19.663/2012, 19.666/2012, 19.696/2012, 19.767/2013, 19.808/2013, 19.875/2014, 19.904/2014, 19.999/2015, 20.002/2015 uva.

18 VfSlg 19.698/2012.

19 VfSlg 19.698/2012.

20 Diese Ausführungen des VfGH sind daher bei allfälligen Überlegungen betreffend gesetzlicher Leistungskürzungen im Bereich der Mindestsicherung jedenfalls beachtlich, da sie plötzliche und massive Reduktionen des Leistungs- niveaus als verfassungswidrig erscheinen lassen.

auf Leistungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung mehr geltend machen können.<sup>21</sup> Das bedeutet, dass diese Personen, die nunmehr ausschließlich Leistungen im Rahmen der Grundversorgung erhalten können, ihren Lebensunterhalt mit einer gegenüber der bisherigen Rechtslage, in der sie noch Anspruch auf Leistungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung hatten, gekürzten finanziellen Zuwendung um mehr als € 500 bzw 60 % (!) – im Jahr 2016 im Regelfall € 320 statt € 837,76 – bestreiten müssen. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Maßnahme wurde weder im Sozialausschuss des LT behauptet noch ist eine solche anhand anderer Erkenntnisquellen ersichtlich.

### 3.2. Deckelungen

Die politisch vieldiskutierte Frage, inwieweit die Deckelung von Leistungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung unter bestimmten Voraussetzungen sachadäquat ist, war ua auch entscheidend dafür verantwortlich, dass keine Einigung über eine neue Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gem Art 15a B-VG über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung erzielt werden konnte. Va von Vertreter\_innen des Landes NÖ wurde in den letztlich gescheiterten Verhandlungen in Bezug auf kinderreiche Familien immer wieder mit Nachdruck eine Deckelung gefordert.

In dieser Diskussion gänzlich unerwähnt blieb bezeichnender Weise allerdings der Umstand, dass es nach Auffassung des VfGH „*sachlich nicht zu rechtfertigen ist, die richtsatzmäßigen Geldleistungen für eine Haushaltsgemeinschaft ab dem dritten Haushalt-angehörigen abrupt zu kürzen.*“<sup>22</sup> Daraus ist mE zwingend zu folgern, dass *eine an die Zahl der Haushaltsangehörigen anknüpfende fixe „Deckelung“ von Geldleistungen im Lichte des Gleichheitssatzes verfassungswidrig ist.* Auch wenn diese Rsp noch zu einem Sozialhilfegesetz ergangen ist, gibt es überhaupt keinen vernünftigen Grund dafür, die vom VfGH darin angestellten Überlegungen für die geltende Rechtslage als nicht (mehr) maßgeblich zu qualifizieren. Der Gesetzgeber ist im Rahmen des Sachlichkeitsgebotes sohin wohl frei, Geld- durch adäquate Sachleistungen zu ersetzen und für kinderreiche Familien auch pauschalierende Regelungen zu treffen. Eine starre Deckelung, wie sie etwa der NÖ LT jüngst im Rahmen seiner Sitzung vom 17.11.2016 in Gestalt des § 11b NÖ MSG mit Wirkung ab 1.1.2017 getroffen hat,<sup>23</sup> erweist sich im Lichte dieser Rsp indes als klar verfassungswidrig.

### 3.3. Wartefristen

Ebenfalls ins Spiel gebracht wurde vom Land Wien<sup>24</sup> die Möglichkeit der Schaffung gesetzlicher Regelungen, die darauf hinauslaufen, dass Menschen Leistungen der Bedarfs-

---

21 Siehe § 5 Abs 3 Z 4 NÖ Mindestsicherungsgesetz idF LGBl 2016/24.

22 VfSlg 11.662/1988.

23 LGBl 2016/103.

24 Siehe zB *kurier.at*, Mindestsicherung: Vorrang für Wiener, <https://kurier.at/chronik/wien/mindestsicherung-vorrang-fuer-wiener/226.623.485> (12.1.2017).

orientierten Mindestsicherung erst dann erhalten können, wenn sie *ihren Wohnsitz für einen gewissen Zeitraum in dem Bundesland gehabt haben, in dem sie den Antrag auf Leistungsgewährung stellen.*

Dazu ist festzuhalten, dass gem Art 6 Abs 1 StGG *jede\_r Staatsbürger\_in an jedem Ort des Staatsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz nehmen kann. Dieses verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht steht unter keinem Gesetzesvorbehalt und verbietet* im Lichte der aktuellen Grundrechtsjudikatur des VfGH zu vorbehaltlos verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten *sohin kategorisch jeden intentionalen Grundrechtseingriff.*<sup>25</sup> Eine wie auch immer im Detail ausgestaltete Wartefrist würde nun aber augenscheinlich gerade ausschließlich die Intention verfolgen, sozial bedürftige Menschen, die zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes auf die Gewährung von Leistungen der bedarfsorientierten Mindestsicherung existenziell angewiesen sind, daran zu hindern, ihren Aufenthalt und Wohnsitz in ein anderes Bundesland zu verlagern. *Damit wird der absolut geschützte Kern dieses Grundrechts verletzt*, der jedem\_jeder Staatsbürger\_in die Möglichkeit sichert, sich ein Bundesland seiner\_ihrer Wahl als Aufenthalts- und Wohnsitzort auszuwählen, während die Bundesländer auf dem Boden der geltenden Verfassungslage gerade kein Recht haben, sich ihre künftigen Landesbürger\_innen gleichsam nach Vermögensgesichtspunkten partiell selbst auszusuchen.

#### 4. Abschließende Bemerkungen

Es erscheint unbestreitbar, dass den landesgesetzlichen Regelungen über die bedarfsorientierte Mindestsicherung, die in zigtausenden Fällen unerlässlich sind, um hilfebedürftigen Menschen ein in finanzieller Hinsicht gerade noch menschenwürdiges Leben zu ermöglichen, in den kommenden Jahren eine noch stärkere Bedeutung zukommen wird. Dies schon im Hinblick darauf, dass die Zahl der Leistungen der bedarfsorientierten Mindestsicherung beziehenden Menschen in den letzten Jahren *stark gestiegen ist*<sup>26</sup> und auch in den nächsten Jahren schon alleine wegen der weithin noch unbewältigten sog „Flüchtlingskrise“ voraussichtlich noch weiter stark ansteigen wird. Es ist zu hoffen, dass die Gesetzgeber sich ihrer hohen sozialpolitischen Verantwortung bewusst sind bzw werden und die erforderlichen, bei einer Betrachtung der einschlägigen Gesamtbudgets durchaus aufzubringenden finanziellen Mittel dafür bereitstellen, damit allen Hilfsbedürftigen soweit wie irgendwie machbar die Möglichkeit zu einem menschenwürdigen Leben gegeben wird.

MR Dr. Martin Hiesel ist in der Volksanwaltschaft tätig; martin.hiesel@volksanwaltschaft.gv.at

<sup>25</sup> Dazu näher *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 719.

<sup>26</sup> Den Angaben der Statistik Austria zufolge bezogen im Jahr 2011 193.276 Menschen Leistungen der bedarfsorientierten Mindestsicherung. Diese Zahl stieg im Jahr 2012 auf 221.341 Menschen, im Jahr 2013 auf 238.392 Menschen, im Jahr 2014 auf 256.405 Menschen und im Jahr 2015 auf 284.374 Menschen – ein Anstieg von fast 50 % in nur fünf Jahren.

# Thema: Pop und Recht

## Vorwort

Angelika Adensamer / Flora Alvarado-Dupuy / Valerie Purth /  
Maria Sagmeister

---

Fernsehserien über Polizeiarbeit sind regelmäßig im Hauptabendprogramm zu sehen, am Nachmittag erfreuen sich Sendungen über gestellte Gerichtsverfahren großer Beliebtheit, Verbrechen und Strafe werden in Musikgenres von Blues bis Hip Hop thematisiert, Ausnahmezustand und Folter sind Blockbustermaterial und brillante Anwält\_innen zählen schon lange zu den Protagonist\_innen erfolgreicher (Web-)Serien. Von TV-Serien wie „Tatort“, „Ally McBeal“ und „The Good Wife“ über Hip Hop-Klassiker wie „Fuck the police“ bis hin zu großen Hollywood-Produktionen à la „Erin Brockovich“: Populärkultur ist für viele Menschen eine wichtige Quelle für Wissen über Recht.

Wie wird aber mit Recht in der Populärkultur umgegangen, und (wie) wirken sich vice versa auch Inhalte und Formen populärer Kultur auf die Rechtswissenschaften aus? Diesen Fragen will der vorliegende Schwerpunkt nachgehen. Wir haben uns für ein breites Verständnis von Popkultur entschieden und verstehen darunter Produkte und Praktiken aus allen kulturellen Sparten mit einer Verbreitung, die über das rein Subkulturelle hinausgeht.

Zu Beginn unseres Schwerpunktes steht ein popkultureller Beitrag: *Hyperkultur* ist ein Song des Wiener Rapduos *EsRAP* in Kooperation mit der Sängerin *Betül Shayma Küpeli*, der sich mit dem Verhältnis von Rap und Politik, Kunst und öffentlichem Raum, Repression und Widerstand auseinandersetzt. Er bildet so den Auftakt für ein Verständnis von Pop als etwas Politisches, sozial Wirkmächtiges.

Anschließend daran bietet der Beitrag von *Christian Wickert* einen Abriss der Behandlung des Themenkomplexes Verbrechen und Strafe in Liedtexten der angloamerikanischen Pop-Musik, insbesondere des Bluegrass. Seine Analyse zieht sich von Mörderballaden wie „Jesse James“, über *Johnny Cashs* „Folsom Prison Blues“ bis hin zu „I don't like Mondays“ von den *Boomtown Rats* und zeigt, wie durch Kriminalisierung gesellschaftlich Marginalisierte in Liedtexten eine Stimme bekommen.

*Maximilian Pichl* zeigt in seinem Artikel, dass eine Auseinandersetzung mit Comicverfilmungen wie der Batman-Trilogie *The Dark Knight* für rechtstheoretische Debatten äußerst lohnend sein kann: Er analysiert die Superschurken der Trilogie als politische



Figuren, die den Rechtsstaat herausfordern und zeigt, wie dieser in Krisensituationen auf ausnahmerechtliche Figuren wie Batman zurückgreift. Während die Trilogie jedoch die Wiederherstellung der (liberalen) Ordnung legitimiert, plädiert *Pichl* dafür, mithilfe einer emanzipatorischen Rechtskritik über die Abschaffung der politischen Gewalt des Staates an sich nachzudenken.

*Gloria Halder* widmet sich der Darstellung von Folter in Film und Fernsehen. Ihr Fokus liegt dabei darauf, ob und inwiefern sich die Repräsentation auf die Frage der (Un-)Legitimierbarkeit von Folter auswirkt – insb mit Blick auf deren Einsatz im „Kampf gegen den Terror“. *Halder* bespricht anhand verschiedener rechtsphilosophischer Ansätze die israelische Fernsehserie „Hatufim“ und den US-amerikanischen Thriller „Zero Dark Thirty“. Die *Lesser Evil Doktrin* von *Michael Ignatieff* und die *Dirty Hands Theorie* nach *Michael Walzer* werden dabei ebenso herangezogen wie das *Ticking Bomb Szenario*.

Auch medizinrechtliche Fragestellungen an der Schnittstelle von Ethik und Recht finden Repräsentation in der Popkultur. Entlang einer Analyse von drei markanten Szenen der US-amerikanischen Kultserie „Breaking Bad“ zeigt *Katharina Leitner* auf, wie die Serie die Selbstbestimmung von Patient\_innen im Kontext des Ärzt\_innen-Patient\_innenverhältnisses und der Einwilligung in medizinische Behandlungen thematisiert und stellt die Ergebnisse der österreichischen Rechtslage gegenüber.

*Caroline Voithofers* Beitrag ist sowohl inhaltlich als auch in seiner Form ein Versuch über Pop in den Rechtswissenschaften. Ihre Reflektion über die Verwendung von popkulturellen Themen und Bildern in der Lehre ist in einem Stil verfasst, der einem literarischen näher als einem wissenschaftlichen Standard ist. Indem er sowohl die Rolle von Pop in der Lehre thematisiert, als auch die Frage aufwirft, inwiefern wir als Rechtswissenschaftler\_innen nicht nur über Pop schreiben, sondern ihn auch selbst produzieren können, rundet dieser Beitrag den Schwerpunkt ab.

Mag.a Angelika Adensamer, MSc Criminology and Criminal Justice ist Lektorin an der TU Wien und Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; a.adensamer@gmail.com

Mag.a Flora Alvarado-Dupuy ist Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum* und absolviert derzeit ihre Gerichtspraxis am Arbeits- und Sozialgericht Wien; flora.alvarado-dupuy@reflex.at

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

Mag.a Valerie Purth, BA ist Juristin in Wien. Sie ist Vorstandsmitglied des Vereins österreichischer Juristinnen ([www.juristinnen.at](http://www.juristinnen.at)) und Redaktionsmitglied des *juridikum*; valerie.purth@hotmail.com

MMag.a Maria Sagmeister ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien und Mitherausgeberin des *juridikum*; maria.sagmeister@univie.ac.at

# Hyperkultur

Ein Song von  
EsRAP / Betül Shayma Küpeli

---

Ich bin offen und Rapper, du bist hoffnungslos (stepup)  
Weil du dich nur festhältst, an unseren gesprochenen Wörtern  
Unter freiem Himmel eingegrenzt (hast), an eine einzige Sprache  
Stören hin, stören her, doch wir nehmen nur Rache

Ich erstick in der frischen Luft, in der Öffentlichkeit  
Weil das Öffentliche uns (in der) Freiheit verpeilt  
Hip Hop kommt nicht umsonst oğlum von der Straße  
Von der Straße, für die Straße

Wem gehört die Stadt? Mann wenn nicht uns  
Ausnahmezustand, check Störmodus  
Wir sind krank, wenn das System gesund ist  
Wenn eure Plangestalt dahin gehundzt ist

Kampf der Kulturen, Kampf auf den Straßen  
Nicht im Netz, Twitter, schieß auf eure Massen  
Meine Text haben Inhalt und nicht nur Flow  
Hyper hyper hyper Hyperkultur

# Auditive Kriminologie

## Verbrechensdarstellung in Liedtexten aus der angloamerikanischen Musiktradition

Christian Wickert

---

### 1. Einleitung

„Music just matters“ (Frith 2003: 100) schreibt der Soziologe Simon Frith und mahnt, dass Musik zu Unrecht in den meisten soziologischen Arbeiten keine (ausreichende) Beachtung findet. Dabei nehme Musik für Selbstbild und -identifikation eine gewichtigere Rolle ein, als beispielsweise Lese- oder Fernsehgewohnheiten (siehe hierzu ausführlich: DeNora 2000). Entsprechend lasse sich aus Musiknutzung und -präferenzen ein Abbild „des Sozialen“ („map of social life“) ableiten (vgl. Frith 2003: 100ff). Diese Feststellung lässt sich ebenfalls auf die kriminologische Forschungslandschaft übertragen, die die Themenfelder Klang und Musik vernachlässigt<sup>1</sup>. Nicht nur in den bekanntesten und einflussreichsten Fachjournals der Disziplin sucht man eine thematische Beschäftigung mit diesen Themenkomplexen meist vergeblich, sondern auch Sammelwerke, die sich ausdrücklich einer Medienkriminologie widmen, blenden diese aus (vgl. zB Bailey & Hale 1998; Greer 2010; Jewkes 2011; Ogletree Jr. & Sarat 2015). Die wenigen existierenden Arbeiten zum Thema beziehen sich zumeist auf spezifische kriminologische Phänomenbereiche wie Musik als Kriminalprävention und Strafe (Hirsch 2012), Musik im Zusammenhang mit Gewalt (Johnson & Cloonan 2008) oder im Kontext von Gewaltkonflikten und Konflikttransformation (Urbain 2015). Andere Arbeiten beschränken sich auf einzelne Musikgenres (Tunnell 1992; Kubrin 2005; Butler 2009; Steinmetz & Henderson 2012). Allgemeine Übersichtsarbeiten sind eine Ausnahme (Capers 2010; Deflem 2013).

Diese weitgehende Missachtung von Musik in der zeitgenössischen kriminologischen Forschung verwundert auch in Anbetracht eines „Cultural Turn“, der in der Kriminologie seit Mitte der 1990er Jahre in Form der zunehmend populären „Cultural Criminology“ Einzug gehalten hat (vgl. Ferrell & Sanders 1995; Presdee 2001; Ferrell, Hayward, Morrison & Presdee 2004; Ferrell, Hayward & Young 2008)<sup>2</sup>. Der Cultural Criminology liegt ein heterogenes und fluides Kulturverständnis zugrunde, das an die Arbei-

---

1 Dieser Beitrag beschränkt sich auf Beispiele der Darstellung von Devianz und Kriminalität in Liedtexten. Für eine umfassende Darstellung des weiten Feldes der auditiven Kriminologie siehe: C. Wickert (im Erscheinen). Kriminologie und Musik – Haft und Gefängnis in der englischsprachigen Populärmusik (1954-2013). Weinheim, Basel: Beltz Juventa.

2 Zur theoretischen Verortung siehe ausführlich: Hayward & Young 2004 und Hayward 2015.

ten am Birmingham *Centre for Contemporary Cultural Studies* anknüpft (vgl zB: Hall & Jefferson 1976; Hebdige 1988). Diese Sichtweise trägt den vielfältigen Verschränkungen zwischen subkulturellen Bewegungen und der hegemonialen Kultur Rechnung und legt einen Fokus auf die wechselseitigen Beeinflussungen, “in which cultural forces interweave with the practices of crime and crime control in contemporary society“ (Ferrell, Hayward & Young, 2008: 2).

Vor eben jenem Hintergrund illustrieren die nachfolgenden Ausführungen die Bezüge zwischen Musik und Kriminologie exemplarisch an der Darstellung von Devianz und Verbrechen bzw der gesellschaftlichen Reaktionen auf diese Normübertretungen in Liedtexten und erkunden damit das weite Feld einer auditiven Kriminologie oder „aural criminology“ (Hayward 2012: 458).

In Anbetracht zahlloser Musikkulturen und -genres muss eine Darstellung skizzenhaft bleiben und sich beschränken. Russische Gauner-Chansons (*blatnyje pesni*) und italienische „Mafiamusik“ finden hierbei ebenso wenig Beachtung wie die mexikanischen *Narcocorridos*, rumänische *Manele*-Musik und viele weitere Spielarten der Musik. Stattdessen beschränken sich die Ausführungen exemplarisch auf die Musikgenres früher (Mörder-)Balladen, Bluegrass, Country, Rock und Pop aus der angloamerikanischen Musiktradition.

## 2. Verbrechensdarstellungen in Liedtexten

Die ältesten überlieferten Beispiele einer Verbrechensdarstellung in Liedtexten stellen sog Moritate oder Mörder-Balladen dar, die in England auch als *Broadside*-, *Murder*- und *Street Ballads* und im Französischen als *Canards* bekannt sind. Die ältesten heute bekannten *Broadside-Ballads* stammen aus dem 16. Jahrhundert. Die Lieder, die von Bänkelsängern – manchmal mit instrumentaler Begleitung – auf öffentlichen Plätzen aufgeführt wurden, berichten ua von Gewaltverbrechen und Hinrichtungen. Die Liedtexte nehmen Anleihen an wahren Begebenheiten und haben neben ihrem Unterhaltungswert damit auch die Funktion einer Nachrichtenübermittlung. Die Erzählungen enden üblicherweise mit der Bestrafung, dh, in der Regel der Hinrichtung des Verbrechers. Somit weisen die Mörder-Balladen einen klar normenverdeutlichenden Charakter auf und fungieren durch ihre allegorische Funktion als „moral fable“ und „symbolic law“ (O’Brien 2000: 19) für die zumeist nicht lesekundigen Zuhörer\_innen<sup>3</sup>. Aber auch eine sozialkritische Lesart der Texte ist bei den Balladen denkbar, in denen die geschilderten Normbrüche und die hierauf folgenden gesellschaftlichen Reaktionen auf die sozialen Lagen der Akteur\_innen zurückgeführt werden (vgl O’Brien, 2000: 20).

---

3 Dieses Argument knüpft an Durkheim (1999) an, der darauf hinweist, dass Verbrechen ein für eine Gesellschaft notwendiger und nützlicher sozialer Tatbestand (*fait social*) sei. Die entdeckte und sanktionierte Normabweichung habe sowohl eine normverdeutlichende Funktion und sei darüber hinaus auch als Antizipation zukünftiger moralischer Entwicklung zu verstehen.

Mit der zunehmenden Alphabetisierung und der Entwicklung des Zeitungswesens im 19. Jahrhundert endete die Tradition der Moritate und *Broadside-Ballads* in Europa. Englische, schottische und irische Auswanderer\_innen überlieferten viele der europäischen Mörderballaden in die USA, wo diese Liedtradition fortgeführt und weiterentwickelt wurde. Liedtextsammlungen<sup>4</sup> zeugen von zahlreichen US-amerikanischen Folk-Liedern, in denen von Mördern, Dieben und Revolverhelden (wie zB „Wild Bill Hickok“, „Billy the Kid“, „Jesse James“) oder von grausamen Verbrechen (wie etwa „Rose Connelly“ oder „Omie Wise“) berichtet wird. Durch Namensnennungen, bestimmte Motive in den Erzählungen oder durch die Übernahme von Melodien ist der europäische Ursprung einiger Lieder noch zu erkennen (Lomax, 1960: 261), wobei sich die genaue Urhebererschaft in der Regel nicht mehr ermitteln lässt. Die Lieder wurden zT dutzendfach interpretiert, wobei die darin vorkommenden Namen und Orte im Zuge der mündlichen Überlieferung an lokale Kontexte angepasst wurden.

Eine Sonderform der Mörderballaden stellen die sog *Pre-Execution Ballads* dar, die ab der ersten Hälfte der 19. Jahrhunderts bekannt waren. Diese Werke sind liedgewordene Geständnisse der verurteilten (meist männlichen) Straftäter, die diese in Haft – auf ihre Hinrichtung wartend – verfasst haben. Balladen wie „Tom Dula’s Lament“ (auch bekannt als „Tom Dooley“) erzählen aus der Perspektive des Täters von einem Mord an seiner Geliebten. Zentrales Motiv der Erzählungen ist das Schuldeingeständnis des Täters und die Warnung an die Zuhörer\_innen das Verhalten nicht nachzuahmen. Der Verurteilte erkennt seine Schuld an, zeigt sich reumütig und gottesfürchtig anstatt eine Rechtfertigung in sozialen Umständen zu suchen (Fisher-Giorlando, 1987: 157). Mit dem zunehmenden Verzicht auf die Vollstreckung von Todesstrafen werden die *Pre-Execution Ballads* von den sog *Criminal Goodnights* abgelöst. In Inhalt und Form ähneln sich beide Balladenformen. Auch bei letztgenannter Liedform ist die normenverdeutlichende Funktion und der protestantische Individualismus stilprägend (vgl Fisher-Giorlando, 1987: 170 ff).

Viele der ursprünglichen Mörderballaden sind heute in Vergessenheit geraten und allenfalls Musikhistoriker\_innen und -ethnolog\_innen bekannt. Eine Ausnahme bildet jedoch ein Liedkorpus an *Crime Ballads*, der bis heute zum Standardrepertoire im Bluegrass gehört (vgl Tunnell 1992). Das Genre des Bluegrass hat seinen Ursprung in den Appalachen, einem 2.400 km langen Gebirgszug, der sich entlang der Ostküste der USA erstreckt. Das schwer zugängliche Gebiet, das seit der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts von europäischen Aussiedler\_innen besiedelt wurde, fungiert als ein „giant cultural deep freeze, preserving these old songs and singing methods better than in other parts of the country“ (Wolfe 1982: 5). Viele der noch heute im Bluegrass bekannten Mörder-Balladen haben ihren Ursprung in britischen *Broadside-Ballads* wie zB die Lieder „Pretty Polly“, „The Berkshire Tragedy“ oder „Down in the Willow Garden“ (vgl Tunnell 1992). Das

---

4 Siehe zB Sandburg 1927; Lomax, Lomax & Kittredge 1934; Lomax, Lomax, Seeger & Thompson 1941; Botkin 1948; Botkin 1955; Lomax 1960.

aus England stammende Lied „The Oxford Girl“ ist beispielsweise in den USA unter dem Titel „The Knoxville Girl“ bekannt (vgl. Goddu 1998: 51). Den genannten Liedern ist gemein, dass ihre Erzählungen eine „ritual misogyny“ (Goddu 1998: 55) darstellen. Weibliche Sexualität außerhalb des moralisch akzeptierten ehelichen Rahmens, aber auch die selbstbestimmte sexuelle Enthaltensamkeit wird durch die männlichen Aggressoren gewaltsam neutralisiert. Liebe endet in diesen Fällen für Frauen tödlich. Die Männer büßen für ihre Taten im Gefängnis, auf dem Schafott oder in der Hölle. Bemerkenswert ist der Umstand, dass die in den Liedtexten wiederzufindenden moralischen Werturteile über die Gewalttaten in der US-amerikanischen Adaption den europäischen Liedern hinzugedichtet wurden. Sie sind als Ausdruck eines christlichen Fundamentalismus<sup>5</sup> der Bluegrass-Musiker\_innen und ihrer Hörerschaft zu deuten (vgl. Goddu, 1998: 51). Tunnell (1992) weist in seiner Analyse von Bluegrass-Liedern darauf hin, dass sie neben ihrem normverdeutlichenden Charakter auch als Indikator für wandelnde Einstellungen zu Strafen angesehen werden können. Analog zum beschriebenen Übergang der *Pre-Execution-Ballads* zu den *Criminal-Goodnights* ist der Wandel von der Todesstrafe hin zu langjährigen Freiheitsstrafen als in Liedtexten beschriebene Sanktion für Kapitalverbrechen auch im Bluegrass-Genre zu beobachten (vgl. Tunnell 1992: 178). Im Gegensatz zum Nischengenre Bluegrass ist die Country-Musik in den USA heute eine der populärsten Musikrichtungen. Auch sie geht zurück auf die Folk-Musik der europäischen Einwanderer\_innen. Anders als die Bluegrass- transportiert die moderne Country-Musik jedoch ein „idealized image of America by mass marketing more wholesome images of the South: rural nostalgia, conservative politics, and traditional values“ (Goddu 1998: 46), das keinen Platz für die morbiden Schauergeschichten der Mörderballaden bietet. Die Darstellung von Abweichung und Bestrafung waren (und sind) in der traditionellen Country-Musik ein weitverbreitetes Motiv. Die Country-Musik ist traditionellerweise in den amerikanischen Südstaaten beheimatet. Hier haben sich die Hörer\_innenschaft wie auch die Musiker\_innen eine „frontier attitude“ (Horstman 1975: 252) bewahrt, die sich auch in den Liedtexten widerspiegelt. Trunkenbolde, Ganoven, Glücksspieler und Revolverhelden bevölkern die traditionellen Country-Lieder, mit denen sich die Hörerschaft leicht identifizieren konnte. So verwundert es wenig, dass ein Lied über einen Strafgefangenen der erste große kommerzielle Erfolg des Genres wurde, der sich über eine Million Mal verkaufte. „The Prisoner’s Song“ von Vernon Dalhart aus dem Jahr 1924 schildert die Deprivationserfahrungen eines inhaftierten Ich-Erzählers. Der Erfolg des Liedes löste eine wahre Flut an Gefängnisliedern aus, die in den nachfolgenden Jahren veröffentlicht wurden<sup>5</sup>. Im Gegensatz zu den Bluegrass-Liedern finden sich in den Liedtexten der Country-Gefängnislieder zumeist weder eine Beschreibung des Tatmotivs

---

5 Einige prominente Beispiele sind „Doin’ My Time“ von Lester Flatt And Earl Scruggs And The Foggy Mountain Boys (1951), Jimmie Rodgers „In the Jailhouse Now No. 2“ (1955), Johnny Cashes „Folsom Prison Blues“ (1955) und seine im Gefängnis aufgezeichneten Alben „Johnny Cash at Folsom Prison“ (1968) und „Johnny Cash at San Quentin“ (1969), Merle Haggards „Mama Tried“ (1968) uvm.

und -hergangs noch ein moralischer Appell an die Zuhörer\_innen. An die Stelle der sensationsheischenden Darstellungen von Gewaltverbrechen tritt eine ernsthaftere und reflektiertere Beschäftigung mit dem Thema Gefängnis und den damit einhergehenden Deprivationserfahrungen für Inhaftierte, Familienmitglieder und Freund\_innen. Diese Narrative beruhen nicht selten auch auf persönlichen Inhaftierungserfahrungen der Interpret\_innen. In einem Standardwerk zur Countrymusik schreibt die Autorin Dorothy Horstman: „To this day, ‚Doin’ My Time’ is largely a poor man’s worry, and it has found its most eloquent expression in poor man’s music – black blues and country music.“ (1975: 253). In den 1990er Jahren erfuhr die Country-Musik – nach Jahren der schwindenden Popularität und sinkenden Verkaufszahlen – ein Comeback „on the basis of a clean image and family values“ (Goddu, 1998: 47). In diesem „New Country“ gibt es keinen Platz mehr für Gefängnislieder und erst recht nicht für die morbiden Schauergeschichten der Mörderballaden<sup>6</sup>.

In den 1950er Jahren begründeten Interpret\_innen wie beispielsweise Bill Haley, Elvis Presley oder Chuck Berry zunächst durch die Adaption „schwarzer“ Rhythm’n’Blues-Blues Lieder – später durch eigene Kompositionen – das Genre der Rockmusik. Die Künstler\_innen nahmen dabei offenkundig auf Musiktraditionen der weißen und schwarzen Unterschicht Bezug und brachten damit „die bis dahin sorgfältig getrennt gehaltenen Sparten von (weißem) Pop, (afroamerikanischem) Rhythm & Blues und (ländlicher) Country Music“ durcheinander (Wicke, 1993). Zugleich entstand in dieser Zeit – befördert durch technische Innovationen wie etwa Jukeboxen, Plattenspieler, die Vinyl-Single und später die Vinyl-LP sowie durch Tonbandgeräte – ein Massenmarkt für Musik, der sich den Bedürfnissen der konsumfreudigen Teenager und dem relativen Wohlstand breiter Bevölkerungsschichten in den Nachkriegsjahren anpasste.

Während die europäischen Mörderballaden, Bluegrass- und Country-Lieder noch als Kommentar auf die lokalspezifischen Lebenslagen der Musikschaffenden und ihrer Hörer\_innenschaft zu verstehen waren, erwies sich mit dem Aufkommen der Rock’n’Roll-Musik die musikalische Bearbeitung bestimmter sozialer Problemlagen der Unterschichten als gesamtgesellschaftlich nicht konsensfähig. Die neuartige Musik wurde zwar für einen Anstieg der Jugendkriminalität, Teenager-Schwangerschaften und den allgemeinen Werteverfall verantwortlich gemacht (Wicke, 2011), tatsächlich handelte es sich bei der Mehrzahl der Lieder aber um – aus heutiger Perspektive – vollkommen unschuldige Liebeslieder<sup>7</sup> (vgl. Carey 1969). Der Erfolg der frühen Rock’n’Roll-Pionier\_innen ist auch

---

6 Eine der seltenen Ausnahmen stellt das Lied „Goodbye Earl“ (1999) von The Dixie Chicks dar. Das Lied erzählt von den zwei Jugendfreundinnen Mary Anne und Wanda, die entschließen „that Earl had to die“, nachdem dieser seine Ex-Frau Wanda misshandelt hat. Die beiden Frauen vergiften Earls Essen und versenken seine Leiche im See. Die Tat bleibt unentdeckt und wird im Liedtext moralisch gerechtfertigt durch die Liedtextzeile: „And they don’t lose any sleep at night/ ’Cause Earl had to die“.

7 Tatsächlich wurden viele der ursprünglich von afroamerikanischen Künstler\_innen stammenden Lieder umgetextet. Die in den Originalversionen oft enthaltenen zweideutigen Anspielungen wurden als unpassend bzw. unverkäuflich für die vornehmlich weiße Käufer\_innenschaft angesehen.

als ein Aufbegehren der Jugend gegen die sexuelle Prüderie und den gesellschaftlichen Konformitätsdruck der 1950er Jahre zu verstehen (vgl. Wicke, 1993; Wicke, 2011). Elvis Presley, Bill Haley, die Rolling Stones und The Who lieferten den Soundtrack zu den Jugendkrawallen in britischen Seebädern und deutschen Großstädten. Die Musik spiegelt das Lebensgefühl einer Generation wider, die die festgeschriebenen gesellschaftlichen Pfade ihrer Eltern und Großeltern nicht länger beschreiten mochte, gleichzeitig aber vom Fortschritts- und Wirtschaftswundersprechen der späten 1950er und 60er Jahre nicht profitieren konnte und einer unsicheren Zukunft entgegensah (vgl. Farin 2006, Cohen 2011).

Der deviante Charakter der frühen Rock'n'Roll- und Rock-Musik liegt in erster Linie in ihrer Andersartigkeit begründet und nicht etwa in der textlichen Repräsentation von Verbrechen. Die gesellschaftlichen Grundkonstellationen, die bei der Genese des Genres vorlagen und den Protestcharakter beförderten, bestimmen bis heute das Wesen der Rockmusik in allen ihren vielfältigen Spielarten (zB Art-Rock, Southern-Rock, Punk-Rock, Heavy Metal, Grunge etc). Charakteristisch ist die gezielte Verletzung gesellschaftlicher Normvorstellungen, wobei in immer neuen Inszenierungen die Grenzen der gesellschaftlichen Akzeptanz austariert und bewusst überschritten werden. Mit zunehmender Ausdifferenzierung des Genres entfernen sich die unterschiedlichen Subgenres der Rockmusik weiter vom Mainstream und offenbaren ihren „anti-structural symbolism“ (Martin, 1979), der sich beispielsweise im distinktiven Kleidungsstil der Punks, im Nihilismus der Grunge-Subkultur, im selbstverletzenden Verhalten der Emos oder in den expliziten und vulgären Gewaltdarstellungen im Heavy (oder genauer: Death-) Metal von Bands wie Anthrax, Black Sabbath oder Cannibal Corpse manifestiert (vgl. Towe Horsfall 2013). Zu diesen Inszenierungen der Andersartigkeit zählt auch die Thematisierung von Kriminalität und Devianz. Die Beispiele sind vielfältig und reichen von Jimi Hendrix' „Hey Joe“ (1966), „Rocky Raccoon“ (1982) von The Beatles, „I Fought The Law“ von The Clash (1979) (ursprünglich: Sonny Curtis of the Crickets), der Neuinterpretation von Mörderballaden durch Nick Cave (1995) bis hin zum expliziten „Date Rape“ (1991) der Punkband Sublime oder den Gewaltphantasien im Lied „Hammer Smashed Face“ (1993) der Death Metal Band Cannibal Corpse. Eine besondere Rolle nimmt die kaum zu überblickende Anzahl an Liedern ein, die vom Umgang mit illegalisierten Drogen erzählt<sup>8</sup>. Die Popularität des Drogenthemas in der Rockmusik mag neben dem beschriebenen kalkulierten Normbruch auch in den persönlichen Drogenerfahrungen der Musiker\_innen liegen, die in den Liedtexten verarbeitet werden. Der Ausspruch „Sex, Drugs & Rock'n'Roll“ steht für die Nähe der Musikszene zu Drogenkulturen. Hierbei ist sowohl an die räumliche Nähe vieler Auftrittsorte zu den urbanen Rotlicht- und Amüsiervierteln, in denen ein einfacher Zugang zu illegalisierten Substanzen besteht (vgl. hierzu auch Spunt 2014) zu denken, als auch an berufsbedingte Begleiterscheinun-

---

8 Für einen umfassenden Überblick vgl. zB Kemper 2001, Blecha 2004, Spunt 2014.



gen (unregelmäßige Arbeitszeiten, Nacharbeit, lange Wartezeiten, Konzertreisen etc), die die Drogenaffinität vieler Musiker\_innen erklären mögen.

Im Gegensatz zur Zurschaustellung der Andersartigkeit in den subkulturellen Spielarten des Rocks liegt die Eigenart der Pop-Musik in ihrer Gefälligkeit. Popmusik ist laut Definition eine Volks- und Massenkultur (lat *populus*), die am Geschmack des Massenmarktes ausgerichtet ist, wie Frith konstatiert: „Pop music is created with the record industry’s pursuit of a large audience in mind, other music is not“ (1978: 11)<sup>9</sup>.

Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass die Themen Devianz und Verbrechen nicht auch in Liedtexten von Popliedern Eingang finden würden. Hier werden diese Themen jedoch weniger explizit verhandelt – nicht zuletzt auch, weil sie den Hörer\_innenerwartungen zuwider laufen und die Vermarktbarkeit der Poplieder gefährden (vgl hierzu ausführlich Cloonan 2003). Zu den bekannteren Beispielen zählt „I don’t like Mondays“ (The Boomtown Rats, 1979), das auf den Ausspruch der 16-jährigen Amokläuferin Brenda Ann Spencer zurückgeht. Als sie von Reporter\_innen zu ihren Motiven für den Mord an zwei Menschen befragt wurde, antwortet die Schülerin, sie möge keine Montage. Vermutlich ist vielen Hörer\_innen der ernste Hintergrund dieses Liedes (das regelmäßig, vor allem an Montagen, im Radio gespielt wird) nicht bekannt. Aber auch Susan Vegas Poplied „Luka“, das aus der Perspektive des kindlichen Opfers von Missbrauchserfahrungen berichtet oder der Upbeat Song „Pumped Up Kicks“ von Foster The People, der von den Gewaltphantasien eines Jugendlichen erzählt („You better run, better run, faster than my bullet“) verschleiern ihren ernstesten Inhalt.

Nun ließen sich diese Beispiele leicht als eine Form der Satire abtun oder aber der fehlende Aufschrei der Hörer\_innen auf deren mangelnde englische Sprachkenntnisse zurückführen. Wenngleich diese Erklärungen, die unterschiedliche Wirkung eines Grundnarrativs (Devianz, Verbrechen) in unterschiedlichen Genres teilweise erklären mag, liegt die Auflösung in der Würdigung der unterschiedlichen Genres durch die Hörer\_innen. Frith schreibt: „to understand a cultural value judgement we must look at the social contexts in which they are made, at the social reasons why some aspects of a sound or spectacle are valued over others.“ (Frith 1996: 21f). Die Art und Weise, wie wir über Musik denken, sprechen, wie wir Musik spielen, hören und beurteilen, uns zu ihr bewegen und welche Aufmerksamkeit wir den Liedtexten schenken, ist diskursiv geprägt. Unser Verhalten, unsere Kleidung, unsere Bewegungen und das Maß der Aufmerksamkeit und Anteilnahme gegenüber der Musik unterscheidet sich – je nachdem ob wir uns

---

9 Eine Abgrenzung der Musikgenres ist insb im Fall der Popmusik nicht einfach und die Grenzen erscheinen teilweise fließend. Dies liegt zum einen an sich verändernden Hörmaßstäben und -gewohnheiten: Musik, die zur Zeit ihrer Entstehung als ‚harte‘ Rockmusik galt (zB The Beatles 1968, „Helter Skelter“), könnte heute durchaus als Pop-Rock kategorisiert werden. Zum anderen folgen die Musik- und die Sozialwissenschaften unterschiedlichen Definitionen. Während in den Musikwissenschaften Populärmusik mit Volksmusik gleichgesetzt wird, wird das Etikett Pop- oder Populärmusik in den Sozial- und Kulturwissenschaften als eine Sammelbezeichnung für westliche Musik verwendet, die weder dem Klassik- noch dem Jazz-Genre zuzuordnen ist (Moore, 2003: 1). Für eine ausführliche Diskussion siehe: Wicke 1992, Diederichsen 2014.

beispielsweise in einem Konzertsaal, in einem Jazz-Lokal, auf einem Rockkonzert oder einem Festival für elektronische Musik befinden (siehe hierzu ausführlich: Machin 2010). Es ist eben jener diskursiv geprägte Umgang mit Musik(-genres), der uns die Darstellung von Devianz und Verbrechen in Bluegrass und Country als historische Fußnote zur Situation der mittellosen Südstaatenbevölkerung, im Rock als Jugendprotest, im Death-Metal als theatralische Posse, im Pop als satirischen Seitenhieb erscheinen lässt. Musikkulturen sind Spiegelbilder gesellschaftlicher Strukturen und Machtverhältnisse. Durch die Untersuchung von Liedtexten auf ihren kriminologischen Gehalt offenbart sich ein Blick auf die Marginalisierten, und es finden jene eine Stimme, denen die aktive gesellschaftliche Teilhabe und Gestaltungsmöglichkeiten andernorts verwehrt bleibt. „Music just matters“ (Frith 2003: 100) – auch für die Kriminologie.

Dr. Christian Wickert ist Professor für Soziologie und Kriminologie am Fachbereich Polizeiwissenschaften an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW (Abteilung Gelsenkirchen). Er ist zudem Begründer und Autor des deutschsprachigen Kriminologie-Weblogs [criminologia.de](http://criminologia.de), auf dem er im Rahmen des „Prison Song Projects“ auch regelmäßig zum Themenfeld der auditiven Kriminologie schreibt; [christian.wickert@fhoev.nrw.de](mailto:christian.wickert@fhoev.nrw.de)

## Literatur

- Bailey, F. Y., & Hale, D. C. (Hrsg). (1998). *Popular culture, crime, and justice* (Vol. Contemporary issues in crime and justice series). Belmont: Wadsworth Pub. Co.
- Blecha, P. (2004). *Taboo tunes: A history of banned bands & censored songs*. San Francisco: Backbeat Books.
- Botkin, B. A. (1948). *A Treasury of American Folklore: Stories, Ballads, and Traditions of the People* (16. Aufl). New York: Crown Publishers, Inc.
- Botkin, B. A. (1955). *A Treasury of Mississippi River Folklore: Stories, Ballads, Traditions and Folkways of the Mid-American River Country*. New York: Crown Publishers, Inc.
- Butler, P. (2009). *Let's Get Free: A Hip-Hop Theory of Justice*. New York: The New Press.
- Capers, B. (2010). Crime Music. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 7(2), 749-769.
- Carey, J. T. (1969). Changing Courtship Patterns in the Popular Song. *American Journal of Sociology*, 74(6), 720-731.
- Cloonan, M. (2003). Call That Censorship? Problems of Definition. In M. Cloonan (Hrsg) *Policing Pop* (S. 13-29). Philadelphia, PA: Temple University Press.
- Cohen, S. (2011). *Folk devils and moral panics: The creation of the Mods and Rockers*. Abingdon, Oxon; New York: Routledge.
- Deflem, M. (Hrsg). (2013). *Music and Law* (Sociology of Crime, Law and Deviance, Vol. 18). Bingley: Emerald.
- DeNora, T. (2000). *Music in Everyday Life*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Diederichsen, D. (2014). *Über Pop-Musik*. Köln: Kiepenheuer & Witsch.
- Durkheim, E., & König, R. (1999). *Die Regeln der soziologischen Methode*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Farin, K. (2006). *Jugendkulturen in Deutschland – 1950-1989 (Zeitbilder – Band 03)*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- Ferrell, J., Hayward, K. J., Morrison, W., & Presdee, M. (Hrsg). (2004). *Cultural Criminology Unleashed*. London: GlassHouse.

- Ferrell, J., Hayward, K. J., & Young, J. (2008). *Cultural Criminology: An Invitation* (1. Aufl.). Los Angeles: Sage.
- Ferrell, J., & Sanders, C. R. (Hrsg.). (1995). *Cultural Criminology*. Boston: Northeastern Univ. Press.
- Fisher-Giorlando, M. (1987). *Prison Culture: Using Music as Data*. Department of Sociology. Dissertation, Ohio State University, Columbus.
- Frith, S. (1978). *The sociology of rock* (Communication and society). London: Constable.
- Frith, S. (1996). *Performing Rites: On the Value of Popular Music*. Cambridge; Mass: Harvard University Press.
- Frith, S. (2003). Music and Everyday Life. In M. Clayton, T. Herbert, & R. Middleton (Hrsg.), *The cultural study of music* (S. 92-112). New York: Routledge.
- Goddu, T. (1998). Bloody Daggers and Lonesome Graveyards. The Gothic and Country Music. In C. Tichi (Hrsg.), *Reading Country Music: Steel Guitars, Opry Stars, and Honky Tonk Bars* (S. 45-64). Durham; London: Duke University Press Books.
- Greer, C. (Hrsg.). (2010). *Crime and media: A reader*. London, New York: Routledge.
- Hall, S., & Jefferson, T. (Hrsg.). (1976). *Resistance Through Rituals: Youth Subcultures in Post-War Britain*. London: Hutchinson.
- Hayward, K. J. (2012). Five Spaces of Cultural Criminology. *British Journal of Criminology*, 52(3), 441-462.
- Hayward, K. J. (2015). Cultural Criminology: Script rewrites. *Theoretical Criminology*, 1-25.
- Hayward, K. J., & Young, J. (2004). Cultural Criminology: Some Notes on the Script. *Theoretical Criminology*, 8(3), 259-273.
- Hebdige, D. (1988). *Subculture: The meaning of style* (11. Nachdruck). London; New York: Methuen.
- Hirsch, L. E. (2012). *Music in American crime prevention and punishment*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Horstman, D. (1975). *Sing your heart out, country boy* (1. Auflage). New York: Dutton.
- Jewkes, Y. (2011). *Media and Crime* (2. Aufl.) (Key approaches to criminology). Los Angeles; Calif: Sage.
- Johnson, B., & Cloonan, M. (2008). *Dark side of the tune: Popular music and violence* (Ashgate popular and folk music series). Burlington, VT: Ashgate.
- Kemper, W.-R. (2001). *Kokain in der Musik. Bestandsaufnahme und Analyse aus kriminologischer Sicht*. Münster: Lit Verlag.
- Kubrin, C. E. (2005). Gangstas, Thugs, and Hustlas: Identity and the Code of the Street in Rap Music. *Social Problems*, 52(3), 360-378.
- Lomax, A. (1960). *The folk songs of North America in the English language*. London: Cassell.
- Lomax, J. A., Lomax, A., & Kittredge, G. L. (1934). *American ballads and folk songs*. New York: Macmillan Co.
- Lomax, J. A., Lomax, A., Seeger, R. C., & Thompson, H. W. (1941). *Our singing country; a second volume of American ballads and folk songs*. New York: The Macmillan company.
- Machin, D. (2010). *Analyzing Popular Music: Image, Sound and Text*. Los Angeles: Sage.
- Martin, B. (1979). The Sacralization of Disorder: Symbolism in Rock Music. *Sociological Analysis*, 40(2), 87-124.
- Moore, A. F. (2003). Introduction. In A. F. Moore (Hrsg.), *Analyzing Popular Music* (S. 1-15). Cambridge: Cambridge University Press.
- O'Brien, E. L. (2000). "The Most Beautiful Murder": The Transgressive Aesthetics of Murder in Victorian Street Ballads. *Victorian Literature and Culture*, 28(1), 15-37.
- Ogletree Jr., C. J., & Sarat, A. (Hrsg.). (2015). *Punishment in Popular Culture*. New York; London: New York Univ. Press.
- Presdee, M. (2001). *Cultural Criminology and the Carnival of Crime*. London: Routledge.

- Sandburg, C. (1927). *The American Songbag*. New York: Harcourt, Brace & Company.
- Spunt, B. (2014). *Heroin and music in New York city: When I'm in your arms*. New York: Palgrave Macmillan.
- Steinmetz, K. F., & Henderson, H. (2012). Hip-Hop and Procedural Justice: Hip-Hop Artists' Perceptions of Criminal Justice. *Race and Justice*, 2(3), 155-178.
- Towe Horsfall, S. (2013). Understanding Deviant Music. In M. Deflem (Hrsg), *Music and law* (Sociology of Crime, Law and Deviance, Vol. 18) (S. 139-219). Bingley: Emerald.
- Tunnell, K. D. (1992). 99 Years is almost for Life: Punishment for Violent Crime in Bluegrass Music. *The Journal of Popular Culture*, 26(3), 165-181.
- Urbain, O. (Hrsg). (2015). *Music and Conflict Transformation: Harmonies and Dissonances in Geopolitics*. London: I. B. Tauris.
- Wicke, P. (1993). Popmusik als Medium in Klang. In P. Wicke (Hrsg), *Vom Umgang mit Popmusik* (S. 66-88). Berlin: Volk und Wissen.
- Wicke, P. (1992). »Populäre Musik« als theoretisches Konzept. *PopScriptum 01 – Begriffe und Konzepte*. Verfügbar unter: [http://www2.hu-berlin.de/fpm/popscrip/themen/pst01/pst01\\_wicke.htm](http://www2.hu-berlin.de/fpm/popscrip/themen/pst01/pst01_wicke.htm), letzter Zugriff am 18.12.2016
- Wicke, P. (2011). *Rock und Pop*. München: C. H. Beck.
- Wolfe, C. K. (1982). *Kentucky Country: Folk and Country Music of Kentucky*. The University Press of Kentucky.

# „Das notwendige Böse“

Zur Dialektik moderner Gesetzesherrschaft in Christopher Nolans  
*The Dark Knight* Trilogie

Maximilian Pichl

---

## 1. Zuführung

Das Rechtsprojekt der Moderne zeigt sich äußerst immun gegenüber radikaler Kritik. Eine kritische Rechtstheorie und -praxis, die darauf ausgelegt ist, die untrennbare Verwobenheit des Rechts mit Herrschaftsverhältnissen und Gewalt offenzulegen, wird allzu oft enteignet und in das (neo-)liberale Rechtsverständnis integriert. Dieser Essay versucht, mit einer ideologiekritischen Lesart von popkulturellen Werken dazu beizutragen, die Widersprüchlichkeit des liberalen Rechtsprojekts öffentlich sichtbar zu machen – und aufzuzeigen, zu welchen problematischen Ausschlüssen die Inszenierung von Gerechtigkeit<sup>1</sup> führen kann.<sup>2</sup> Die *The Dark Knight* Trilogie des Regisseurs *Christopher Nolan* dient mir dabei als exemplarischer Gegenstand. Schließlich wird die Neuauflage der Batman-Filmreihe hinsichtlich ihres (rechts-)politischen Charakters kontrovers und disziplinenübergreifend in der Literatur diskutiert.<sup>3</sup> Die breite öffentliche Rezeption, die popkulturelle Filme wie die Batman-Trilogie erfahren, macht es meines Erachtens notwendig, sich am Deutungskampf über ihre Interpretation zu beteiligen.<sup>4</sup>

Zuerst werde ich mit dem Soziologen *Luc Boltanski* eine spezifische Lesart der Legitimation von moderner Gesetzesherrschaft rekonstruieren. Danach wende ich mich der Filmtrilogie selbst zu. Anhand der drei Haupt-Antagonisten werde ich darstellen, welche politische Funktion den jeweiligen Figuren zugeordnet werden kann. Ich argumentiere,

- 
- 1 *Frankenberg*, Inszenierungen von Gerechtigkeit, in *ders*, *Autorität und Integration* (2003) 364ff; *Pichl*, I got the shotgun. Zu filmtheoretischen Aspekten des Rechts, *Forum Recht* 2012, 41ff.
  - 2 Im us-amerikanischen Kontext gibt es bereits eine lange Tradition, aus der Perspektive der Rechtswissenschaft Ideologiekritik anhand popkultureller Werke zu üben, vgl bspw, *Papke*, *Law, Cinema and Ideology: Hollywood Legal Films of the 1950s*, *UCLA Law Review* 2001, 1437ff; *Sarat*, *Imagining Legality: Where Law meets Popular Culture* (2011); *Weisberg*, *The Law-Literature Enterprise*, *Yale Journal of Law & the Humanities* 1989, 1ff.
  - 3 *Engelkamp*, *Agamben und die Politik der Ausnahme*, in *Hamenstädt*, *Politische Theorie im Film* (2016) 39ff; *Grabus*, *Aus großer Kraft folgt große Verantwortung. Punisher, Watchmen, Batman & Real Life Super Heroes: SuperheldInnen zwischen Recht und Gerechtigkeit*, in *Brettel/Rau/Rienhoff*, *Strafrecht in Film und Fernsehen* (2016) 207ff; *Graeber*, *Bürokratie. Die Utopie der Regeln* (2015); *Ip*, *The Dark Knight's War on Terror*, *Ohio State Journal of Criminal Law* 2010, 209ff; *Scolari*, *Leviathans and Martyrs: The Mythical Narrative of Sovereignty and the Tradition of the Oppressed*, in *Lakitsch*, *Political Power Reconsidered* (2014) 31ff; *Zizek*, *The Politics of Batman*, *New Statesman* v 23.8.2012, <http://www.newstatesman.com/culture/culture/2012/08/slavoj-zizek-politics-batman> (14.1.2017).
  - 4 Auf der Liste der umsatzstärksten Filme weltweit sind *The Dark Knight* (27) und *The Dark Knights Rises* (17) in den TOP 30, vgl. <http://www.boxofficemojo.com/alltime/world/> (14.1.2017).

dass die Kritik am liberalen Projekt der Gesetzesherrschaft, die durch die Filme evoziert wird, für eine emanzipatorische Rechtskritik anschlussfähig sein kann. Ich zeige jedoch zugleich, dass *Nolans* Inszenierung eine spezifische regressive Lesart des Rechtsprojekts begründet und dadurch einen gefährlichen blinden Fleck aufweist. Dies leitet mich abschließend zur Frage, wie sich die Kritik am Projekt der Gesetzesherrschaft emanzipatorisch wenden lässt.

## 2. Das Verbrechen als Krise der „offiziellen Realität“

In seiner 2013 auf Deutsch erschienenen Monographie „Rätsel und Komplotte“ widmet sich der französische Soziologe *Luc Boltanski* der Entstehung der französischen und englischen Kriminalerzählung vom Übergang des 19. ins 20. Jahrhundert.<sup>5</sup> Seine Beobachtungen sind zugleich eine Studie über das liberale Rechtsstaatsprojekt. *Boltanski* begreift die moderne Kriminalerzählung als ästhetische Spiegelung gesellschaftlicher Verhältnisse.<sup>6</sup>

Sein Interesse am Kriminalroman begründet sich in der Form des zu lösenden Rätsels, das in der Erzählung überwiegend als Verbrechen erscheint. Das Rätsel befördert Irritationen, weil es sich vor dem Hintergrund einer „offiziellen Realität“ abhebt, die die Leser\*innen zuvor als stabil begriffen haben.<sup>7</sup> Die offizielle Realität beschreibt *Boltanski* als die Erwartung an eine „Reihe von Regelmäßigkeiten [...], die in jeder beliebigen Situation bestehen bleiben und jedes auch noch so singuläre Ereignis einrahmen. Mit Hilfe dieser Regelmäßigkeiten lässt sich eine Grenze zwischen Möglichem und Unmöglichem ziehen; sie bieten der Handlung einen allgemeinen, eine gewisse Vorhersehbarkeit [...], eine Ordnung gewährenden Rahmen.“<sup>8</sup>

### 2.1. Legitimationen staatlicher Gewalt

Die „offizielle Realität“ kann als ideologische Basis des liberalen Rechtsstaatsprojekts verstanden werden. Denn „im modernen Staat stellt der Status des Gesetzes ein Problem dar“, wie der Anthropologe *David Graeber* schreibt.<sup>9</sup> „Kein System kann sich selbst erschaffen. Eine Macht, die imstande ist, ein System von Gesetzen zu schaffen, kann nicht auch selbst durch diese gebunden werden. [...] Gesetze entstehen also aus gesetzeswidrigen Aktivitäten.“<sup>10</sup> *Graebers* Darstellung verweist auf das Paradox des liberalen Gründungsmythos. Denn in ihrer Begründung der modernen Staatlichkeit sind sich die Theoretiker von *Thomas Hobbes* über *John Locke* bis zu *Jean-Jaques Rousseau* zumindest

5 *Boltanski*, Rätsel und Komplotte. Kriminalliteratur, Paranoia, moderne Gesellschaft (2013).

6 *O'Brien*, Critical Practice from Voltaire to Foucault, Eagleton and Beyond (2014) 29.

7 *Boltanski*, Rätsel 62.

8 Ebd 37.

9 *Graeber*, Bürokratie 254.

10 Ebd 254f.

darin einig, dass der Staat von den vernunftbegabten Menschen gegründet wird, um aus dem vorgesellschaftlichen Naturzustand herauszutreten und unter Aufgabe gewisser Freiheiten eine machtvolle Entität zu schaffen, die, mit Mitteln der Gewalt ausgestattet, in der Lage ist, Sicherheit zu garantieren. Die liberale Theorie erfindet also die Gesetzesherrschaft zur Legitimation staatlicher Gewalt und „verhüllt semantisch die handgreiflich-körperliche Gewalt, auf die sich Herrschaft stützt.“<sup>11</sup>

## 2.2. Risse in der „offiziellen Realität“

Die Legitimationserzählung kann aber Risse bekommen. Im Kriminalroman geschieht dies in der Regel, indem ein Schurke oder Krimineller ein Verbrechen begeht, das in der „offiziellen Realität“ Anomalien auslöst. Je unerwarteter das Verbrechen ist, desto unfähiger erweist sich dabei die Polizei, das Rätsel zu lösen und die Ordnung wiederherzustellen. Den Schurken zeichnet ein spezifisches Realitätsverständnis aus: Er hat verstanden, dass die offizielle Realität „faktisch weniger robust ist, als sie auf den ersten Blick erscheint und als diejenigen, die für die Aufrechterhaltung dieses Zustands zuständig sind, es die Naiven glauben lassen möchten.“<sup>12</sup>

Deswegen tritt der Detektiv auf den Plan. Er ist in der Lage, hinter die offizielle Realität zu schauen. Er weiß, dass sich hinter der ideologischen Mauer des Rechtsstaats jene Gefahren für die Ordnung verbergen, die die Legitimationserzählung infrage stellen – er verfügt über dasselbe Realitätsverständnis wie der Schurke. Bekommt die „offizielle Realität“ durch ein Rätsel also Risse, greift der Rechtsstaat mit dem Detektiv auf eine Kraft zurück, die sich der Gesetzesherrschaft gerade entzieht, weil sie als nicht-staatliche Figur nicht rechtlich gebunden ist, um die Ordnung zu bewahren.

## 2.3. Die Comic-Verfilmungen als moderne Form der Kriminalerzählung

Im Zentrum von *Boltanskis* Studie steht noch der Detektiv. Doch die heutige staatliche Verfasstheit muss sich nicht mehr des privaten Akteurs bedienen. An seine Stelle sind die Geheimdienste getreten, die ihre Operationen durchführen, wenn die Mittel der Polizei an ihre Grenzen geraten. Im Kino haben die Superhelden zunehmend den Detektiv verdrängt. Wie der Detektiv muss auch der von der Gesetzesherrschaft losgelöste Superheld die staatliche Ordnung bewahren, wenn sie durch den Schurken angegriffen wird. Die Superhelden sind damit Figuren, die nur reagieren, wenn das Verbrechen zutage tritt:<sup>13</sup> Ihre Existenz ist unlöslich mit den Superschurken verbunden.

Vergleichbar mit *Boltanski* beschreibt *Roland Meyer* die Welt der Superschurken als einen Raum, der sich unterhalb der offiziellen Realität befindet: „Diese Unterwelt ist die

11 *Frankenberg*, *Dirty Harry – Gewalt als Gesetz*, in *Kepler*, *Gesetz und Gewalt im Kino* (2015) 71 (72).

12 *Boltanski*, *Rätsel* 71.

13 *Graeber*, *Bürokratie* 252.

Sphäre eines Realen, das die symbolische Ordnung zu erschüttern vermag. [...] Ihr prominentester Vertreter, der Superschurke als Gegenspieler des Superhelden verkörpert den Einbruch des Ausnahmezustands in eine ansonsten scheinbar geordnete Welt, und nur die mythische Macht des Superhelden, der selbst dieser Welt nicht oder nur zum Teil angehört, vermag ihm Einhalt zu gebieten.“<sup>14</sup>

### 3. Politische Radikale: Die Superschurken in *The Dark Knight*

Die *The Dark Knight* Trilogie des Regisseurs *Christopher Nolan* verhalf dem „dunklen Ritter“ Batman zwischen 2005 und 2012 zu einer cinematographischen Revitalisierung, nachdem die beiden vorherigen Produktionen der 90er Jahre von *Joel Schumacher* eher eine alberne Reminiszenz an die Filmanfänge der Comicserie darstellten. Die Batman-Filme leiteten gewissermaßen die Renaissance des Superhelden-Genre auf der Leinwand ein, die aktuell dazu führt, dass kaum ein Quartal vergeht, in dem nicht mehrere Filme aus dem Marvel- oder DC-Universum erscheinen. Viele Comicverfilmungen zeichnet aber aus, dass sie ihre Superschurken relativ eindimensional inszenieren. Dagegen zeichnet *Nolans* Filme aus, dass „keiner der Schurken in den drei Filmen nach der Weltherrschaft strebt.“<sup>15</sup> Denn *Nolans* Superschurken sind politische und ideologiekritische Figuren, die das moderne Rechtsstaatsprojekt selbst angreifen und für dessen Bewahrung der Batman mit allen Mitteln eintreten muss.

#### 3.1. Ra's al Ghul – Der Islamist

In *Batman Begins* von 2005 durchlebt der junge Bruce Wayne eine klassische *origin story*. Nach der Ermordung seiner Eltern in Kinderjahren verschreibt sich der milliarden-schwere Erbe dem Projekt, die Kriminalität zu verstehen und den mafösen Strukturen in seiner Heimatstadt Gotham City ein Ende zu setzen. In einem chinesischen Gefängnis trifft er auf Ra's al Ghul, den Führer der League of Shadows, der beginnt, Bruce Wayne auszubilden. Diese Geheimgesellschaft hat es sich zur Aufgabe gemacht, Zivilisationen zu zerstören, die „den Siedepunkt der Dekadenz erreicht“ haben. Wayne absolviert das Training, löst sich aber von der League of Shadows, da er sich gegen deren Anwendung von Exekutionen und Vernichtung ausspricht. Zurück in Gotham City, einem „rechtlosen Moloch“, kreiert er die Figur des Batman, eines „Verteidiger[s] des Rechts, auch wenn er selbst außerhalb des Rechts steht.“<sup>16</sup> Da er von seinen Eltern das Unternehmen Wayne Enterprises geerbt hat, das seinen Reichtum ua aus der Waffenproduktion gewinnt, ist Bruce als Teil der Elite in der Lage, seine fehlenden übermenschlichen Kräfte

---

14 Meyer, Im leeren Zentrum der Netze. Ein Versuch über Superschurken und kriminelle Genies, Kritische Berichte 2011/1, 135 (136).

15 Graeber, Bürokratie 264.

16 Engelkamp in Hamenstädt 49.



durch technologischen Fortschritt zu kompensieren. Als Batman gelingt es ihm zunächst, den Kampf mit der Mafia aufzunehmen. Doch die Bedrohung durch die Mafia wird durch den Auftritt von Ra's al Ghul in den Hintergrund verdrängt. Die League of Shadows plant Gotham City zu zerstören, das moderne Mahnmal der angeblichen westlichen Dekadenz.

Ra's al Ghul kann dabei als Topos des islamistischen Terroristen verstanden werden.<sup>17</sup> Die Batman-Filmreihe wurde nur kurz nach den Attentaten vom 11. September 2001 neu aufgelegt. Das Ziel al Ghuls ist es, die Balance wiederherzustellen, und führt über die Zerstörung der westlichen Zivilisation zur metaphysischen Aufhebung in einer angeblich von Kriminalität befreiten Gesellschaft. Die Vernichtung von Gotham City will al Ghul dadurch erreichen, dass er mit der von Wayne Enterprises erbauten Einschienenbahn in den Wayne-Tower fährt, dem zentralen Hochhaus der Stadt und Konzernsitz von Waynes ökonomischem Imperium. Von dort aus erstrecken sich über die gesamte Stadt Wasserleitungen, die, präpariert mit einem halluzinogenen Stoff, durch die Bahn zur Explosion gebracht werden sollen, um die gesamte Bevölkerung zu infizieren. Nicht zufällig wählt *Nolan* mit der Eisenbahn ein Fortbewegungsmittel, das vergleichbar den Flugzeugen vom 11. September 2001 ein wirtschaftliches Machtzentrum zum Ziel hat, und mit dem Giftgasanschlag ein Mittel, dessen Anwendung durch islamistische Terrororganisationen immer wieder befürchtet wird. Ra's al Ghul begehrt keine Weltherrschaft, sondern will das korrupte Gotham von der Landkarte tilgen und betreibt damit einen kulturellen Krieg gegen das kapitalistische System. Freilich gelingt es Batman, die League of Shadows zunächst aufzuhalten.

### 3.2. Joker – Der Anarchist

Zu Beginn des zweiten Films *The Dark Knight* (2008) versucht Batman im Bündnis mit der Polizei das Verbrechernetzwerk der Mafia endgültig aufzulösen. Der Rechtsstaat schickt dabei mit dem neuen Staatsanwalt Harvey Dent einen *White Knight* ins Rennen, der mit den Mitteln des Rechts versucht, die Kriminalität einzuhegen. Tatsächlich gelingt es Batman, der Polizei und der Staatsanwaltschaft einen Drahtzieher des Verbrechersyndikats dingfest zu machen und mit seiner Aussage einen sog RICO-Prozess<sup>18</sup> zu initiieren. Im US-amerikanischen Recht ermöglicht das RICO-Gesetz, Personen zu bestrafen, denen nachgewiesen wird, Teil eines dem organisierten Verbrechen zuzurechnenden Personenzusammenschlusses zu sein. Freilich konnte der Drahtzieher Lau nur von der Polizei inhaftiert werden, weil ihn Batman aus Hongkong entführt hat, obschon die dortigen Behörden keinem Auslieferungsantrag zugestimmt haben. Die Beteiligung von Batman an der Inhaftierung der Verbrecher darf nicht öffentlich werden, sondern muss alleine

17 *Febowitz*, *The Hero We create: 9/11 & The Reinvention of Batman*, *Inquiries Journal/Student Pulse* 2009/1, <http://www.inquiriesjournal.com/articles/104/the-hero-we-create-911-the-reinvention-of-batman> (14.1.2017)

18 Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, 18 U.S.C. §§ 1961-1968.

als Handlung der Polizei und des Staatsanwalts Harvey Dent erscheinen. Denn die offizielle Realität des liberalen Rechtsstaatsprojekts bekäme tiefe Risse wenn bekannt würde, dass die Verurteilung der Mafia auf einen extra-legalen Akt zurückzuführen ist. Offensichtlich spielt *Nolan* in dieser Szene auf die Praxis der *extra-renditions* an, die die US-amerikanischen Geheimdienste zahlreich im Anti-Terror-Kampf angewendet haben.<sup>19</sup> Die Verhaftung der Mafia führt nun gerade nicht zur Befriedung in Gotham City. Im Gegenteil, mit dem Joker erhebt sich eine Kraft, die mit den Konventionen des Verbrechens bricht: „Diese Stadt verdient ein anderes Kaliber von Kriminellen. Und ich werde es ihr geben. [...] Es geht nicht um Geld. Sondern darum eine Botschaft zu senden“, wie der Superschurke in einer Szene zu einem Mob-Gangster sagt.

Nach Batmans und Dents Coup gegen das organisierte Verbrechen wenden sich die verbliebenen Mafia-Gangster an den Joker, um Batman auszuschalten. Doch der Joker wehrt sich jedwedem strategischen Handeln. Gegenüber Harvey Dent erklärt er:

*Weißt du, was ich bin? Ich bin ein Hund, der Autos nachjagt. Ich wüsste gar nicht was ich machen soll, wenn ich eins erwische. Verstehst Du, ich tue die Dinge einfach. Die Mafia hat Pläne. Die Cops haben Pläne. Gordon hat Pläne. Verstehst Du, das sind Pläneschmieder. Pläneschmieder wollen ihre kleinen Welten unter Kontrolle halten. Ich bin kein Pläneschmieder. Ich versuche Pläneschmiedern zu zeigen, wie armselig ihre Versuche etwas zu kontrollieren in Wahrheit sind.*

Der Joker erschüttert durch seine Taten die offizielle Realität in Gotham City. Im Endeffekt greift er auf die ohnehin prekäre Verfasstheit der staatlichen Institutionen zurück. Er benutzt korrupte Polizisten, um die Freundin von Harvey Dent und zugleich Bruce Waynes Jugendfreundin Rachel Dawes umzubringen. Er hetzt die Bevölkerung gegeneinander auf, indem er die Zerstörung von Krankenhäusern androht. Der Joker bleibt dabei immer ein leerer Signifikant, seine DNA und Fingerabdrücke sind in keiner Datenbank verzeichnet. Im Gegensatz zum Superhelden braucht der Superschurke keine Geschichte: „Der Schurke als Effekt anonymer Schaltungen braucht keinen Ursprung, er ist vielmehr ein emergentes Ereignis.“<sup>20</sup>

Seine Taten führen letztlich dazu, dass der Staatsanwalt Harvey Dent selbst korrumpiert wird. Dent rächt sich wegen des Tods von Rachel Dawes an den korrupten Polizisten und droht am Ende sogar mit der Ermordung von Police Commissioner Gordons Familie, der mit Dent und Batman gemeinsam gegen die Verbrecherorganisation gekämpft hatte. Batman sieht sich gezwungen, Dent zu töten und nimmt die Schuld von Dents Taten auf sich. Denn zusammen mit Gordon kommt er zu dem Schluss, dass Harvey Dent

---

<sup>19</sup> *Ip*, Ohio State Journal of Criminal Law 2010, 215ff; *Ip* verweist zugleich darauf, dass auch andere Instrumente des US-amerikanischen *war on terror* kritisch verhandelt werden, zB die Anwendung von Folter (Batman verletzt den Joker in einer Zelle, um Informationen von ihm zu erzwingen) und die massenhafte Telekommunikationsüberwachung (Batman benutzt ein Überwachungssystem, um den Joker aufzuspüren).

<sup>20</sup> *Meyer*, Kritische Berichte 2011, 149.

als rechtsstaatliches Symbol, als *White Knight*, fortbestehen muss, damit die Ordnung in der Stadt gesichert werden kann.

### 3.3. Bane – Der Stalinist

Im letzten Teil *The Dark Knight Rises* (2012) setzt sich die Handlung acht Jahre später fort. In Gotham City herrscht gewissermaßen die Ruhe vor dem Sturm. Nach seinem Tod wurde Harvey Dent zu einem gefeierten Symbol in der Stadt. Durch den posthum erlassenen Dent Act konnten fast die gesamten mafiösen Strukturen der Stadt zerschlagen und über tausend Kriminelle im Blackgate Prison inhaftiert werden. Bruce Wayne hat sich zwischenzeitlich aus Trauer um den Tod von Rachel Dawes vollkommen isoliert auf sein Anwesen zurückgezogen.

Doch erneut wird Batman herausgefordert. Sprichwörtlich aus der Unterwelt heraus tritt der Superschurke Bane auf. „Ich bin das notwendige Böse“, lässt der Superschurke gegenüber Batman verlauten – innerhalb der sozialen Verhältnisse von Gotham muss es zwangsläufig eine Figur wie Bane geben. Er rottet unter den Straßen von Gotham City eine Armee zusammen, die vor allem aus den Armen, sozial Abgehängten und Waisenkindern besteht. Sein erstes Ziel ist die Börse von Gotham City. Dort sorgt er dafür, dass Bruce Waynes Vermögen vernichtet wird, was dazu führt, dass die junge Unternehmerin Miranda Tate die Führung des Konzerns übernimmt. Tate entpuppt sich im Laufe des Films als die Tochter von Ra's al Ghul aus dem ersten Film, die zusammen mit Bane den Plan der League of Shadows zu Ende führen und Gotham City vernichten will.

Doch zuvor erprobt Bane in der Stadt eine soziale Revolution. Er gelangt an eine Rede von Commissioner Gordon, in der dieser die Wahrheit über Harvey Dent auspacken wollte. Vor dem Blackgate Prison liest Bane die Rede via Live-Übertragung für alle Bewohner\*innen Gothams vor. *Stephan Engelkamp* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass durch Banes Handlung die „symbolische und soziale Ordnung in Gotham“ zusammenbricht.<sup>21</sup> Es wird öffentlich sichtbar, dass der Dent Act und die Unterbindung des Verbrechens auf einer Lüge basierte: Auf der Integrität von Harvey Dent und dem Vertrauen in den Rechtsstaat. „Die Logik der Ausnahme ist nun in den staatlichen Institutionen angekommen.“<sup>22</sup> Bane muss nichts anderes mehr tun, als das Tor zum Blackgate Prison zu zerstören, die Gefangenen gleich einem „Sturm auf die Bastille“ zu befreien und der Revolution ihren Lauf zu lassen.

*Bane: Wir entreißen Gotham den Korrupten. Den Reichen! Den Unterdrückern ganzer Generationen, die euch kleingehalten haben, mit Mythen von Möglichkeiten. Und wir geben es euch zurück. Dem Volk.*

<sup>21</sup> *Engelkamp*, Batman 53.

<sup>22</sup> *Ebd.*, 53.

In einem weiteren Akt wird die Polizei von Gotham in der Unterwelt lebendig begraben, die staatliche Macht ist damit suspendiert und die Macht des „Volkes“ an ihre Stelle getreten. Batman wird für einige Monate in ein Gefängnis gesperrt, aus dem er jedoch wieder ausbrechen kann. Durch die Befreiung der Polizei kann er einen Bürgerkrieg in Gotham anzetteln, an dessen Ende Talia al Ghul und Bane aufgehalten werden. Dies gelingt Batman aber nur, indem er sich am Ende selbst opfert: Er fliegt mit der von Talia ausgelösten Bombe aus Gotham City heraus und wird dabei augenscheinlich getötet.<sup>23</sup> Ihm zu Ehren wird am Ende eine Statue in Gotham errichtet, die an die Rettung der Stadt durch den *Dark Knight* erinnern soll.

Aufgrund von Banes Handlungen wurde der Film durch viele linke Theoretiker\*innen scharf kritisiert und als eine Abrechnung *Nolans* mit der Occupy-Bewegung aufgefasst – beispielhaft durch den Angriff auf die Börse.<sup>24</sup> Tatsächlich inszeniert *Nolan* die Revolution derart, dass nicht Bane als der eigentliche Feind dargestellt wird, sondern das Volk,<sup>25</sup> das öffentliche Volkstribunale errichtet und die Reichen in den Tod schickt. Dabei agiert Bane wie ein Stalinist, wie *Wolfgang Schmitt jun* in seiner Filmanalyse treffend festgestellt hat.<sup>26</sup> Seine „soziale Revolution“ besteht in der Eliminierung von Regimegegner\*innen „im Namen“ und durch das „Volk.“ Er schafft die Institutionen in Gotham nicht ab, sondern ersetzt sie. Aus den Gerichten werden Volkstribunale und an die Stelle der Polizei treten ehemalige Gefangene des Blackgate Prison. Bane wendet sich also nicht gegen den Staat, sondern etabliert ein neues Gewaltregime.

### 3.4. Die Krise des Rechtsstaats

Die *The Dark Knight* Trilogie ist eine Geschichte über die Krise des Rechtsstaats. *Nolan* inszeniert drei politische Figuren, die die offizielle Realität in Gotham durch Gewalt infrage stellen.

Ra's al Ghul steht für die *islamistische Gewalt*. Sie wird angewendet, um die angebliche moralische Verkommenheit des liberalen Rechtsstaats westlicher Prägung offenzulegen. Ihrer Erzählung nach entsteht die Kriminalität in Gotham City durch ungezügelte Dekadenz, die der Zivilisierung bedarf. Der Joker verkörpert die *anarchistische Gewalt*. Sie demaskiert den Rechtsstaat und zeigt, dass die durch Recht gesetzte Gewalt auf keiner hinreichenden Grundlage basiert. Durch gezielte Angriffe auf die Ordnung provoziert sie eine Reaktion des Rechtsstaats, die den Rechtsstaat selbst unterminiert. Bane steht

---

23 Tatsächlich stellt sich am Ende heraus, dass Batman seinen Tod vorgetäuscht und sich mit Catwoman ins Privatleben nach Florenz zurückgezogen hat.

24 *Graeber*, Bürokratie 2015.

25 *Scolari* in *Lakitsch* 39.

26 *Wolfgang Schmitt jun*, The Dark Knight Rises – Kritik & Analyse zum neuen Batman von Christopher Nolan, <https://www.youtube.com/watch?v=XWGoY9narpU> (14.1.2017); *Slavoj Zizek* bezeichnet Bane demgegenüber als einen Revolutionär im Stile *Che Guevaras*, gerade weil Banes Motiv nicht die Zerstörung, sondern die Liebe zu Talia al Ghul ist; *Zizek*, *New Statesman* v 23.8.2012.

für die *stalinistische Gewalt*. Sie klagt die sozialen Folgen des kapitalistischen Systems an, ersetzt dann aber die staatlichen Institutionen durch eine neue Gewaltherrschaft „des Volkes“.

*Engelkamp* hat in seinem von *Giorgio Agamben* inspirierten Beitrag über die Batman-Filmreihe erklärt, dass die Gegenspieler von Batman die „eentlichen Helden der Aufklärung in Gotham City“ seien und ihre Handlungen auf eine „radikale Veränderung der sozialen Verhältnisse abzielen.“<sup>27</sup> Ihre Botschaften würden jedoch durch die Anwendung von Gewalt delegitimiert.<sup>28</sup> Tatsächlich eröffnet *Nolans* Erzählung gewisse Anschlussmöglichkeiten für eine emanzipatorische Kritik des liberalen Rechtsstaats. Sein Film zeigt eindrucksvoll, wie der Rechtsstaat in Krisensituationen auf Figuren der Ausnahme zurückgreift (Batman) oder sogar die eigenen Institutionen korrumpiert (Staatsanwalt Harvey Dent). Die Superschurken sind dabei alle im Sinne von *Boltanski* mit einem zusätzlichen Wissen ausgestattet: Sie wissen um die prekäre Verfasstheit des Rechtsstaats und können ihn dadurch erst in die Krise stürzen, sie dekonstruieren die offizielle Realität und befördern die wahre Realität zutage. Auch eine emanzipatorische Rechtskritik zielt darauf ab, offenzulegen, dass durch den Staat die Gewalt nicht eingeehgt, sondern entfesselt, dass die Kriminalität nicht zum Verschwinden gebracht wird, sondern aus den sozialen Verhältnissen erwächst, und dass der Rechtsstaat nicht die Bindung an Gesetz und Recht hervorbringt, sondern sich der Staat vom Gesetz verselbstständigt, um fortzubestehen.

Doch auch wenn *Nolan* die Kritiken am liberalen Rechtsstaat offenlegt, seine Filmreihe ist letztendlich ironischerweise eine ideologische Verteidigung des Liberalismus. Am Ende des letzten Teils schafft *Nolan* mit dem Tod Batmans und dem Bau einer Statue einen neuen Gründungsmythos für Gotham – der Dunkle Ritter hat den von Bane ausgelösten Naturzustand befriedet und die Ordnung wiederhergestellt. Zu einer Veränderung der sozialen Bedingungen kommt es in Gotham freilich nicht. Die Armut bleibt bestehen und wird nur durch Spendenbereitschaft (die fehlt) der Superreichen abgemildert. Zudem zeigt *Nolan*, dass die neue Ordnung nur von kurzer Stabilität sein kann: Am Ende von *The Dark Knight Rises* steigt der junge Polizist Robin Blake in die verlassene Bathöhle und tritt quasi an die Stelle von Batman. Irgendwann dürfte Gotham eine ausnahmerechtliche Figur wieder brauchen.

*Nolans* Darstellung der Superschurken folgt zudem einer oberflächlichen extremismustheoretischen Narration. Aus seiner Erzählung heraus ist der Rechtsstaat immerwährenden Angriffen aus der politischen Arena ausgesetzt. Doch für *Nolan* ist Politik nur mit Gewalt verknüpft und wird dadurch materiell entleert. Gegenüber dem Magazin *Rolling Stone* hat *Nolan* gesagt, insbesondere sein letzter Film sei nicht politisch zu verstehen.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> *Engelkamp*, Batman 53ff.

<sup>28</sup> Ebd., 55.

<sup>29</sup> *Rolling Stone*, Christopher Nolan: ‚Dark Knight Rises‘ Isn’t Political, <http://www.rollingstone.com/movies/news/christopher-nolan-dark-knight-rises-isn-t-political-20120720> (13.1.2017).

Dies trifft dahingehend zu, dass seine Superschurken kein inhaltliches politisches Programm verfolgen, ihnen geht es nur darum, das Recht und den Staat anzugreifen, um die Ordnung zu destabilisieren. Interessant ist aber, dass *Nolan* in seiner extremismustheoretischen Verklärung neben dem Islamist, dem Anarchist und dem Stalinist eine politische Figur nicht in den Kampf gegen Batman schickt: Den Faschisten.

#### 4. Zum Zusammenhang von Liberalismus und Faschismus

Dass *Nolan* die politische Figur des Faschisten als möglichen Antagonisten von Batman nicht denken kann, liegt daran, dass seine Filme sich dem politischen Projekt des Liberalismus verschrieben haben – seine Kritik am Liberalismus wird aufgeführt, um sie am Ende wieder in die Ordnung zu integrieren – vergleichbar dem Kriminalroman, der zunächst die offizielle Realität durch ein Verbrechen erschüttert, um am Ende zum Status Quo zurückzukehren. Von diesem Standpunkt aus kann *Nolan* auch behaupten, keine Politik mit den Filmen zu inszenieren, denn er verteidigt die hegemonialen politischen Herrschaftsverhältnisse. Doch durch die Abwesenheit der Faschist\*innen wird *Nolans* politischer Standpunkt für den Liberalismus gerade deutlich.

Der Film zeigt paradigmatisch, dass Liberalismus und Faschismus gleichsam die soziale Basis des Rechtsstaatsprojekts und die Frage der Gewalt nicht grundsätzlich infrage stellen. *Herbert Marcuse* hat 1934 den Beitrag *Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung* geschrieben. Er diskutiert in diesem die totalitären Denker seiner Zeit und ihre Kritiken am liberalen System. Nach *Marcuse* zeichnet sich diese Kritik aber dadurch aus, dass sie auf einen reinen „Kampf der Weltanschauungen“ reduziert wird.<sup>30</sup> Denn der Liberalismus und die totalitären Ansätze seien sich darin einig, die „Gestaltung der Produktionsverhältnisse“ nicht anzutasten.<sup>31</sup> Beide Denkschulen gehen von vorgesellschaftlichen Naturgesetzen aus, die zur Gründung des Staates führen. Der Liberalismus vertraut auf die Selbstregulierung der ökonomischen Sphäre, sodass sich die „soziale Ungleichheit am Ende aufhebt und in der allumfassenden Harmonie des Ganzen und vom Ganzen aus auch dem Einzelnen zum Segen wird.“<sup>32</sup> Die totalitäre, respektive faschistische Ideologie sucht die gesellschaftliche Aufhebung im „Volk“ oder in einem „großen Führer.“ So entwirft *Carl Schmitt* in seiner *Politischen Theologie* von 1922 die Idee einer autoritären, charismatischen Person, um die Leerstelle des liberalen Staats zu füllen.<sup>33</sup>

Obschon Faschist\*innen die Produktionsverhältnisse selbst nicht grundlegend verändern wollen, versuchen sie im politischen Kampf die „reale Distanz zwischen den egalitären

---

30 *Marcuse*, *Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung*, in *ders*, *Kultur und Gesellschaft I* (1965), 17 (23).

31 *Ebd.*, 24.

32 *Ebd.*, 26.

33 *Schmitt*, *Politische Theologie*<sup>8</sup> (2004 [1922]).

Versprechungen der Demokratie auf der einen und den faktischen Ungleichwertigkeitsvorstellungen auf der anderen Seite im Alltag [zu] besetzen.“<sup>34</sup> Ein grundlegender Bestandteil ihres politischen Programms ist dabei die Gewalt: Faschist\*innen wollen die Gewalt des Staates nicht aufheben, sondern radikalieren und gegen die Minderheiten und sozial Deprivierten der herrschenden Verhältnisse wenden. Sie beteiligen sich an der Restaurierung der staatlichen Gewalt im völkischen Gewand.<sup>35</sup>

Auch *Nolan* radikalisiert in seinen Filmen die staatliche Gewalt. Die allgegenwärtige Bedrohung des Staates durch politische Superschurken beantworten die Polizei und Batman mit immer neuen Mitteln der Gewalt. Am Ende des dritten Teils führt Batman die Polizeieinheiten einem mittelalterlichen Feldherren gleich in die Schlacht gegen die Truppen von Bane. Im Batman-Universum gibt es außerhalb der Gewalt keine anderen politischen Lösungen. Eine politische Kraft, die die sozialen Verhältnisse tatsächlich überwinden will, gibt es nicht. Batman muss sich deshalb am Ende immer weitreichenderer faschistischer Mittel bedienen, um Gotham und seine Bewohner\*innen zu retten – bis zur Aufhebung in einem schmittschen charismatischen Führer. *David Graeber* hat einschichtig bemerkt, dass diese Verhältnisse Batman nicht selbst zum Faschisten machen. Aber die Superhelden „sind einfach nur gewöhnliche, aber überaus mächtige Menschen, die in einer Welt leben, in welcher der Faschismus die einzige politische Möglichkeit darstellt.“<sup>36</sup>

## 5. Aufhebung der Gewalt

Die politische Gewalt des liberalen Rechtsstaats kann nur kurzfristig dazu führen, die sozialen Verhältnisse zu befrieden. Die offizielle Realität des Rechtsstaats ist immer prekär. Aus *Nolans* Interpretation der Batman-Filmreihe lässt sich für eine emanzipatorische Kritik die Schlussfolgerung ziehen, dass die Gewalt selbst aufzuheben ist. Aus diesem Grund griff *Theodor W. Adorno* die politischen Bewegungen von 1968 in ihrer Anwendung gewaltsamer Mittel scharf an: „Entweder die Menschheit verzichtet auf das Gleich um Gleich der Gewalt, oder die vermeintlich radikale politische Praxis erneuert das alte Entsetzen.“<sup>37</sup>

Die Superschurken spiegeln nur die staatliche Gewalt wider, doch lässt sich über diesen Zustand hinausgehen? Eine emanzipatorische Kritik verfolgt das Ziel, die politische Gewalt des Staates am Ende aufzuheben. Sie ist nicht daran interessiert, die Gewalt des Staates zu okkupieren und Volkstribunale zu errichten, sondern sie eliminiert den Straf-

---

34 *Quent*, Rassismus, Radikalisierung, Rechtsterrorismus. Wie der NSU entstand und was er über die Gesellschaft ver-rät (2016) 81.

35 *Pichl*, Zur Normalisierung des Terrors von rechts, *Hinterland* 2016, 41.

36 *Graeber*, Bürokratie 259.

37 *Adorno*, Marginalien zu Theorie und Praxis, in *ders*, Stichworte. Kritische Modelle (1969) 179.

apparat.<sup>38</sup> Sie bewahrt nicht das zwangsbewehrte Recht, sondern installiert das kontraintuitive Moment eines verpflichtenden Rechts ohne verpflichtend zu sein: „Eine radikal demokratische Gesellschaft, die auf staatlichen Zwang verzichtet, bekommt auf diese Weise den Charakter einer freiwilligen Assoziation. Das Recht ohne Zwang hat dann die Form einer gemeinsam getroffenen Vereinbarung.“<sup>39</sup>

Es ist fraglich, ob sich diese Sozialkritik am Rechtsstaat überhaupt im Film darstellen lässt. *Adorno* sprach nicht ohne Grund vom Bilderverbot einer kommenden Gesellschaft, in deren Bebilderung schon ein autoritärer Moment inhärent ist, indem der Ausgang des sozialen und demokratischen Prozesses dem eigentlichen politischen Kampf vorweggenommen wird. Aus popkulturellen Werken wie der Batman-Filmreihe sollte deswegen das Verständnis destilliert werden, dass eine freie Gesellschaft weder durch Batman als Superheld noch durch die Superschurken verkörpert wird. Es bedarf einer anderen Entscheidung, die durch die „offizielle Realität“ des Films ausgeblendet wird. Eine emanzipatorische Rechtskritik steht dann nicht für das notwendig Böse, sondern für das notwendig Gute.

Zum Abschluss möchte ich mit *Walter Benjamin* daran erinnern, dass wir auch einen anderen Begriff vom Ausnahmezustand brauchen. In *Nolans* Filmreihe wird der Ausnahmezustand erst durch die Figur des Batman ausgerufen, wenn der Rechtsstaat in der Krise ist. Doch für die sozial deprivierte und mit Repressionen verfemte Bevölkerung von Gotham, die *pars pro toto* für die sozial Abgehängten steht, ist der Ausnahmezustand die immerwährende Realität.

*Die Tradition der Unterdrückten belehrt uns darüber, 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 Ausnahmezustandes vor Augen stehen; und dadurch wird unsere Position im Kampf gegen den Faschismus sich verbessern.*<sup>40</sup>

Maximilian Pichl ist Jurist und promoviert am Institut für Öffentliches Recht der Goethe-Universität Frankfurt am Main zum NSU-Komplex; max.pichl@posteo.de

38 *Foucault*, Über Volksjustiz. Eine Auseinandersetzung mit Maoisten, in *ders*, Schriften in vier Bänden. Dits et Ecrits, Bd 2: 1970-1975 (2002) 424 (440).

39 *Loick*, Freiwilligkeit und Dissidenz. Ist ein Recht ohne Gewalt möglich? in *Martinsen/Flügel-Martinsen* Gewaltbefragungen. Beiträge zur Theorie von Politik und Gewalt (2013) 205 (214).

40 *Benjamin*, Über den Begriff der Geschichte, in *ders*, Gesammelte Werke Bd I/2 (1980) 691 (697).



# Unschöne Bilder

## Die Darstellung von Folter im Fernsehen

Gloria Halder

---

### 1. Das moralische Dilemma der Folter

Filmszene: Die CIA hält ein Al-Qaida Mitglied in Pakistan gefangen, das über Informationen verfügt, mit denen ein Terroranschlag in den USA, der viele Tote zur Folge hätte, verhindert werden kann. Um die Person zum Reden zu bringen, gehen die Agent\_innen über die üblichen Verhörmethoden hinaus, setzen Schlafentzug und körperliche Gewalt ein, in der Hoffnung, hunderten Menschen das Leben zu retten. Kann Folter in so einer Situation legitim sein? Dieses moralische Dilemma sieht im Film so einfach aus: Selbstverständlich dürfen Agent\_innen diese umstrittenen Mittel einsetzen, um eine Vielzahl von Menschenleben zu schützen.

Doch wie stellt sich dieses moralische Dilemma um den Einsatz von „Rettungsfolter“ in der theoretischen Debatte dar? In Ausnahmeständen und Zeiten des Krieges tritt vermehrt die Frage auf, ob politische Verantwortungsträger\_innen moralische und gesetzliche Regeln übergangen dürfen, um die Sicherheit der eigenen Bevölkerung zu bewahren. Es gibt zwei Ansätze, die sich mit dieser Frage beschäftigen. Der Ansatz des *Lesser Evils* (Ignatieff) und die *Dirty Hands Doktrin* (Walzer ua). Als Spezialfall, der in diesem Zusammenhang von VertreterInnen beider Ansätze aufgegriffen wird, gilt das *Ticking Bomb Terrorist Szenario*. Aus kulturwissenschaftlicher Sicht ist interessant, wie diese Ansätze in Werken der Populärkultur, im Folgenden in dem Thriller *Zero Dark Thirty* (2012) und der Serie *Hatufim* (2009), aufgegriffen werden und ob bzw wie die Thematik der (Un-)Legitimierbarkeit von Folter dort aufscheint.

*Zero Dark Thirty* ist ein Film der Regisseurin Kathryn Bigelow nach dem Drehbuch von Mark Boal, einem ehemaligen Journalisten. Der Film beruht auf den wahren Begebenheiten der CIA-geleiteten Suche und Tötung von Osama Bin Laden, dem Fadenzieher der Terroranschläge in den USA am 11. September 2001. Somit bezieht sich *Zero Dark Thirty* auf eine wesentliche Maßnahme der US-Regierung in ihrem Kampf gegen den Terror nach 9/11.

Die Serie *Hatufim* ist eine der erfolgreichsten israelischen Fernsehserien. Sie erzählt vom Schicksal zweier israelischer Soldaten, die nach 17-jähriger Gefangenschaft bei Terroristen nach Hause zurückkehren. In Rückblenden werden hier Folderszenen aus der Gefangenschaft dargestellt.

Die Analyse dieser populärkulturellen Werke führt zu der Frage, ob die mediale Darstellung der Diskussion um die Legitimierbarkeit von Folter, in der diese freilich gegenüber dem wissenschaftlichen Diskurs verkürzt wird, die Ausübung von Folter normalisiert bzw banalisiert? Dieser Frage liegt die Annahme zu Grunde, dass Populärkultur die öffentliche Meinung dahingehend beeinflusst, wie über gewisse Themen gesprochen werden kann und wie Handlungen bewertet werden. Filme und Serien sind als kulturelle Werke Teil der sozialen Praxis und besitzen eine gestaltende Kraft. Politische und gesellschaftliche Verhältnisse werden durch Filme nicht nur wiedergegeben, sondern auch mitgestaltet.<sup>1</sup>

## 2. Das Politische in der Populärkultur

Populärkulturelle audiovisuelle Formate können, neben ihrem oder gerade durch ihr unterhaltendes Potential, auch politische Inhalte kommunizieren. In der kulturwissenschaftlichen Forschung wird vermehrt von der Unterteilung in Werke der Unterhaltung oder Information abgegangen, da sich in der Praxis zunehmend die Mischung dieser Formate zeigt. Filme, die grundsätzlich den Unterhaltungsmedien zugeordnet werden, sind zugleich Bestandteil des politischen Alltags, indem sie die (politischen) Lebenswelten der Rezipient\_innen mitbeeinflussen. Durch den Konsum von populärkulturellen Werken können Zuseher\_innen ua politische Informationen erhalten und diese durch einen reflexiven Prozess in ihren Alltag übernehmen.<sup>2</sup>

Die Auswahl und Nutzung der populärkulturellen Werke durch die Rezipient\_innen ist nicht nur individuell, sondern auch gesamtgesellschaftlich relevant, da sie Modelle für zwischenmenschliches, aber auch politisches und im konkreten Fall va moralisches Denken und Handeln zeigen.<sup>3</sup> Rund um die Thematik der (Un-)Legitimierbarkeit von Folter sind gerade die Darstellung unterschiedlicher Argumentationslinien und die damit verbundenen moralischen Erwartungen an die Politik beachtenswert. Insbesondere kann die Frage, welche Maßnahmen im „Krieg gegen den Terror“ erfolgreich als „normal“ inszeniert werden, weitreichende Auswirkungen haben.

## 3. Die theoretische Debatte hinsichtlich der (Un-)Legitimierbarkeit von Folter

Bevor die Darstellung verschiedener Argumentationslinien zur (Un-)Legitimierbarkeit von Folter im Fernsehen analysiert wird, werden im Folgenden die entsprechenden theoretischen Ansätze dargestellt. Sowohl Vertreter\_innen des *Lesser Evils*, als auch die der *Dirty Hands* sehen gewisse umstrittene Maßnahmen im Kampf gegen den Terror uU als gerechtfertigt an. Wie die Theoretiker\_innen jedoch zu ihren Ergebnissen kommen, und

---

1 Weidinger, Politikwissenschaftliche Filmanalyse. Überlegungen zur Entwicklung eines Theorieansatzes (2012) 297.

2 Dörner, Politainment. Politik in der medialen Erlebnisgesellschaft (2001) 67.

3 Götz, Das Politische der Populärkultur. Politische Unterhaltung in audiovisuellen Texten und ihre Rezeption (2015) 139.

wie weit sie mit ihrer Argumentation gehen, ist unterschiedlich. Anschließend wird der Sonderfall des *Ticking Bomb Terrorist Szenarios* dargestellt.

### 3.1. Der *Lesser Evil* Ansatz

Bei der Moral des kleineren Übels geht es um die Abwägung von moralisch zweifelhaften Szenarios: Welche Übel dürfen politische Verantwortungsträger\_innen bzw eine Gesellschaft in Kauf nehmen, um größere Übel abzuwenden?<sup>4</sup> Dabei kann es bspw um die Frage gehen, ob Politiker\_innen unter bestimmten Umständen das Gemeinwohl über das Wohl von Individuen stellen dürfen, und wenn ja, bis zu welchem Grad sie das dürfen.<sup>5</sup> In unsicheren Zeiten bzw in Zeiten des Notstandes spitzt sich dieser Konflikt zu: Hier werden Demokratien hinsichtlich ihrer liberalen Verpflichtungen gegenüber der Menschenwürde einer Belastungsprobe ausgesetzt. Wenn es zur Beschränkung bürgerlicher Freiheitsrechte, etwa durch Maßnahmen wie Folter, kommt, kann dies über den jeweiligen Fall hinausgehende Schäden mit sich bringen. Diese können so schwerwiegend sein, dass sie, unabhängig davon, ob sie von einem großen Teil der Gesellschaft gefordert werden, als „Übel“ zu bezeichnen sind.<sup>6</sup> In der Moral des kleineren Übels sind Konsequenzen politischer Entscheidungen relevant und müssen in den Prozess der Maßnahmenfindung einbezogen werden. Gemessen an den Auswirkungen kann bspw ein übergriffiger Vernehmungsstil gerechtfertigt sein, allerdings bleibt dieser – unabhängig von den daraus erzielten Resultaten – eine Verletzung der Menschenwürde. Es wäre das kleinere Übel, doch bleibt die Handlung trotz attestierter Notwendigkeit moralisch falsch. Nach *Michael Ignatieff* ist es unabdingbar, zu unterscheiden, was durch Notwendigkeit und was durch die *Moral der Würde*<sup>7</sup> gerechtfertigt werden kann. Die Moral des kleineren Übels akzeptiert, dass es mitunter unvermeidlich ist, Menschen zu verletzen, um andere Menschen vor Schaden zu bewahren. Wichtig ist es dieser Denkart zufolge aber, im Auge zu behalten, ob dadurch demokratische Werte, um deren Verteidigung es an und für sich geht, verstärkt oder verraten werden.<sup>8</sup>

*Ignatieff* bezeichnet Folter als den härtesten Fall in der Moral des kleineren Übels. Hier steht ein absolutes Verbot im Namen der Menschenwürde den Nützlichkeitsabwägungen gegenüber, die ebenfalls hinsichtlich der Menschenwürde, nämlich zum Schutz unschuldiger Menschenleben getroffen werden.<sup>9</sup> Für *Ignatieff* liegt das Problem bei dieser Abwägung darin, zu erkennen, wann rechtfertigende Ausnahmen den Einsatz von Folter erlauben und zu definieren welche Formen von Zwang eine absolute Erniedrigung darstellen

4 *Ignatieff*, Das kleinere Übel. Politische Moral in einem Zeitalter des Terrors (2005) 15.

5 *Bellamy*, Dirty Hands and Lesser Evils in the War on Terror, *British Journal of Politics and International Relations* 2007, 517.

6 *Ignatieff*, Übel 37.

7 *Ignatieff*, Übel 24.

8 *Ignatieff*, Übel 41.

9 *Hudson*, Justice in a Time of Terror. *The British Journal of Criminology* 2009, 707.

und daher nie zulässig sind.<sup>10</sup> Er führt aus, dass bspw unterschiedliche Formen des Schlafentzugs, die die menschliche Gesundheit nicht schädigen, oder auch eine Fehlinformation, die bei Gefangenen Stress auslöst, erlaubten Zwang darstellen könnten – auch wenn diese Maßnahmen durchaus als Folter bezeichnet werden. Demgegenüber würden physischer Zwang oder auch Missbrauch, die erzwungene Einnahme von Drogen, der Entzug von Nahrung oder Wasser, aber auch eine permanente Verweigerung von Rechtsberatung, jedenfalls unerlaubten Zwang darstellen.<sup>11</sup> Nicht thematisiert wird an dieser Stelle, wieso physische Gewalt für *Ignatieff* ein größeres Übel darstellt als psychische Gewalt. Damit reproduziert er die Tabuisierung der körperlichen Gewalt und die Hierarchisierung von Gewaltformen in unserer Gesellschaft als Selbstverständlichkeit.

Als plausiblen Grund für ein absolutes Verbot körperlicher Folter nennt *Ignatieff*, dass niemand in die Situation gebracht werden sollte, entscheiden zu müssen, ob und wann körperliche Folter gerechtfertigt sei, und dass ihre Ausübung keinem Menschen befohlen werden darf. Das heißt, ein absolutes Folterverbot schützt seiner Ansicht nach auch vor der Last, diese Entscheidung treffen zu müssen.<sup>12</sup>

*Ignatieff* spricht sich also gegen und ausnahmslos gegen physische Folter aus. Zwei Argumente innerhalb seiner Erläuterungen zur Moral des kleineren Übels könnten jedoch Tür und Tor für Folter öffnen: Einerseits thematisiert er die Problematik der Grenzziehung, also ab wann ein intensives Verhör Folter darstellt. Andererseits stellt er auch die Frage, ob eine Maßnahme überhaupt ein Übel darstellen kann, wenn diese zum Wohle aller ist, und vergleicht Folter in diesem Zusammenhang sogar mit Steuern. Obwohl der Theoretiker physische Folter als unlegitimierbar bezeichnet, könnte seine Argumentation doch dahingehend ausgeweitet werden, physische Folter nicht als Übel zu sehen, wenn man damit tausende Menschen retten könnte. Hier befindet sich die Argumentationslinie des Theoretikers sehr nahe am *Ticking Bomb Terrorist* Szenario, das an späterer Stelle noch erläutert wird. Er argumentiert jedoch nicht anhand der Konsequenzen, die das Übel überwiegen, sondern stellt vielmehr die Frage, ob eine für den Staat notwendige Maßnahme überhaupt als Übel bezeichnet werden könne.<sup>13</sup> Damit widerspricht er zwar nicht explizit seiner selbst bestimmten Grenze der physischen Folter, lässt allerdings die Türe offen, auch Folter in Form von physischer Gewalt, wenn sie als notwendig eingeschätzt wird, zu legitimieren.

### 3.2. Die *Dirty Hands* Doktrin

Auch die *Dirty Hands* Doktrin setzt sich mit einem moralischen Dilemma auseinander: In manchen Situationen ist man dazu gezwungen, zwischen dem Aufrechterhalten eines

---

<sup>10</sup> *Ignatieff*, Übel 194.

<sup>11</sup> *Ignatieff*, Übel 194.

<sup>12</sup> *Ignatieff*, Übel 196.

<sup>13</sup> *Ignatieff*, Übel 36.

moralischen Prinzips und der Vermeidung eines Desasters zu wählen. Der Ansatz bezieht sich auf die Idee, dass Politiker\_innen in Zeiten von Krieg und anderen Ausnahmezuständen moralische Gebote, wie etwa die Gewaltlosigkeit, verletzen dürfen. *Michael Walzer* konkretisiert dies folgendermaßen: Es kann sein, dass eine bestimmte politische Handlung, von einem utilitaristischen Standpunkt aus gesehen, die einzig Richtige ist, und dennoch die politischen Entscheidungsträger\_innen dadurch moralische Schuld auf sich laden. *Walzer* sieht den Umstand, dass sich Politiker\_innen die Hände schmutzig machen müssen, als einen unvermeidbaren Part des politischen Lebens und nicht als einen Ausnahmefall.<sup>14</sup>

Innerhalb der *Dirty Hands Doktrin* wird ua auf Argumente von *Machiavelli* zurückgegriffen. Dieser vertrat die Ansicht, dass Politiker\_innen in Fragen der Kriegsführung nicht von moralischen Grundsätzen, sondern allein von der Notwendigkeit geleitet werden dürfen.<sup>15</sup> In Folge dessen verlangt die *Dirty Hands Doktrin* von den politischen Verantwortungsträger\_innen, dass diese sich – wenn notwendig – ihre „Hände schmutzig machen“, etwa indem sie Maßnahmen setzen, die sie unter anderen Umständen oder persönlich als unmoralisch empfänden, um die Sicherheit des Staates und dessen Bewohner\_innen zu garantieren.

Die Problematik der Folter nimmt auch innerhalb der *Dirty Hands Doktrin* eine kontroverielle Rolle ein. *Walzer* vertritt, dass jedes Gesetz im Falle von „supreme emergencies“ übergangen werden darf. Wenn die Gefahr immanent, unüblich und schrecklich ist und keine Alternativsituation eintreten kann, gäbe es *Walzer* zufolge kein Gesetz, das unantastbar sei.<sup>16</sup> Er sieht die Grenze dafür, wie weit eine liberale Demokratie gehen darf, um ein Übel zu vermeiden, einzig durch Nutzensabwägungen gesetzt. Gemäß *Steven Lukes* ist auch innerhalb des *Dirty Hands*-Ansatzes umstritten, ob Folter in einer liberalen Demokratie öffentlich anerkannt bzw rechtlich verankert werden kann, ohne die demokratischen und liberalen Werte zu untergraben. *Lukes* bezieht sich an dieser Stelle auf *Emile Durkheim*, der die Gefahren für Demokratien weniger im Praktizieren von Folter sieht, da genug Demokratien bestehen, obwohl bekannt ist, dass diese Folter einsetzen. Vielmehr liege die Gefahr darin, dass unsere Institutionen auf Reziprozität beruhen, die daher komme, dass sich Menschen in der Demokratie auf gegenseitigen Respekt, das Vermeiden von Grausamkeiten und den Schutz verletzlicher Personen verlassen und das der rechtlichen Verankerung von Folter zuwiderlaufe.<sup>17</sup>

Im Gegensatz zu *Ignatieffs* Ansatz des *Lesser Evils*, zieht *Walzers Dirty Hands Doktrin* also keine prinzipielle Grenze, wie weit eine liberale Demokratie im Falle eines moralischen Dilemmas gehen darf, sondern meint, dass im Einzelfall abzuwägen wäre. *Walzer* geht im Zuge seiner Darstellung auch auf das *Ticking Bomb Terrorist Szenario* ein. Er

14 *Walzer*, Political Action: The Problem of Dirty Hands. *Philosophy & Public Affairs* 1973, 160.

15 *Bellamy*, Dirty Hands 512.

16 *Walzer*, Just and Unjust Wars. A Moral Argument with Historical Illustrations (1977).

17 *Lukes*, Liberal Democratic Torture, *British Journal of Political Science* 2006, 12.

meint, Politiker\_innen, die sich in diesem Fall die Hände schmutzig machen, würden dadurch beweisen, dass sie sich nicht zu gut für Politik sind. Genau das zeichne moralische Politiker\_innen aus, dass sie sich die Hände – für unser aller Wohl – schmutzig machen.<sup>18</sup> In der Debatte um die Legitimation von Folter nimmt das *Ticking Bomb Terrorist Szenario* eine besondere Rolle ein. Hier wird versucht, anhand eines möglichst konkreten Szenarios – und dennoch eher realitätsfern – darzustellen, wie wichtig und selbstverständlich Folter im Ausnahmefall sei.

### 3.3. *Ticking Bomb Terrorist*

Das *Ticking Bomb Terrorist Szenario* (TBT) beschreibt den (hypothetischen) Fall einer gefangenen Person, die über einen bevorstehenden Terroranschlag Bescheid weiß. Die Person verfügt über geheime Informationen, die den Tod und die Verletzung einer Vielzahl von unschuldigen Zivilist\_innen verhindern könnten. Das Bsp wird oft herangezogen, um Folter im Ausnahmefall zu rechtfertigen. Während Folter in populärkulturellen Werken, wie bspw in der Serie *24 – twenty four*, in solch einem Szenario für die meisten Rezipient\_innen legitim erscheint, sind sich Theoretiker\_innen hinsichtlich des *Ticking Bomb Terrorist Szenarios* nicht so einig.

Die Macht des TBT liegt gemäß *Barbara Hudson* darin, dass dadurch liberale Theoretiker\_innen mit ihren eigenen Waffen geschlagen werden können: Wenn behauptet wird, dass das Verhindern von Grausamkeit höchste Priorität hat, wie kann dann die Legitimation von etwas in Frage gestellt werden, das so viel Grausamkeit verhindern könnte? *Hudson* stellt die Frage, ob es denn etwas Grausameres gibt, als nicht alles Mögliche zu unternehmen, um Tod und Leid zu vermeiden.<sup>19</sup> Das grundlegende Argument des TBT unterscheidet sich somit kaum von dem der anderen Ansätze. Durch die Verringerung der Komplexität des TBT werde das (moralisch) Undenkbare jedoch denkbar. So werden Maßnahmen sowohl von Politiker\_innen, als auch von der Öffentlichkeit hingenommen – auch wenn sie diese unter anderen Umständen möglicherweise ablehnen würden.<sup>20</sup> Das Szenario wird also in der Diskussion hinsichtlich der (Un-)Legitimierbarkeit von Folter dazu genutzt, das generelle Verbot von Folter-Praktiken zu lockern, va um Ausnahmen für Personen zu schaffen, die im „Krieg gegen den Terror“ als Verdächtige erscheinen. Auch wenn es intuitiv sinnvoll erscheinen mag, der Forderung, das Folterverbot aufzuheben, stattzugeben, gibt es gewichtige Argumente, die dagegensprechen. Das Szenario ist insofern „unfair“, als in der Realität die angenommenen Sicherheiten nie vorliegen. Bspw besteht nie die Gewissheit, dass durch den Erhalt spezifischer Informationen Menschen vor Leid bewahrt werden können. Man kann auch oft nicht wissen, ob die verhörte Person überhaupt über das Wissen verfügt, das man sich von dieser zu

---

18 Walzer, Action 167.

19 Hudson, Justice 707.

20 Hudson, Justice 709.

erhalten erhofft. Außerdem verschweigt das Szenario, dass Folter nicht unbedingt effizient ist. Menschen sagen unter Folter oft Dinge nur, damit die Folter aufhört. Auch bei der Jagd nach Osama Bin Laden waren schlussendlich nicht die Informationen, die die CIA durch Folterpraktiken erhalten hat, zielführend, sondern viel mehr die Ergebnisse detektivischer Überwachung.<sup>21</sup>

#### 4. Die Darstellung von Folter im Fernsehen

Das *Ticking Bomb Terrorist Szenario* wird auch im Film *Zero Dark Thirty* – etwas abgewandelt – aufgegriffen. Grundsätzlich thematisiert der Film die CIA-geleitete Suche nach Osama Bin Laden und seiner Tötung durch einen Soldaten einer Marineeinheit in der sogenannten Operation „Neptune’s Spear“ im Mai 2001 in Abbottabad, Pakistan. Bereits die Anfangsszene des Films ist von höchster Relevanz für diese Analyse: Man hört Original-Tonaufnahmen von Opfern des Terror-Anschlags am 11. September 2001 in den USA, das Bild beibt schwarz. Anschließend wechselt die Szene nach Pakistan, in ein geheimes CIA-Gefängnis, einen Raum, der wie eine Garage aussieht. Hier versucht der CIA-Agent Dan durch Waterboarding und andere Praktiken vom Gefangenen Ammar den Aufenthaltsort Bin Ladens zu erfahren. Das heißt, direkt auf die Terroranschläge mit vielen Opfern und großen Grausamkeiten folgt der amerikanische Krieg gegen den Terror, inklusive Folterpraktiken und anderen Menschenrechtsverletzungen. Dabei wurden die späteren Grausamkeiten als logische Konsequenz der früheren dargestellt. In dieser Stimmung konfrontiert die Regisseurin die Rezipient\_innen, vermittelt durch die CIA-Agentin Maya, die gerade erst nach Pakistan versetzt wurde, mit der ersten Verhör- bzw. Folterszene.

Die *TBT* Situation wird in *Zero Dark Thirty* so dargestellt, als wäre es notwendig, Osama Bin Laden so bald wie möglich zu fassen, um nach 9/11 weitere Terroranschläge zu verhindern. Daher sei jede Folter legitim, um Informationen über seinen Aufenthaltsort zu erhalten. Zeitdruck entsteht hinsichtlich der Ausforschung von Bin Laden und allgemeiner Informationsbeschaffung über al-Qaida-Terrorzellen, um weitere Anschläge zu verhindern. Dieser Druck (und damit das *TBT*-Szenario) wird dadurch aufgebaut, dass zwischen den Szenen, in denen die CIA auf der Suche und in Gefängnissen zu sehen ist, immer wieder Nachrichten von Terroranschlägen gezeigt werden – für die sich die CIA Agent\_innen tw die Schuld geben. Bei den Anschlägen handelt es sich um wahre Begebenheiten, die sicherlich tatsächlich Druck auf die Arbeit der CIA ausgeübt haben. Dabei kommt es aber auch zu einer Abweichung von den tatsächlichen Ereignissen: Es wirkt, als ob die Foltermaßnahmen effektiv gewesen wären und direkt zu Bin Laden geführt hätten: Die Protagonistin Maya sieht sich Foltervideos an, die zu dessen Kurier

---

21 *Süddeutsche Zeitung*, Zehn Jahre auf der Flucht, fünf Häuser, vier Kinder. [www.sueddeutsche.de/politik/osama-bin-ladens-versteckspiel-zehn-jahre-auf-der-flucht-fuenf-haeuser-vier-kinder-1.1322351](http://www.sueddeutsche.de/politik/osama-bin-ladens-versteckspiel-zehn-jahre-auf-der-flucht-fuenf-haeuser-vier-kinder-1.1322351) (19.12.2016).

führen. Allerdings kommt in dem Film auch heraus, dass es Hinweise auf ebendiesen Kurier bereits kurz nach dem 11. September 2001 gab, denen jedoch nicht nachgegangen wurde, da es damals zu viele Hinweise gab. Genau dieser Punkt wird ua auch von Theoretiker\_innen wie *Hudson* kritisiert: Die Sicherheit, dass durch Folter größere Übel abgewendet werden können, ist in der Realität nicht gegeben.<sup>22</sup> In *Zero Dark Thirty* kommt es schließlich sogar dazu, dass sich Maya, die dies zunächst ablehnte, selbst an der Folter beteiligt. Sie reicht ihrem Kollegen den Kübel für das Waterboarding und macht sich dadurch selbst die „Hände schmutzig“ – obwohl sie dieser Maßnahme nach wie vor kritisch gegenübersteht. Dieser Moment wirkt wie eine Verbildlichung der *Dirty Hands Doktrin*: Mayas Abneigung gegenüber den Folterpraktiken, und ihre Überwindung, an diesen doch teilzunehmen, bildet zugleich die Trennung von privater und öffentlicher Moral ab. So lehnt sie diese Maßnahmen privat zwar ab, aber als CIA-Agentin kann sie ihre private Moral nicht berücksichtigen und nimmt das notwendige Übel des politischen Lebens auf sich.<sup>23</sup> Neben den physischen Foltermaßnahmen in *Zero Dark Thirty*, die man explizit sieht, und auch durch die offensichtlichen Misshandlungsmale am Körper der Häftlinge erahnen kann, sieht man auch Folter-Szenen, die *Ignatieff* als psychische Folter kategorisieren würde, etwa die Beschallung mit extrem lauter Heavy Metal Musik und Schlafentzug. Auch entwürdigende Maßnahmen wie das Anlegen eines Hundehalsbands und „Gassi Gehen“ oder auch das Entblößen der Geschlechtssteile der Häftlinge werden dargestellt. Solche nicht physisch gewalttätigen Foltertechniken werden von vielen Theoretiker\_innen, unter anderem von *Ignatieff*, als legitim erachtet. *Ignatieff* bezeichnet diese Maßnahmen nicht einmal als Folter, sondern versteht sie als „intensives Verhör“.<sup>24</sup>

Im Gegensatz zu *Zero Dark Thirty*, wo die Wahrnehmung von Folter durch die folternden Personen im Vordergrund steht, wird in *Hatufim* die Perspektive der Gefolterten dargestellt. Gezeigt werden hier sowohl kurze Sequenzen von der Folter selbst, als auch Narben und Langzeitfolgen der Opfer. Grundsätzlich wird Folter immer nur in kurzen Ausschnitten visualisiert. Diese reichen aus, um schockierende Bilder bei den Rezipient\_innen auszulösen. Obwohl weniger Maßnahmen gezeigt werden bzw die Sequenzen kürzer andauern als bei *Zero Dark Thirty*, werden sie mMn dennoch als grausamer dargestellt. Das liegt vermutlich daran, dass sich die Rezipient\_innen eher mit den Opfern identifizieren, wogegen in *Zero Dark Thirty* die rationale Vernunft der Agent\_innen den Schmerz der Gefangenen beinahe zu legitimieren scheint. In der Serie *Hatufim* wird nicht thematisiert, was die Gründe für den Einsatz von Folter sind. Es wird auch nicht berücksichtigt, ob die handelnden Personen moralische Bedenken haben. Vielmehr wird behandelt, welche Auswirkungen in Form von Verletzungen und Traumata bei den Opfern ausgelöst werden, und welche Macht man durch den Einsatz von Folter erlangen kann.

---

22 *Hudson*, Justice 709.

23 *Ignatieff*, Übel 33.

24 *Ignatieff*, Übel 191.



In *Hatufim* sieht man in Form von Rückblenden, dass die Soldaten auch gezwungen wurden, sich gegenseitig zu misshandeln. Hier sieht man – ähnlich wie in *Zero Dark Thirty* – den Widerwillen, wobei dieser in dem Fall nicht aus einem Verpflichtungsgefühl übergangen wird, sondern zum bloßem Selbstschutz. Das heißt, sie machen sich nicht für die Gesellschaft die Hände schmutzig, sondern um sich selbst zu retten.

Generell besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen *Zero Dark Thirty* und *Hatufim*: Die Darstellung von Folter in *Hatufim* wirkt traditioneller, da die Thematik eher versteckt dargestellt wird. Die Maßnahmen werden nicht von Agent\_innen eines liberalen Staates, sondern von Terroristen praktiziert. Der Einsatz von Folter wird zu dem, was Demokratien, die die Menschenwürde schützen, von barbarischen Verbrecher\_innen unterscheidet. Allerdings ist diese Trennung in der Realität eben nicht so einfach. In diesem Zusammenhang nimmt *Zero Dark Thirty* eine wichtige Rolle ein, indem der Film aufzeigt, dass diese Maßnahmen eben nicht nur von „den anderen“ ergriffen werden. Wesentlich ist, dass die Foltermaßnahmen durch die Terroristen, also „die anderen“, in *Hatufim* nur als grausam und barbarisch dargestellt werden – ohne dies mit rechtfertigenden Überlegungen zu flankieren. In *Zero Dark Thirty* wird Folter zwar auch als grausam dargestellt, allerdings kommt es zu einer anderen Beurteilung. Folter wird als ein zu vermeidendes, aber notwendiges Mittel des Rechtsstaates im Kampf gegen die Verbrecher\_innen ausnahmsweise legitimiert. Der Einsatz von Folter wird in *Hatufim* außerdem als wirkungslos dargestellt, da die Soldaten schlussendlich nicht an der Folter zerbrochen sind – wogegen *Zero Dark Thirty* Folter als wesentliches Mittel auf der Suche nach Osama Bin Laden darstellt.

Ein weiterer relevanter Unterschied zwischen den beiden Werken liegt darin, dass die Agent\_innen in *Zero Dark Thirty* die Möglichkeit gehabt hätten, aufzuhören. Sie waren in der Machtposition, den weiteren Verlauf der Verhöre zu bestimmen. Durch diese Darstellung wird verstärkt, dass sie sich diese Last, gegen ihren Willen, zum Wohle der Gesellschaft aufbürden und so zu Held\_innen stilisiert werden. Wogegen die Terroristen in *Hatufim* nie in dieser Differenziertheit gezeigt werden: Sie sind die Feinde, die grausam foltern, was nie legitimiert werden kann. In den Rückblenden in *Hatufim* werden die Folternden, im Gegensatz zu *Zero Dark Thirty*, nicht als moralisch zerrissen dargestellt. Grundsätzlich wird deren Perspektive überhaupt nicht debattiert. Der CIA-Agent Dan hingegen, der in *Zero Dark Thirty* anfangs die Folter durchführt, ist stark gezeichnet und mitgenommen. Die Unaufgeregtheit, mit der er allerdings damit umgeht, erweckt den Eindruck, dass es zwar Überwindung kostet – zum Wohle der Nation aber getan werden muss. Dadurch wird die Folter fast zu einem heroischen Akt erhoben. Der Agent, der sich die Hände schmutzig macht, nimmt die Last auf sich – womit beinahe biblische Bilder erzeugt werden. Nach Mayas ersten Folterhandlungen sagt ihr Kollege salopp: „Come on, let’s get a coffee“. Dadurch banalisiert er die zuvor gezeigten Maßnahmen. Die Situation wird so abgemildert, um die psychologischen Schäden, die diese auf die Folterer\_innen haben, zu schmälern. So wird der CIA-Agent nicht unbedingt sympathisch dargestellt, sondern es werden die Strategien gezeigt, mit denen er es schafft, die Maß-

nahmen, die er ausführt, nicht zu sehr an sich heranzulassen. Dies ist ein weiterer Punkt, in dem sich *Hatufim* stark von *Zero Dark Thirty* unterscheidet: In *Hatufim* machen die befreiten Soldaten Witze über ihre Gefangenschaft und über die traumatischen Dinge, die sie überlebt haben – wobei das wesentlich mehr als Überlebensstrategie dargestellt wird. Hätten sie ihren Humor nicht behalten, hätten sie die Gefangenschaft wohl nicht über Jahre ausgehalten. Bei den CIA-Agent\_innen in *Zero Dark Thirty* wirkt dieser Zynismus hingegen viel mehr wie Resignation: Ja, es ist unerträglich die Gefangenen zu foltern, aber was soll man sonst machen.

## 5. Conclusio

In Filmen, die reale Begebenheiten abbilden sollen, ist es teils notwendig, Wahrheiten darzustellen, die von den Rezipient\_innen als unangenehm empfunden werden. Ein Spielfilm darf selbstverständlich auch von der Wirklichkeit abweichen – im Interesse der Dramaturgie und des Spannungsbogens. Es ist nicht neu, dass Folter in Spielfilmen und Serien gezeigt wird, sei es in Horrorfilmen wie *Hostel* (2005) oder in biblischen Spielfilmen wie der *Passion Christi* (2004). Mit dem Anspruch, auf wahren Begebenheiten zu beruhen und mit der Deutlichkeit, mit der die Foltermethoden dargestellt werden, bildet *Zero Dark Thirty* allerdings eine Ausnahme. Dabei geht es nicht nur darum, dass Folter gezeigt wird, sondern auch darum, wie offen darüber gesprochen wird. Diese Offenheit stellt einerseits eine Chance dar, die problematischen Praktiken ins öffentliche Bewusstsein zu rufen und in Folge abzuschaffen. Gleichzeitig kann diese Offenheit ein trauriges Zeichen für einen Wandel unserer ethischen und politischen Standards darstellen.<sup>25</sup> Die Art, wie über Folter im öffentlichen Diskurs gesprochen wird, ist in einem Wandel begriffen, der die Türe zu diesen Praktiken immer mehr öffnet. Während früher die Ausübung von Folter meist versteckt wurde, kommt es vermehrt zu einer „liberalen Ehrlichkeit“.<sup>26</sup>

Folter wird in *Hatufim* als grausame Menschenrechtsverletzung dargestellt, die nicht im Auftrag von Rechtsstaaten, sondern von Verbrecher\_innen vollzogen wird. Die Rezipient\_innen können sich wohl darauf einigen, dass diese Maßnahmen niemals legitimiert werden können, und durch Konventionen absolut verboten sein sollten. Auf die Motive der Terroristen wird kein Bezug genommen, wodurch die Frage der Legitimierbarkeit bereits im Vorhinein ausgeschlossen wird.

Die Darstellung von Folter im Film *Zero Dark Thirty* folgt weitestgehend der Argumentation der *Dirty Hands Doktrin*. Durch das Einbringen realer Ereignisse, gelingt es dem Film, den Zeitdruck überzeugend darzustellen und ein *Ticking Bomb Terrorist* Szenario

25 Žižek, The depraved heroes of 24 are the Himmlers of Hollywood, [www.lrb.co.uk/v24/n10/slavoj-zizek/are-we-in-a-war-do-we-have-an-enemy](http://www.lrb.co.uk/v24/n10/slavoj-zizek/are-we-in-a-war-do-we-have-an-enemy) (19.12.2016).

26 Žižek, Are we in a war? Do we have an enemy? [www.theguardian.com/media/2006/jan/10/usnews.comment](http://www.theguardian.com/media/2006/jan/10/usnews.comment) (19.12.2016).

zu erzeugen. Dieses kann Einfluss nehmen auf die Haltung der Rezipient\_innen gegenüber politischen Verantwortungsträger\_innen hinsichtlich der Legitimierung von Folter.<sup>27</sup> Zuseher\_innen könnten auf Basis dieser vereinfachten Argumentation die Meinung bilden, dass Folter ein legitimes Mittel darstellt, um terroristische Bedrohungen abzuwenden. Folter Praktiken werden als grausame, aber notwendige Maßnahmen inszeniert, die von sich aufopfernden Agent\_innen im Namen der Nation vorgenommen werden müssen. Dabei wird das *Ticking Bomb Terrorist* Szenario aufgegriffen, um Verständnis für diese Argumentationslinie bei den Rezipient\_innen zu bewirken. Mit dem *Lesser Evil* Ansatz käme man zu einer anderen Einschätzung: *Ignatieff* würde die eingesetzten Maßnahmen wohl nicht mehr als kleinere Übel qualifizieren, da sie die von ihm gesetzte Grenze der physischen Folter überschreiten, und könnte sie somit nicht legitimieren. Die Handlungen der Protagonistin von *Zero Dark Thirty* folgen zwar in vielen Punkten der Logik der *Dirty Hands Doktrin*. Insgesamt ist allerdings problematisch, dass die Voraussetzung der Notwendigkeit verkürzt und damit nicht in der Komplexität dargestellt wird, wie sie in der *Dirty Hands Doktrin* diskutiert wird. Die drohenden Gefahren werden als so übermächtig dargestellt, dass das *TBT*-Szenario quasi unhinterfragt bleibt. Durch die Darstellung im Film scheint Folter wie die nüchterne, traurige, aber einzige Möglichkeit im Kampf gegen den Terror. Dadurch wird eine legitime Ausnahme vom an sich absoluten Verbot – und damit dessen Relativierung – denkbar.

*Ignatieff* bezeichnet die Legitimierung von Ausnahmen im Notstand als gefährlich. Zu viele Vorrechte und Ausnahmen schaden der Effektivität des Rechts und zerstören so einen Grundwert der liberalen Demokratie. Er bezeichnet genau dies als die größte Gefahr, die vom Terrorismus ausgeht: Er könnte die rechtsstaatlichen Grundpfeiler der Demokratie zerstören. *Ignatieff*, mit dessen Worten ich schließen möchte, sieht darin eine der wesentlichen Gefahren des Terrorismus, die wir, meiner Meinung nach, auch im Zuge der Debatten rund um die Legitimation von Folter bedenken sollten: „Terroristen suchen die Maske des Rechts abzureißen, um das dahinter steckende nihilistische Herz des Zwangs zu enthüllen, und wir müssen uns selbst und den Bevölkerungen, um deren Loyalität wir uns bemühen, zeigen, dass die Herrschaft des Rechts keine Maske ist, sondern das wahre Abbild unserer Natur“.<sup>28</sup>

Gloria Halder MA ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Wien; gloriahldr@gmail.com

---

<sup>27</sup> Dörner, *Politainment* 168.

<sup>28</sup> *Ignatieff*, *Übel* 198.

# „I want the truth“

## Selbstbestimmung im medizinischen Kontext in Breaking Bad

Katharina Leitner

---

### 1. Einleitung

Walter White, 50-jähriger Chemielehrer und Protagonist der US-amerikanischen Fernsehserie „Breaking Bad (BB)“<sup>1</sup>, erhält in der ersten Episode die Diagnose Lungenkrebs in weit fortgeschrittenem Stadium. Dadurch sieht er sich vor die Herausforderung gestellt, einerseits genügend Geld für eine mögliche medizinische Behandlung aufzubringen und andererseits seine Familie vor seinem Ableben so gut wie möglich finanziell abzusichern. Als studierter Chemiker entschließt sich Walter, die Droge Crystal Meth herzustellen und mithilfe eines ehemaligen Schülers zu verkaufen, um möglichst schnell an viel Geld zu kommen. Er macht Karriere in der Unterwelt und findet Gefallen daran, sich so selbst zu verwirklichen. Mit seiner Entwicklung vom Chemielehrer zum Drogenboss geht ein Ringen um Selbstbestimmung um den eigenen Körper und um die Gestaltung seiner verbleibenden Lebensmonate einher. Da die Beziehung zu seiner Frau Skyler, die vor der Krebsdiagnose die meisten Entscheidungen für ihn traf, verändert sich dahingehend, dass Walter plötzlich Entscheidungen trifft, ohne Skyler miteinzubeziehen.

Schon diese kurze Darstellung des Plots der Serie, die mittlerweile Kultstatus erlangt hat<sup>2</sup> und deren letzte Staffel in den USA durchschnittlich 4,2 Mio ZuschauerInnen pro Episode erreichte<sup>3</sup>, macht deutlich, dass BB zahlreiche Themen des Medizinrechts behandelt. Offensichtlich ist mE die Kritik am US-Gesundheitssystem: Die Krebsdiagnose in einem Gesundheitssystem, in dem viele Personen nicht versichert sind und Versicherungen ihre KundInnen im Falle von Krankheit kündigen können, führt dazu, dass Walter sich auf kriminelle Weise Geld beschafft. Ein weiteres medizinrechtliches Thema ist der rechtliche, medizinische und gesellschaftliche Umgang mit der Droge Crystal Meth bzw deren KonsumentInnen. Durch die Darstellung von Walters DrogenabnehmerInnen, die alle-

---

1 BB wurde von *Sony Pictures Television* für den US-amerikanischen Kabelsender AMC produziert. Die Serie besteht aus 62 Episoden in fünf Staffeln und wurde von 2008 bis 2013 erstmals ausgestrahlt. Die Idee stammt von Vince Gilligan, der gemeinsam mit Mark Johnson Produzent der Serie ist.

2 *Gschmeidler*, „Breaking Bad“: die Kultserie von A bis Z, <http://kurier.at/wirtschaft/atmedia/breaking-bad-die-kultserie-von-a-bis-z/21.751.664/slideshow> (22. 11. 2016); *DerStandard.at*, „Breaking Bad“ schafft es ins Guinness Buch der Rekorde, <http://derstandard.at/1378248451881/Breaking-Bad-schafft-Eintrag-ins-Guinness-Buch-der-Rekorde> (22.11.2016).

3 *Filmstarts.de*, Breaking Bad: Zuschauer, <http://www.filmstarts.de/serien/3517/zuschauer/> (22.11.2016).

samt risikoreichen Drogenkonsum<sup>4</sup> ausüben, wird aufgezeigt, wie der Konsum von Crystal Meth mit gesellschaftlichem Abstieg einhergeht. Trotz dieser negativen Darstellung wird BB dafür verantwortlich gemacht, dass Crystal Meth, das in Österreich als Suchtmittel iSd § 2 Abs 2 SMG<sup>5</sup> gilt, nunmehr häufiger konsumiert wird.<sup>6</sup> BB thematisiert weiters den Kinderschutz: Von drogenabhängigen Eltern vernachlässigte Kinder werden ebenso dargestellt wie Kinder, die Gewalt erfahren, selbst zur Ausübung von Gewalt gezwungen werden oder durch Behinderungen eingeschränkt sind.<sup>7</sup>

BB dient daher in vielfacher Hinsicht als Bsp dafür, wie medizinrechtliche Themen in der Populärkultur dargestellt und diskutiert werden. Die Schlüsselszenen für die Entwicklung von Walters Charakter sind jedoch stets jene, in denen es um medizinische Entscheidungsfindung geht. Selbstbestimmung ist das Hauptthema der Serie und es wird va darüber verhandelt, wer im Krankheits- oder Verletzungsfall über das Ob und Wie der medizinischen Behandlung entscheidet. Im Folgenden wird daher anhand von drei konkreten Szenen gezeigt, wie Aufklärung und Einwilligung in der Kultserie dargestellt werden und wie die österr Rechtslage diesbezüglich aussieht. Die Darstellung von Recht, insb in realistischen Settings in Fernsehserien und Film, spiegelt unser Rechtsverständnis nicht nur wider, sondern prägt es auch.<sup>8</sup> *Sarat/Douglas/Umphrey* gehen sogar so weit zu sagen, dass massenmedial vermittelte Bilder von Recht und dem Rechtssystem die Gesellschaft in gleichem Ausmaß prägen wie die Globalisierung, der Neokolonialismus oder die Menschenrechte.<sup>9</sup>

Regisseur *Michael Slovis* sagt über die Serie: „There is nothing arbitrary or by chance in this show. Absolutely nothing.“<sup>10</sup>. Man kann daher davon ausgehen, dass den MacherInnen von BB die Wechselwirkung zwischen Recht und Populärkultur bewusst war, was eine Analyse der im Folgenden besprochenen Szenen hinsichtlich des Themas Selbstbestimmung besonders reizvoll macht.

---

4 Nach der Definition der Europäischen Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht wird unter risikoreichem Drogenkonsum „der wiederholte Drogenkonsum, welcher Schaden (Abhängigkeit, aber auch andere gesundheitliche, psychologische oder soziale Probleme) für die Person verursacht oder sie einem hohen Risiko einen solchen Schaden zu erleiden aussetzt“, verstanden (*Weigl/Anzenberger/Busch/Horvath/Tüscherl*, Bericht zur Drogensituation 2015 [2015] 49).

5 Bundesgesetz über Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Drogenausgangsstoffe (SMG) BGBl I 1997/112 idF BGBl I 2016/23.

6 *RP Online*, Droge auf dem Vormarsch. Crystal Meth macht Experten zunehmend Angst, <http://www.rp-online.de/panorama/deutschland/crystal-meth-macht-experten-zunehmend-angst-aid-1.3194489> (28.11.2016).

7 Siehe etwa Staffel 2/6; Staffel 2/11; Staffel 3/11.

8 *Joseph/Mertez*, Law and Pop Culture: Teaching and Learning Law Using Images from Popular Culture, *Social Education* 2000, 206; *Sarat/Douglas/Umphrey* (Hrsg), *Law on the Screen* (2005); *Goodman*, *Approaches to Law and Popular Culture*, *Law & Social Inquiry* 2006, 757.

9 *Sarat/Douglas/Umphrey*, *On Film and Law: Broadening the Focus*, in *Sarat/Douglas/Umphrey* (Hrsg), *Law on the Screen* (2005) 1 (1).

10 *Lang/Dreher*, *Breaking Down Breaking Bad. Dramaturgie und Ästhetik einer Fernsehserie* (2013) 7.

## 2. Aufklärung

Nach hRsp stellt grds jede medizinische Heilbehandlung, die mit einer Verletzung der körperlichen Integrität verbunden ist, eine rechtswidrige Körperverletzung dar<sup>11</sup>, die durch die Zustimmung des/der PatientIn rechtmäßig wird. Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Einwilligung ist eine vorangegangene entsprechende Aufklärung. Ist der/die PatientIn unzureichend aufgeklärt, ist dessen/deren Einwilligung nicht rechtswirksam und der medizinische Eingriff rechtswidrig.<sup>12</sup>

Der/die PatientIn muss aufgrund des Aufklärungsgesprächs in der Lage sein, die Tragweite seiner/ihrer Zustimmung zum Eingriff zu überblicken. Der/die Arzt/Ärztin hat die Aufgabe, die für diese Entscheidung maßgebenden Kriterien zu liefern.<sup>13</sup> Die Aufklärung darf nur dann entfallen, wenn durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des/der zu Behandelnden ernstlich gefährdet wäre.<sup>14</sup>

In BB werden regelmäßig Aufklärungsgespräche zwischen Ärzten (es sind stets Ärzte und keine Ärztinnen, die das Aufklärungsgespräch führen) und PatientInnen dargestellt.<sup>15</sup> Die Pilotfolge zeigt ein Aufklärungsgespräch zwischen Walter und Dr. Belknap, der ihm mitteilt, dass er an einem inoperablen Lungenkrebs leide und bei Inanspruchnahme einer Chemotherapie eine Lebenserwartung von wenigen Jahren habe. Auffällig ist die Inszenierung des Aufklärungsgesprächs: Die ZuschauerInnen erleben dieses aus Walters Sicht und sehen zwar, dass der Arzt spricht, der Gesprächsinhalt wird jedoch von einem in Walters Inneren vorgehendem Rauschen und Dröhnen übertönt. Durch diese Inszenierung wird die oftmals auftretende Überforderung der PatientInnen veranschaulicht, die dazu führt, dass die Worte des/der Arztes/Ärztin nicht realisiert werden. Zur Überprüfung des Verständnisses obliegt es dem/der Arzt/Ärztin, Kontrollfragen zu stellen. Dr. Belknap kommt dieser Anforderung in der Szene nach und spricht mit den Worten „I just need to make sure you fully understand“ sogar seine rechtliche Verpflichtung, diese Fragen zu stellen, an. Walter gibt das Gesagte emotionslos wieder und weist den Arzt dann auf einen Senffleck auf seinem weißen Kittel hin, was erneut verdeutlicht, dass PatientInnen im Rahmen des Aufklärungsgesprächs oftmals nicht in der Lage sind, die Ernsthaftigkeit der Situation bewusst wahrzunehmen. So hat zB eine Studie aus 2011 gezeigt, dass sich vermeintlich optimal aufgeklärte PatientInnen am Tag nach dem Aufklärungsgespräch grds eher an die Informationen über nicht so schwerwiegende Komplikationen

---

11 OGH 23.6.1982, 3 Ob 545/82; 19.12.1984, 3 Ob 562/84; 23.1.1986, 6 Ob 683/84; 12.11.1992, 8 Ob 628/92; 31.1.1995, 4 Ob 509/95; 30.1.1996, 4 Ob 505/96; 18.7.2011, 6 Ob 168/10 i.

12 OGH 4.7.1991, 6 Ob 558/91; 23.2.1999, 4 Ob 335/98p; 23.11.1999, 1 Ob 254/99f; *Steiner*, Die ärztliche Aufklärungspflicht nach österreichischem Recht, JBl 1982, 169 (169); *Juen*, Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für den Behandlungsfehler – der Arzthaftungsprozess in Österreich<sup>2</sup> (2005) 95.

13 OGH 25.1.1990, 7 Ob 727/89; 15.3.2001, 6 Ob 258/00k; 29.1.2015, 6 Ob 214/14k; *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1299 Rz 26 (Stand 1.1.2007, rdb.art).

14 § 110 Abs 2 StGB; § 8 Abs 3 KAKuG; § 173 Abs 3, § 283 Abs 3 ABGB; § 12 PatVG; für viele OGH 23.6.1982, 3 Ob 545/82.

15 Staffel 1/1; Staffel 1/4; Staffel 2/3; Staffel 2/9; Staffel 2/11; Staffel 3/8; Staffel 3/9.

erinnern, als an die lebensgefährlichen. Ein Prozent behauptete sogar, gar nicht aufgeklärt worden zu sein.<sup>16</sup>

Die beschriebene Szene präsentiert das heutige Ideal eines/einer aufklärenden Arztes/Ärztin: Das Gespräch findet ohne Zeitdruck in einem Büro und nicht etwa in einem hektischen Untersuchungszimmer oder unter Anwesenheit weiterer Personen statt. War das ÄrztIn-PatientIn-Verhältnis bis in die 1960er paternalistisch geprägt<sup>17</sup> und wurde auch in Fernsehserien bis in die 1970er Jahren so dargestellt<sup>18</sup>, gilt nunmehr der Wille des/der PatientIn als oberste Richtschnur der Medizin und spielen Aufklärung und Einwilligung eine zentrale Rolle.<sup>19</sup> BB zeigt dies deutlich, veranschaulicht jedoch gleichzeitig, dass der/die PatientIn mit der Aufklärung idR überfordert ist, selbst wenn das Gespräch gut geführt wird.

### 2.1. AufklärungsadressatIn oder die Erwartungen von Marie

In Staffel 3, Episode 9, kommt es zu einer Szene, in der Hank, Walters Schwager, nach einer Schussverletzung stationär in einer Krankenanstalt aufgenommen ist. Aufgrund einer Schädigung der Nervenbahnen seiner Beine ist unsicher, inwieweit Hank gelähmt ist und ob er jemals wieder gehen können wird. Der Arzt führt am Krankenbett Untersuchungen durch und klärt währenddessen über weitere Behandlungsmöglichkeiten und Folgen der Verletzung auf. Das Aufklärungsgespräch findet im Beisein von Hanks Ehefrau Marie sowie Skyler statt und richtet sich in erster Linie an diese und nicht an Hank. Der Arzt ist im Rahmen des Gesprächs vorrangig bemüht, die beiden Frauen zu beruhigen und die sichtlich schwere Verletzung möglichst positiv darzustellen. Dies va auch deshalb, weil Marie hohe Erwartungen an die Behandlung stellt und es kaum erwarten kann, dass Hank die Krankenanstalt gehend wieder verlässt. Hank versucht zwar mit den Worten „I want the truth“ deutlich zu machen, dass er über seinen Gesundheitszustand wahrheitsgemäß aufgeklärt werden möchte, sein Anliegen wird jedoch nicht berücksichtigt.

BB thematisiert mit dieser Szene die Frage, wer AufklärungsadressatIn ist bzw sein soll. Da die Aufklärung dazu dient, die Grundlage für die Einwilligung in eine konkrete medizinische Maßnahme zu schaffen, muss sie gegenüber jener Person erfolgen, die die Einwilligung zu erteilen hat. Das ist idR der/die PatientIn selbst. Voraussetzung dafür ist, dass er/sie hinsichtlich der konkreten Behandlung einsichts- und urteilsfähig ist,<sup>20</sup> was bei Hank zweifellos gegeben ist. Fehlt dem/der PatientIn die Einsichts- und Urteilsfähig-

16 *Eran/Erdmann/Yüksel/Dahlem/Er*, Überprüfung des Patientenwissens nach Aufklärung vor invasiver Koronarangiographie, *Deutsche Medizinische Wochenschrift* 2011, 2407.

17 *Wallner*, Rechtsethischer Anspruch und faktische Grenzen von Patientenaufklärung und Informed Consent, *Zeitschrift für Gesundheitspolitik* 2013, 73 (75).

18 *Bittner/Armbrust/Krause*, „Doctor knows best“? – Eine Analyse der Arzt-Patient-Beziehung in der TV-Krankenhausserie *Dr. House*, *Ethik in der Medizin* 2013, 33 (37).

19 *Wallner*, *Zeitschrift für Gesundheitspolitik* 2013, 73 (75).

20 *Engljäbringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 139; *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung. Handbuch für Ärzte, Juristen und Patienten<sup>2</sup> (2004) 81; *Laufs*, *Arztrecht*<sup>5</sup> (1993) Rz 222; *Memmer in Aigner*/



keit, so ist AufklärungsadressatIn jene Person, die anstelle des/der PatientIn berufen ist, in eine ärztliche Behandlungsmaßnahme einzuwilligen oder diese abzulehnen.<sup>21</sup>

Dritte Personen dürfen nicht aufgeklärt werden, sofern der/die PatientIn den/die Arzt/Ärztin nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbindet (§ 54 ÄrzteG; § 9 KAKuG; § 121 StGB). Da keine Formerfordernisse für diese Entbindung bestehen, kann diese auch konkludent erfolgen,<sup>22</sup> wobei das Mitbringen einer Person oder das Beginnen des Gesprächs im Beisein derselben als eine konkludente Entbindung gesehen wird.<sup>23</sup> Wie das Bsp aus BB jedoch verdeutlicht, darf nicht leichtfertig von einer solchen ausgegangen werden. Die Anwesenheit seiner Angehörigen führt im Falle von Hank dazu, dass er nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wird. Aus Rücksicht auf die Ängste der Angehörigen ist die Aufklärung des Arztes nicht umfassend und er spricht zum Zweck der Beruhigung hauptsächlich mit den Angehörigen, was aus rechtlicher Sicht bedenklich ist. Der Arzt müsste entweder trotz Anwesenheit der Angehörigen offen mit Hank sprechen oder Marie und Skyler bitten, den Raum zu verlassen, um mit Hank alleine ein Gespräch führen zu können. Weiters wird mit dieser Szene die Frage angesprochen, ob der/die Arzt/Ärztin die Information über die Schwere der Erkrankung für sich behalten darf, um den/die PatientIn nicht zu verunsichern. Grds müssen dem/der PatientIn medizinische Informationen in „möglichst verständlicher und schonungsvoller Art“ gegeben werden (§ 5a Z 3 KAKuG). Dies kann dazu führen, dass die Aufklärung eingeschränkt oder im Einzelfall ganz entfallen darf, wenn die Mitteilung über die Schwere der Krankheit oder die möglichen Folgen einer Option gravierende negative Auswirkungen auf den Gesundheitszustand des/der PatientIn hätten.<sup>24</sup> Dieser „therapeutische Vorbehalt“ ist jedoch nur in sehr engen Schranken zulässig. Es hat jedenfalls ein ÄrztIn-PatientIn-Gespräch stattzufinden, in dem abzuklären ist, ob eine umfassende Aufklärung schwerwiegende negative Auswirkungen wie Depression oder Selbstmordgefahr haben könne.<sup>25</sup> Auf Fragen des/der PatientIn ist jedenfalls wahrheitsgemäß zu antworten, eine so genannte „barmherzige Lüge“ ist nicht erlaubt.<sup>26</sup> Da Hank dezidiert nach der Wahrheit fragt, hätte der Arzt ihm diese auch mitteilen müssen.

---

*Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2015) I/106/b; OGH 10.6.2008, 4 Ob 87/08k.

21 *Laufs*, Arztrecht<sup>5</sup> Rz 222 f; *Prutsch*, Aufklärung<sup>2</sup> 82; *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht<sup>6</sup> (2009) Rz 51 ff; *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts<sup>2</sup> (2010) 183; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1299 ABGB (Stand 1.6.2015, rdb.at); *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/106/b.

22 *Klaus*, Ärztliche Schweigepflicht (1991) 171; *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998 samt erläuternden Anmerkungen<sup>3</sup> (2007) § 54 Anm 7; *Wallner*, Grenzen der Verschwiegenheitspflicht der Gesundheitsberufe, RdM 2013/106 (169). Ausnahmsweise besteht eine Pflicht zur schriftlichen Entbindung gegenüber einem Privatversicherer (§ 11a Abs 2 Z4 VersVG).

23 *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2015) I/213.

24 *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/95.

25 OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84.

26 *Juen*, Arzthaftungsrecht<sup>2</sup> 103 mwN; *Kletečka/Neumayer*, Die Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, insbesondere bei Schulpfaktionen, RdM 2012/31; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/78.



## 2.2. Umfang der Aufklärung oder Gesundheit, eine Frage des Geldes

Hank benötigt nach der Schussverletzung langwierige und kostspielige Behandlungen, Marie wird in der Krankenanstalt allerdings lediglich über jene Behandlungsmöglichkeiten aufgeklärt, die von ihrer Krankenversicherung getragen werden. Neben der bereits angesprochenen Tatsache, dass nicht Marie, sondern Hank aufzuklären wäre, ist für österr. Verhältnisse unvorstellbar und auch für US-amerikanische Verhältnisse etwas überzeichnet, dass das Aufklärungsgespräch über die Behandlungsmöglichkeiten im Beisein einer Vertreterin der Versicherung stattfindet. Diese neigt dazu, auf Fragen, die an den Arzt gerichtet sind, Antwort zu geben und jene Behandlungsmöglichkeiten aufzuzeigen, die die Versicherung bezahlt. Erst als Marie ihren Zorn über die vorgeschlagenen und offensichtlich nicht ausreichenden Behandlungsmöglichkeiten ausdrückt und in den Raum stellt, die Kosten für eine umfassendere Behandlung selbst aufbringen zu wollen, erklärt sich der Arzt bereit, über weitergehende Maßnahmen zu sprechen.

Welche Informationen konkret von der jeweiligen Aufklärung umfasst sind, kann nicht abstrakt und einheitlich festgelegt werden, sondern muss auf Grund „gewissenhafter ärztlicher Übung und Erfahrung unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des Krankheitsbildes“<sup>27</sup> beurteilt werden. Die Aufklärung hat also nach den individuellen Umständen des Einzelfalles zu erfolgen.<sup>28</sup> Nach hA muss die Aufklärung umso weniger umfassend sein, je notwendiger der Eingriff für die Gesundheit des/der PatientIn ist und umgekehrt umso umfassender, je weniger dringlich der Eingriff ist.<sup>29</sup>

Von der Aufklärungspflicht umfasst sind jedenfalls mögliche Diagnose- und Behandlungsarten sowie deren Risiken und Folgen sowie die Kosten der Behandlung (Art 16 Abs 1, 5 Patientencharta). Dies auch dann, wenn mögliche Behandlungen nicht von der Versicherung gedeckt sind. Der/die Kassenarzt/ärztin ist verpflichtet, den/die PatientIn darüber zu informieren, dass er/sie mehr tun kann, als die Kasse bezahlt. Dazu besteht nach *Steffen* grds keine Pflicht, wenn die von der gesetzlichen Krankenversicherung gebotene Leistung medizinisch ausreichend ist. Eine Pflicht zur Aufklärung besteht aber dann, „wenn die Versorgung dieses Kranken in dem konkreten Zustand, in dem er sich befindet, mit den Möglichkeiten, die die gesetzliche Krankenversicherung eröffnet, nach dem modernen Stand der Medizin nicht mehr gewährleistet werden kann“.<sup>30</sup>

Dass BB nicht fernab jeglicher Realität spielt, zeigt ein vom OLG Oldenburg entschiedener Fall. Da eine Patientin lediglich nach dem Asylwerberleistungsgesetz versichert war, klärte der behandelnde Arzt nicht darüber auf, dass eine weitere Behandlung des Minderwuchses der Patientin möglich, von der Versicherung jedoch nicht gedeckt wäre.

27 OGH 18.3.1981, 1 Ob 743/80.

28 OGH 18.3.1981, 1 Ob 743/80; 23.1.1986, 6 Ob 683/84; 18.3.2015, 3 Ob 22/15d; *Steiner*, JBl 1982, 169 (173); *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/86.

29 OGH 23.6.1982, 3 Ob 545/82; 12.9.1990, 1 Ob 651/90; 28.4.1993, 6 Ob 542/93; 25.1.1994, 1 Ob 532/94.

30 *Steffen*, Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchsbegrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten, in FS Geiß (2000) 487 (502).

Er ging davon aus, dass die Patientin die Kosten dafür ohnehin nicht aufbringen könne, was dazu führte, dass die 17-jährige Patientin statt 156 cm eine um 12 cm geringere Körperendgröße erreichte. Das OLG Oldenburg stellte fest, dass eine Aufklärung auch über mit zusätzlichen Kosten verbundenen Behandlungen durchzuführen ist.<sup>31</sup>

### 3. Einwilligung in die Heilbehandlung

Jede rechtmäßige Behandlung setzt die Einwilligung des/der einwilligungsfähigen PatientIn voraus (§ 110 Abs 2 StGB; § 173 Abs 3 ABGB; § 8 Abs 3 KAKuG). Dies ist eine der wesentlichsten Ausprägungen des Selbstbestimmungsrechts des/der PatientIn.<sup>32</sup>

#### 3.1. Entscheidungsprozesse oder Skylers Intervention

Die Einwilligung in eine Heilbehandlung erfolgt im Idealfall nach reiflicher Überlegung unter Einbeziehung aller relevanten Informationen. In der Praxis sind Entscheidungsfindungsprozesse von vielen Faktoren beeinflusst. Aufklärungsgespräche finden in BB idR im Beisein der ganzen Familie statt, obwohl die Beziehungen der Familienmitglieder untereinander teilweise konfliktbehaftet sind. Auch die Entscheidung darüber, ob Walter sich einer Chemotherapie unterziehen oder auf die kostspielige und nicht sehr aussichtsreiche Behandlung verzichten soll, wird gemeinschaftlich gefällt, obwohl Walter sich eigentlich sofort nach Stellung der Diagnose gegen eine Chemotherapie entschieden hatte. Skyler veranstaltet zu diesem Zweck eine „Intervention“, einen für Walter überraschenden Familienrat, der ihn von der Notwendigkeit der Therapie überzeugen soll. Das Besondere dabei ist, dass nur der/diejenige sprechen darf, der/die das von Skyler zum „Talking Pillow“ ernannte Kissen in Händen hält, wodurch Walter zunächst gezwungen ist, zuzuhören und was Skyler die Möglichkeit gibt, gleich zu Beginn des Familienrates enormen Druck auf Walter auszuüben. Sie argumentiert, dass er jegliche Chance, die Krankheit zu überleben, ergreifen müsse, weshalb eine Therapieablehnung nicht in Frage komme und macht klar, dass sie die von ihm gewünschte Therapieablehnung keinesfalls akzeptieren kann. Die übrigen Familienmitglieder versuchen zunächst, in Skylers Sinn zu argumentieren, nach und nach äußern sie sich jedoch skeptisch gegenüber der Therapie. In der Szene werden sämtliche – auch im Medizinrecht und der Medizinethik vielfach diskutierten – Argumente für und gegen eine Therapie durchgespielt. Während Walters 15-jähriger Sohn vermutet, sein Vater wolle aus Angst keine Therapie beginnen und ihm Feigheit vorwirft, bringt Hank seine Vorstellungen eines „guten Sterbens“ mit den Worten „Maybe Walter wants to die like a man“ auf den Punkt und bringt damit

---

31 OLG Oldenburg 30.5.2014, 5 U 216/11.

32 Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2015) I/133.

seine Idee von Männlichkeit ins Spiel, die in BB immer wieder thematisiert wird.<sup>33</sup> Er macht deutlich, dass seiner Ansicht nach ein Mann selbstbestimmt sterben soll, was für ihn bedeutet, keine Angst zu zeigen oder anderen (finanziell, körperlich oder psychisch) zur Last zu fallen. Am Ende der Serie wird Walter auch sterben „wie ein Mann“<sup>34</sup>.

Marie spricht sich ebenfalls gegen eine Therapie aus und betont, dass sie im Gesundheitsbereich arbeite und daher wisse, wie viele Nebenwirkungen mit Chemotherapien einhergehen, weshalb sie Verständnis für Walters Ablehnung hätte. Zuletzt reißt Walter den Talking Pillow an sich und erklärt seine Entscheidung: Er wolle die ihm verbleibenden Monate nicht in der Krankenanstalt, nicht mit ÄrztInnen verbringen, sondern in seinem gewohnten Umfeld. Er führt den Erhalt der Lebensqualität als ausschlaggebendes Kriterium an, die Therapie abzulehnen. Später erfahren die ZuschauerInnen, dass Walters Vater an Chorea Huntington gestorben ist und Walter keinesfalls so in Erinnerung bleiben will, wie ihm sein Vater in Erinnerung geblieben ist: krank, schwach und hilflos – „unmännlich“.

Tatsächlich sind die genannten Gründe auch jene, die österr PatientInnen für die Errichtung einer Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht und die damit einhergehende antizipierte Ablehnung von Behandlungen angeben. Dabei ist bemerkenswert, dass va jene Personen ihren Willen antizipiert festlegen, die persönliche Erfahrungen mit „unwürdigem Sterben“ nahestehender Personen gemacht haben. Sie wollen verhindern, dass sie ein ähnliches Schicksal erleiden wie Angehörige, von denen sie angeben, diese über Monate oder Jahre in einer Krankenanstalt „leiden“ gesehen zu haben, ohne Hoffnung auf Verbesserung ihres Zustandes. Weiters errichten viele Angehörige der Gesundheitsberufe eine Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht, weil sie nach eigener Angabe in ihrem Beruf viele „Schicksale“ miterleben und daher für den eigenen Ernstfall vorsorgen wollen.<sup>35</sup>

Walter entscheidet sich am Tag nach dem Familienrat für eine Chemotherapie. Aus Skylers Sicht war ihre Intervention erfolgreich; die wahren Gründe für Walters Entscheidung sind jedoch unklar. Ohne Zweifel konnte Walter seine Entscheidung jedoch nicht völlig frei fällen, da vor allem von Skyler enormer Druck auf ihn ausgeübt wurde. Rechtlich ist dies insofern relevant, als eine rechtswirksame Einwilligung frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden muss (§ 869 ABGB). Der/die PatientIn darf keinem Irr-

33 Siehe dazu etwa *Aike*, The Pitfalls of Pride, Patriarchy and Redemption: On Breaking Bad, <https://23waystohateyourself.wordpress.com/2014/05/26/the-pitfalls-of-pride-patriarchy-and-redemption-on-breaking-bad/> (15.12.2016); *Hudson*, Die Like a Man: The Toxic Masculinity of Breaking Bad, <https://www.wired.com/2013/10/breaking-bad-toxic-masculinity/> (15.12.2016); *Strauss*, Breaking Bad: The Foolishness of Masculinity, Huffington Post, [http://www.huffingtonpost.com/pete-strauss/breaking-bad-the-foolishn\\_b\\_3945968.html](http://www.huffingtonpost.com/pete-strauss/breaking-bad-the-foolishn_b_3945968.html) (18.9.2013).

34 *Vince Gilligan* sagte über das Ende von Walter und der Serie „It felt right and satisfying and proper to us that he went out on his own terms; he went out like a man“ (*Hudson*, Die Like a Man: The Toxic Masculinity of Breaking Bad, <https://www.wired.com/2013/10/breaking-bad-toxic-masculinity/> [15.12.2016]).

35 *Kletečka-Pulker/Körtner/Kaelin/Kopetzki/Leitner*, Rechtliche Rahmenbedingungen und Erfahrungen bei der Umsetzung von Patientenverfügungen, Folgeprojekt zur Evaluierung des Patientenverfügungsgesetzes (PatVG) (2014), Endbericht.

tum, keiner List oder keinem Zwang unterliegen.<sup>36</sup> Wo allerdings die Grenze zwischen erlaubter Beratung und unerlaubtem Zwang zu ziehen ist, ist fraglich. *Wallner* weist darauf hin, dass Freiwilligkeit nie „ohne Einfluss von außen“ bedeuten könne, da ständig bewusste oder unbewusste Manipulationen stattfänden. Allerdings sei es nicht Aufgabe des Rechts, alle subtilen Mechanismen menschlicher Interaktion, die bei einer Entscheidungsfindung wirken, zu regulieren und zu sanktionieren.<sup>37</sup> Zwar übt Skyler enormen Druck auf Walter aus, von Zwang zu sprechen, ginge mE jedoch zu weit. *Miori* greift die beschriebene Szene ebenfalls auf und argumentiert, dass Skylers Intervention jedenfalls aus einer ethischen Perspektive, wenn auch nicht aus einer rechtlichen, unvertretbar sei. Nach *Mioris* liege zwar kein Zwang im rechtlichen Sinne vor, der ausgeübte Druck und die Tatsache, dass im versammelten Familienkreis über ihn anstatt mit ihm diskutiert wird, mache es Walter jedoch schwer, sein Recht auf Selbstbestimmung auszuüben.<sup>38</sup> Nach österr Rechtsverständnis ist die PatientInnenautonomie nicht delegierbar. Es ist nicht möglich, dass Angehörige anstelle des/der einsichts- und urteilsfähigen PatientIn in eine medizinische Heilbehandlung einwilligen, und zwar auch dann nicht, wenn der/die PatientIn sich damit einverstanden erklärt. Ist dem/der Arzt/Ärztin erkennbar, dass nicht der/die PatientIn, sondern jemand anderer einwilligt, so ist diese Einwilligung unwirksam und eine Behandlung wäre rechtswidrig. Fälle von Beratung im Familienkreis sind allerdings von jenen, bei denen Angehörige anstelle des/der PatientIn entscheiden, zu unterscheiden. Wie *Braune* aufzeigt, muss nicht jede Gesellschaft die Idee eines individuellen „informed consent“ (einer individuellen informierten Zustimmung) teilen, sondern existieren in vielen Gesellschaften Vorstellungen von „family“ oder „community“ consent. Diese Form der Zustimmung, bei der Familienangehörige einen Entscheidungsprozess direkt oder indirekt beeinflussen, muss nicht von der Entmündigung des/der PatientIn geprägt sein, sondern kann auch als Unterstützung gesehen werden. Wenngleich es einen Balanceakt darstelle, sei „PatientInnenautonomie in und mit der Familie“ möglich, so *Braune*.<sup>39</sup>

### 3.2. Ablehnung einer Heilbehandlung oder Walters Angst vor Kontrollverlust

Als Walter der Therapie schließlich zustimmt, versucht er dennoch, selbst darüber zu entscheiden, wie er seine letzten Monate verbringt und will die Kontrolle über sein Leben um jeden Preis erhalten.<sup>40</sup>

36 *Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681; *Barth*, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 57 mwN; *Koziol – Welsler/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>4</sup> (2014) Rz 415f; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1299 ABGB (Stand 1.1.2007, rdb.at) Rz 23c; *Soyer/Schumann* in *Höpfell/Ratz*, WK<sup>2</sup> § 110 (Stand: 1.4.2015, rdb.at) Rz 15.

37 *Wallner*, Zeitschrift für Gesundheitspolitik 2013, 73 (89).

38 *Miori*, Was Skyler's Intervention Ethical? Hell, It Shouldn't Even Be Legal! in *Kopsell/Arp* (Hrsg), *Breaking Bad and Philosophy* (2012) 27.

39 *Braune*, *Informed Consent* im kulturbedingten Spannungsfeld, in *Peintinger* (Hrsg), *Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte* (2011) 189 (198).

40 Siehe etwa Dialog Staffel 4/8.

Verweigert der/die PatientIn die Einwilligung in eine Heilbehandlung oder widerruft diese, darf die Behandlung nicht begonnen werden bzw muss eine bereits begonnene Behandlung abgebrochen werden, da die Einwilligung eine zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit der Behandlung darstellt. Dem/der PatientIn kommt ein uneingeschränktes Vetorecht zu, bei dem Dritte keine Mitentscheidungsrechte haben.<sup>41</sup> Auch objektiv unvernünftige Entscheidungen sind zu akzeptieren.<sup>42</sup> Walter will zunächst keine Chemotherapie durchführen lassen und stellt seinen Wunsch nach Lebensqualität und Selbstbestimmung über den potentiellen Nutzen der Behandlung. In BB ist von Anfang an klar, dass Walter selbst die Entscheidung über den Umgang mit der Krankheit treffen muss und es wird von Seiten der Ärzte in einem informierenden Arztbildes kein Druck auf ihn ausgeübt.

#### 4. Conclusio

Aufklärung und Einwilligung sind medizinrechtlich und -ethisch viel diskutierte Themen. In vorliegendem Beitrag wurde am Bsp von BB veranschaulicht, wie Populärkultur diese Themen darstellen und verhandeln kann. Die Serie eignet sich insofern dafür, als die Diagnose einer Krebserkrankung des Hauptcharakters Walter White den Anfangspunkt der erzählten Geschichte darstellt und das Thema Selbstbestimmung alle fünf Staffeln prägt. Dabei wählen die MacherInnen von BB einen sehr realistischen und sensiblen Umgang. Wiederholend und in unterschiedlicher Ausgestaltung werden Aufklärungsgespräche gezeigt, sodass der/die ZuschauerIn ein Gefühl dafür bekommt, wie ein gelungenes ÄrztIn-PatientIn-Gespräch aussieht bzw welche verheerende Wirkung ein schlecht geführtes Gespräch auf den/die PatientIn haben kann. Auch mit der Einwilligung in eine Heilbehandlung einhergehende Entscheidungsfindungsprozesse werden in der Serie prominent verhandelt. Drastisch wird vor Augen geführt, wie eine Diagnose den Blick des/der PatientIn auf das Leben, die Familie und vor allem auf die eigenen Moralvorstellungen verändern kann und wie schwer es ist, eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen. Nicht nur, dass die von dem/der Arzt/Ärztin vermittelten Fakten, wie Wahrscheinlichkeitsprognosen oder Therapiemöglichkeiten für den/die EinzelneN oftmals schwer zu fassen sind, auch die eigenen Ängste, Vorstellungen und Wünsche sowie finanzielle Ressourcen spielen bei der Entscheidungsfindung eine Rolle. Hinzu treten Ängste, Wünsche und Ansprüche der Angehörigen, mit denen sowohl die MitarbeiterInnen der Gesundheitseinrichtungen, als auch der/die PatientIn konfrontiert sind. Aus rechtlicher Sicht kommt den Angehörigen kein Recht auf Information oder Mitsprache über die Behandlung des/der

---

41 *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten. Praktische Auswirkungen der gesetzlichen Neuerungen durch PatVG und SWRÄG, iFamZ 2007, 197 (198); OGH 21.10.1987, 8 Ob 652/87.

42 *Aigner*, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (PatVG), Journal für Neurologie, Neurochirurgie und Psychiatrie 2007, 29 (30).

PatientIn zu, sofern diese/dieser das nicht erlaubt. Wie die MacherInnen von BB jedoch aufzeigen, gestaltet es sich für den/die PatientIn nicht immer einfach, selbstbestimmt zu handeln und kann Autonomie – vor allem im Kontext von medizinischen Behandlungsentscheidungen – auch etwas sein, das man sich hart erarbeiten und erkämpfen muss.

MMag.<sup>a</sup> Katharina Leitner, Juristin und Kultur- und Sozialanthropologin, arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Ethik und Recht in der Medizin; [katharina.leitner@univie.ac.at](mailto:katharina.leitner@univie.ac.at)

# „Let there be pop“<sup>1</sup>: Ein popartiger-Stilversuch über Lehren in den Rechtswissenschaften

Caroline Voithofer

---

## 1. Hinführung: Entstehungshintergrund des Textes

Ursprünglich wollte ich für den Pop-Schwerpunkt einen Beitrag verfassen, der sich mit der Sinnhaftigkeit popkultureller Verweise in der Lehre beschäftigt. Die Idee war, ein didaktisches Plädoyer dafür zu liefern, dass gute Lehre – die also ihre Ziele erreicht – durch solche Verweise möglich wird, weil sie an außeruniversitäre Erfahrungen aller Beteiligten anknüpft; die Hierarchie zwischen Lehrenden und Studierenden über die Einbeziehung geteilten Wissens abflacht; schwierige rechtsphilosophische Ideen, um ihre Komplexität reduziert mit Fernsehserien, Filmen, Musik, Spielen, Designelementen verknüpft, eventuell mehr Lust auf das Lesen rechtsphilosophischer Texte weckt. Mein Pop-Kulturverständnis wäre also eines, das sich auf „Popularität“ bezieht und somit populäre Kultur oder Massen-/Mainstreamkultur meint.<sup>2</sup> Als eine Motivation für das Verfassen eines solchen Textes war aber wohl auch ein Sense-Making oder eine Selbst-Legitimation im Nachhinein ausschlaggebend. Denn das Einfließen-Lassen von popkulturellen Verweisen in meiner Vorlesung zur Rechtsphilosophie basierte nicht auf einem didaktisch ausgefüllten Konzept, sondern passierte ad hoc. Authentisch sozusagen. Ohne populär sein zu wollen, aber aus dem Versuch heraus, Verständnis für und Lust auf Texte zu erzeugen, die die Hörer\_innen vermutlich nicht gelesen hatten und auch nicht für eine Prüfung im Ausmaß von 4 ECTS lesen würden. Aber durch die Verweise sollte etwas von der Vorlesung in Erinnerung bleiben.

Im Nachdenken über den Beitrag, fiel mir auf, dass ich in der Übung zum Bürgerlichen Recht keine popkulturellen Verweise einbaue. Vermutlich weil sowohl die Lernziele als auch -inhalte andere sind. In dieser Übung geht es um die Vermittlung von rechtsdogmatischem Handwerkszeug, bei dessen erster Erlernung Irritationen und popkulturelle Verweisungen vermeintlich eher schädlich sind. Schädlich va deswegen, weil rechtsdogmatische Fachbegriffe von Alltagssprache abgegrenzt werden sollen und dabei ein Vermischen der Begrifflichkeiten für das positive Bestehen der Diplomprüfung hinderlich wäre. Außerdem erscheint es hilfreich, jene Stringenz, die von den Studierenden bei der

---

1 Vgl *Tocotronic*, let there be rock (1999).

2 Zur Problematik der Vieldeutigkeit des Begriffs „Pop“ und seiner Geschichte vgl etwa *Mrozek*, Popgeschichte, [dcpedia.de/zg/Popgeschichte](http://dcpedia.de/zg/Popgeschichte) (25.1.2017).

Diplomprüfung eingefordert wird, auch selbst in der Übung vorzuführen. Die Kritik des Handwerkszeugs und/oder dessen Wirkungen ist also in meinem Denken auf später dh nach „erfolgreicher“ Erlernung und Beherrschung des Handwerkszeugs – oder erfolgreicher Disziplinierung<sup>3</sup> – verschoben.

Die Sinnhaftigkeit für das Verfassen eines Plädoyers dafür, dass zB Menschenwürde besser verstanden wird, wenn zunächst relevante Rechtsnormen, dann „die“ Menschenwürdeformeln von *Kant* und *Dürig*, dann Fälle – etwa der Klassiker des „Zwergenweitwurfs“ – besprochen werden und im Anschluss daran kritisch gefragt wird, wie etwa Germanys Next Top Model vor diesem Hintergrund zu qualifizieren sei<sup>4</sup> oder dass es hilfreich sei, Konstruktivismus mit dem Song „Barbie Girl“<sup>5</sup> zu präsentieren und dabei noch eine Verbindungsschneise zur Ideenlehre *Platons* zu ziehen, kam mir selbstreflexiv also am Weg abhanden und wurde vielmehr als Bedürfnis nach Selbstlegitimation einer entstandenen Lehrpraxis entlarvt.

Vor diesem Hintergrund stellte sich dann die Frage: Warum hier also nicht gleich das Gegenteil probieren? Die Gelegenheit zu formungebundener Selbst-Reflexion im 7. „Lehrjahr“ nutzen und zugleich die gewählten Schlaglichter zur Diskussion stellen. Also keine Selbstlegitimation durch „Verwissenschaftlichung“ der mit popkulturellen Verweisen aufgelockerten Lehrpraxis, sondern ein freies Reflektieren der Hintergründe dieser Praxis betreiben. Und genau das passiert auf den nächsten Seiten im pop-artigen Stilversuch.

## 2. Lehr-Rahmungen: Räume, Menschen, Handlungen und mehr

Was tun wir da eigentlich in den Hör-Sälen? Vor-Lesen? Vor-Lesen wohl schon lange nicht mehr. Wenngleich ich als Studentin noch eine Vor-Lesung in einem der großen Hörsäle im neoklassizistischen Universitätshauptgebäude erlebte und so alt bin ich dann wohl auch noch nicht. Es war Rechtsgeschichte. Alte Rechtsgeschichte. Ein betagter, vorlesender Professor zwischen Tafel und Pult. Es war skurril. Eine Vor-Lesung aus einem dicken alten Buch. Er las tatsächlich vor. Seine gebundene, vermutlich handschriftliche Vorlesungsunterlage am Pult. Rechtsgeschichte. Also eines meiner ersten Semester an der Uni. Wahrscheinlich sogar das erste. Einer Vor-Lesung folgen. Vor-Gelesen bekommen. In einem Hör-Saal. Rechtsgeschichte. Keine Lyrik. Keine Romanfragmente. Keine Prosa-miniaturen. Rechtsgeschichte. Alte Rechtsgeschichte. Lesen konnte ich selbst. Daheim.

3 Vgl dazu *Sagmeister/Wöckinger*, In der Schreckstarre. Habitus-Training im rechtswissenschaftlichen Studium, *juridikum* 2013, 478-487.

4 Vgl zu Taxi Orange: *Holzleithner*, Taxi Orange und die Menschenwürde. Rechtliche Aspekte eines kulturellen Phänomens, in *Flicker* (Hg), *Wissenschaft fährt Taxi Orange*. Befunde zur österreichischen Reality-TV-Show (2001) 129-154.

5 „Life in plastic, it's fantastic. You can brush my hair, undress me everywhere. Imagination, life is your creation“ *Aqua*, *Barbie Girl* (1997).



Im Café. Egal. Jedenfalls zu-hören in einem Hörsaal. Als Hörerin. Das wollte ich damals nicht. Ich kam nicht wieder zu dieser Vor-Lesung. Las lieber selbst.

Gut 15 Jahre später im selben Hörsaal wie damals. Aber statt in der Bank sitzend, hinter dem Pult stehend. Zum Subjekt der Lehre geworden.<sup>6</sup> Vor der Tafel. Jede Woche. Gut, nur jede Woche während der Lehr-Veranstaltungszeit. Mich selbst befragend, was ich da jetzt eigentlich tue. Vorne. Vor der Tafel. Hinter dem Pult. Zwischen Pult und Tafel. Vorne in der Arena. Fragend, was die Rollen sind. Welche davon selbst-bestimmt/bestimmbar sind. Vor-Lesen. Sicher nicht. Vor-Tragen vielleicht. Dann aber Etiketten-Schwindel-Betreiben, wenn nicht mehr Vor-Gelesen wird? Was also da tun?

Es „kommt darauf an“. Das „darauf“, das ist der kontextspezifische Rahmen. Die Rahmung, die nur zT selbst-bestimmt/bestimmbar ist. Der Raum als Rahmung etwa. Diese Hör-Säle. Arenagleich aufgebaut. Doch wer kämpft da gegen wen? „wir sind lockvögel baby,“<sup>7</sup> fällt mir dazu ein. Dieser Roman gilt als einer der ersten deutschsprachigen Pop-Art Romane.<sup>8</sup> Er ist paradox. Schon bevor er beginnt. *Jelinek* stellt ihm eine Gebrauchsanweisung auf Seite 2 voran. „Vor“ ist nicht richtig, denn vielleicht beginnt er damit. Vielleicht aber auch nicht. Weil der\_die Leser\_in auf Seite 1 einen Untertitel für den Roman einfügen kann. Die Gebrauchsanweisung auf Seite 2 weist an: „sie sollen dieses buch sofort eigenmächtig verändern. sie sollen die untertitel auswechseln. [...] ich hole sie ganz heran & zeige ihnen die noch unbemerkten hohlräume in ihrem organismus die bereit sind für völlig neue programmierungen. [...] sie brauchen das ganze nicht erst zu lesen [...]“. „wir sind löckvögel baby“ also als taugliches Grundsatzprogramm für die poppe Vor-Lesung von heute? Vielleicht. Denn da stimmt vieles mit „didaktischen Grundsätzen von heute“ überein. Eine\_r wird aufgefordert, mitzumachen. Aktiv zu gestalten. Sich nicht passiv dem Text gegenüber zu verhalten. Nicht bloß zu konsumieren. Veränderung zuzulassen. Ja, sogar zu wollen. Ähnlich soll es im Hör-Saal sein. Keine One-woman-Show nach dem Motto „here we are now, entertain us.“<sup>9</sup> Denn dabei lernen die Hörer\_innen nicht leicht.<sup>10</sup> An den Lebenswelten der Studierenden solle der\_die Lehrende anknüpfen oder zumindest Vorerfahrungen aktivieren zum besseren Lernen. „Lernen folgt der Thematisierung und Neugier, nicht einem Schema.“<sup>11</sup>

Die Rahmung des Raums, sie wirkt vermeintlich.<sup>12</sup> Nichts leichter als sich im hierarchischen Gefälle im abfallenden Hör-Saal einzufinden. Nichts schwerer, als dieses hierarchische Gefälle aufzubrechen. Und wozu auch? Es reduziert Komplexität, indem die

6 Vgl *Klemenc*, Bergehren, Vermittlung Schule (2014) 10.

7 *Jelinek*, wir sind lockvögel baby (1996).

8 [www.rowohlt.de/buch/Elfriede\\_Jelinek\\_wir\\_sind\\_lockvoegel\\_baby.2518.html](http://www.rowohlt.de/buch/Elfriede_Jelinek_wir_sind_lockvoegel_baby.2518.html) (25.1.2017).

9 *Nirvana*, Smells like teen spirit (1991).

10 Vgl zum Lernen durch Lesen, Hören, Sehen, Sprechen, Erleben und Unterrichten: *Biggs/Tang*, Teaching for Quality Learning at University<sup>4</sup> (2011) 63ff.

11 *Priddat*, Wozu Universität, in *Jamme/Schröder* (Hg<sup>innen</sup>) Einsamkeit und Freiheit. Zum Bildungsauftrag der Universität im 21. Jahrhundert (2011) 139-152 (140).

12 Vgl auch *Lachmayer*, Enabling Spaces – Raum in der Rechtsdidaktik, ZDRW 2015, 163-182.

Rollen klar sind und klar bleibt, wer die Regeln vor-gibt. Die Wirkung der räumlichen Rahmung auch dieses Semester – empirisch nicht valide – erlebt. „Rechtstatsachenforschung“ – eine Vorlesung, ohne Teilnehmer\_innenbeschränkung, freies Wahlfach im letzten Studienabschnitt, jährlich stattfindend. So die Rahmungen durch das Curriculum.<sup>13</sup> Seit Jahren im Team-Teaching-Modus mit *Magdalena Flatscher-Thöni* abgehalten. Nur bisher immer im Institutsbibliotheksraum. Im Viereck an Tischen sitzend. Auf gleicher Ebene. Vor-Tragende und Studierende als Mit-Tragende. Versuchend, Gespräche auf gleichen Ebenen zu führen. Gemeinsam die Inhalte zu bestimmen. Nicht vor-zu-lesen, sondern gemeinsam zu be-sprechen. Dieses Semester – ob der zu hohen Hörer\_innen-Zahl – im Hör-Saal. Weniger Gemeinsames, mehr Vor-Tragendes. Beides freilich empirisch nicht-valide festgestellt. Aber die Vermutung nahe, dass die räumliche Rahmung unterscheidet. Oder auch die Anwesenden als Rahmung. Jährlich andere Hörer\_innen. Vielleicht aber auch wir, die Lehrenden, die scheinbar Gleichen anders als im Jahr zuvor. Die curriculare Rahmung jedenfalls die Gleiche.

Was bleibt in Erinnerung? Eingepägt von dem Vor-Getragenen? Wieder die Erinnerung an das eigene Hörerinnen-Sein: Donnerstag Früh: Vor-Lesung zum Privatrecht. Semesteral die Teilbereiche des Privatrechts wechselnd. Viel zu früh in der Früh eigentlich. Aber der Vortragsstil des Professors war lockender als das Bett. Auch er hatte ein großes, vermutlich mit seinen handschriftlichen Notizen versehenes, gebundenes Buch am Pult liegen – optisch also wie der Rechtsgeschichteprofessor im ersten Semester – aus dem heraus er vor-las. Sein Vor-Lesen war aber gleichsam mehr ein Vor-Tragen. Seine Art das *vinculum iuris* zwischen den Vertragsparteien mit Kreide an die Tafel zu malen, die Stärke der Verbindung durch ein starkes, mehrfaches Nachzeichnen dieser Verbindung unterstreichend. Das blieb in Erinnerung. Er bot eine Show nach dem Motto: „Let me entertain you.“<sup>14</sup> Und das Entertainment half beim Studieren, beim Merken des Stoffs. Er, ein kleiner Pop-Star im Mikro-Versium Universität? Lehrende als Sternchen, die aber selbst im besten Fall nur sehr beschränkt räumlich und zeitlich glänzen. Wenn die Vor-Lesung poppt.

Szenenwechsel: Sozial und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät. Anderer Raum. Andere Disziplinen. Andere Menschen. Organisationsforschung im BWL-Studium. *R* – der *David-Bowie*-lookalike, postmoderne Lehrende und Forschende. Er hatte eine Lesegruppe am Institut eingerichtet. Ein Kollege und ich, wir waren als Studierende dabei. *R*, wie er versuchte, seine komplexen Gedanken-Gänge, uns nachvollziehen zu lassen. Ein dem Denken gemeinsames Nach-Gehen. Durch Zeichnen, Erklären, Versuchen sich verständlich zu machen. Er ließ alle in seinen Kopf hinein. Und jetzt, im 7. Jahr des Selbst-Leh-

---

13 Curriculum für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck idF Mitteilungsbl der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck v 21.6.2016, 43/2016, [https://www.uibk.ac.at/fakultaeten-servicestelle/pruefungsreferate/gesamtfassung/ds-rechtswissenschaften\\_stand\\_01.10.2016.pdf?view\\_data=1](https://www.uibk.ac.at/fakultaeten-servicestelle/pruefungsreferate/gesamtfassung/ds-rechtswissenschaften_stand_01.10.2016.pdf?view_data=1) (25.1.2017).

14 *Williams*, Let me entertain you (1997).

rens, des Fragens: Was tue ich da eigentlich, zu dem Punkt kommen, festzustellen, dass dieses Tun von R Prägungen hinterlassen hat. Sich mehr als ein-geprägt hat. Genau das Fest-Stellen, etwa in dieser Woche: Als ich montags aus der Vor-Lesung komme, mich am Weg ins Büro schon be-frage, was da eigentlich gerade die letzten 90 Minuten passiert ist. Wie es passiert ist vom Er-Klären von *Crouchs* Post-Demokratie<sup>15</sup> zur Kritik am veil of ignorance<sup>16</sup> zu kommen, ein wenig herrschaftsfreien Diskurs und klassenlose Gesellschaft dazwischen thematisiert und ca 30 % Hörer\_innen, die auch Mit-Sprecher\_innen wurden, einer vollgeschriebenen, vollgekritzelten Tafel hinter mir, in diesem halb-öffentlichen Rahmen halb-öffentlich, sichtbar nach-gedacht habend. Den Hörer\_innen mein Nach-Denken gezeigt. Halb-öffentlich gedacht und zugegeben, nicht alles zu wissen. Vielleicht sogar das Gegenteil: Kaum etwas zu wissen. Dabei aber – das einzige ganz Klare vielleicht in diesen 90 Minuten – ganz klar gesagt, was davon Prüfungsstoff ist und wo in der Prüfungsliteratur sich diese Passagen finden. Dazwischen aber im Raum mit den Anwesenden Nach-Denk-Prozesse, die passiert und zT im Tafelbild manifest geworden sind. Im Nach-Denken darüber, was diese 90 Minuten eigentlich passiert ist, eine Parallele zu Rs Mit-Nach-Denken-Lassen gesehen.

Vielleicht ist dieses Nach-Denken über die Praxis der 7 Lehr-Jahre jetzt doch auch Anlass dafür, diese Praxis stärker zu strukturieren. Weniger ad hoc Popkultur-Verweisungen zuzulassen. Weniger halb-öffentliche Nachdenkprozesse ihren Lauf zu lassen. Aber vielleicht ist es auch eine gute Praxis, um mehr zu verstehen nicht nur von „Fächern“, „Lerninhalten“, sondern auch davon, was der Ort an dem das passiert – die Universität – bedeuten könnte.<sup>17</sup>

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

---

15 Vgl *Crouch*, Post-democracy and the crisis, *juridikum* 2013, 41-50.

16 *Rawls*, A Theory of Justice (1971).

17 Das hier im Übrigen nur männliche „Einflüsse“ genannt werden, liegt nicht zuletzt an der immer noch auffallenden Unterrepräsentanz von Professorinnen an der Innsbrucker Rechtswissenschaftlichen Fakultät, um die es zu meiner Studienzeit noch schlechter bestellt war als jetzt.

# „Remix“ der Geschlechter

Kommentar zu LVwG-750369/5/MZ/MR

Stephanie Jicha

---

## 1. Die Entscheidung

Die beschwerdeführende Person hatte bei der zuständigen Personenstandsbehörde zusammengefasst beantragt, die sie betreffende Eintragung im ZPR<sup>1</sup> dahingehend zu berichtigen, dass anstatt der bisher eingetragenen Geschlechtsbezeichnung „männlich“ eine Geschlechtsbezeichnung eingetragen wird, die zum Ausdruck bringt, dass die beschwerdeführende Person weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen ist. In eventu wurde die ersatzlose Streichung der Geschlechtsangabe im ZPR beantragt. Dieser Antrag wurde vom Bürgermeister der Stadt Steyr als unzulässig abgewiesen. Mit Urteil vom 05.10.2016 hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich über das Rechtsmittel der beschwerdeführenden Person gegen den erstinstanzlichen Bescheid entschieden und diesen mit kleinen formalen Änderungen bestätigt.<sup>2</sup> Zum widerspruchsfreien und unstrittigen Sachverhalt wurde festgehalten, dass die Geschlechtsmerkmale der beschwerdeführenden Partei bereits bei der Geburt uneindeutig gewesen seien. Im Geburtenbuch sei zwar das Geschlecht „männlich“ vermerkt worden, auf Anraten der Ärzte sei die beschwerdeführende Partei aber als Mädchen erzogen worden. In der Begründung führt das erkennende Gericht unter anderem aus, dass die österreichische Gesamtrechtsordnung von dem Prinzip ausgehe, dass jeder Mensch entweder weiblichen oder männlichen Geschlechts sei. Diese Aussage belegte das LVwG Oberösterreich mit einer Entscheidung<sup>3</sup>, welche zur Transsexualität ergangen ist. Weiter führte das Gericht aus, dass die Eintragung einer weiteren Geschlechtsbezeichnung die Unanwendbarkeit zahlreicher rechtlicher Vorschriften auf die beschwerdeführende Person zur Folge hätte. Es könne beispielsweise nicht mehr beurteilt werden, ob eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft einzugehen wäre, ob Wehrpflicht bestehe oder welche pensions-, sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen sich ergeben würden. Auch eine ersatzlose Löschung des Geschlechtseintrages sei nicht möglich, da dies im Gesetz nicht vorgesehen sei. Das Geschlecht gehöre zu den zwingend einzutragenden Daten gemäß § 2 Abs 2 Z 3 Personenstandsgesetz 2013 (PStG).

---

1 Zentrales Personenstandsregister iSd § 44 Abs 1 Personenstandsgesetz 2013 (PStG) idF BGBl I Nr. 120/2016.

2 LVwG Oberösterreich 5.10.2016, 750369/5/MZ/MR.

3 VwGH 30.09.1997, 95/01/0061.

## 2. Rezension

In aller Regel beginnt eine konstruktive Kritik mit einem positiven Aspekt. Deswegen möchte ich darauf hinweisen, dass das erkennende Gericht in der Begründung auch anführt, dass es in Anerkennung der Schwierigkeiten, die sich für die beschwerdeführende Partei durch die Nichteintragung der gewünschten Geschlechtseintragung im Alltag ergeben würden, de lege ferenda eine angemessene Berücksichtigung intergeschlechtlicher Personen für sinnvoll erachte. Mit dieser Aussage ist auch bereits das Wesentliche gesagt: der Gesetzgeber und sohin die Politik ist am Zug. Die wichtigsten Fragen, welche diese Entscheidung aufwirft, müssen von der Legislative beantwortet werden.<sup>4</sup>

Dessen ungeachtet lohnt es sich, die ergangene Entscheidung einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Das PStG ordnet an das Geschlecht einzutragen<sup>5</sup>, doch weder im PStG, noch in einer anderen Rechtsvorschrift wird angeordnet, dass das Geschlecht zwingend auf „männlich“ oder „weiblich“ zu lauten hat. Wie oben dargelegt, stützt das LVwG seine Begründung lediglich auf eine Entscheidung, welche zur Transsexualität ergangen ist.<sup>6</sup> In der Beschwerde wurde argumentiert, dass das PStG verfassungs- und grundrechtskonform dahin auszulegen sei, dass transidente Personen ein Recht auf Übereinstimmung des rechtlichen Geschlechts mit der gelebten Geschlechtsidentität hätten. Dies wurde mit EGMR-Urteilen zum Thema Transsexualität unterstrichen.<sup>7</sup> Das LVwG weist dieses Argument mit der Begründung ab, dass es sich bei der zitierten Judikatur um Fälle der Transsexualität handle, also um den Wechsel der Zuordnung zwischen den beiden rechtlich anerkannten Geschlechtern, die Etablierung einer weiteren Geschlechtsbezeichnung betreffe die Rechtsordnung aber in einem erheblicheren Umfang. Für die Begründung der eigenen Argumentation war ein Erkenntnis zu einem Fall von Transsexualität sohin nach Maßgabe des erkennenden Gerichtes geeignet, für das vorgebrachte Beschwerdeargument offensichtlich nicht.

Angesichts fehlender Judikatur der Höchstgerichte sind die Anmerkungen zur Verfassungskonformität der Bestimmungen des PStG in der Begründung vergleichsweise kurz. Nach dem Gebot einer differenzierenden Regelung verbietet der Gleichheitssatz Ungleiches unsachlicherweise gleich zu behandeln.<sup>8</sup> Dem LVwG ist zwar zuzustimmen, dass ein Gesetz nicht schon dann gleichheitswidrig ist, wenn seine Anwendung nicht in allen Fällen zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Diese Auslegung bedeutet jedoch, alle intersexuellen Menschen, das sind ca 1,7 % der Bevölkerung<sup>9</sup>, sohin knapp 150.000 in

---

4 *Graf*, Feuilleton: Keine Eintragung der „Zwischengeschlechtlichkeit“ in öffentliche Verzeichnisse, *ecolex* 2016, 964.

5 § 35 iVm § 2 Abs 2 Z 3 PStG 2013.

6 VwGH 30.09.1997, 95/01/0061.

7 EGMR 08.01.2009, 29002/06, Schlumpf/Schweiz; EGMR 12.06.2003, 35968/97, Van Kück/Deutschland; EGMR 24.01.1992, 57/1990/248/319, B/Frankreich; EGMR 11.07.2002, 25680/94 Goodwin/Vereinigtes Königreich; EGMR 16.07.2014, Bsw 37359/09 Hämäläinen/Finnland.

8 Vgl *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) 342 ff.

9 Vgl *Fausto-Sterling*, *Sexing the body* (2000) 51.

Österreich lebende Menschen<sup>10</sup>, als Härtefälle abzustempeln. Das kann keine verfassungskonforme Lösung sein. Ferner vermag auf der Rechtfertigungsebene im Zuge der Grundrechtsprüfung das in der Begründung angeführte Argument des erkennenden Gerichtes nicht zu überzeugen, dass das Ausmaß der hinzunehmenden ungleichen Auswirkungen einer generellen Norm auch vom Gewicht der angeordneten Rechtsfolgen abhängt. Wenngleich durchaus zutreffen mag, dass die Eintragung der begehrten Geschlechtsbezeichnung die Unanwendbarkeit zahlreicher rechtlicher Vorschriften auf die beschwerdeführende Person zur Folge hätte, ist diesem Argument entgegenzuhalten, dass angesichts der zwingend einzutragenden Geschlechtsbezeichnung „männlich“ oder „weiblich“ und der sohin gleichheitswidrigen Ausgestaltung des PStG die Anwendung zahlreicher rechtlicher Vorschriften auf intersexuelle Menschen gleichermaßen zu Problemen führt. Die im gegenständlichen Fall intersexuelle Person ist geradezu ein Paradebeispiel dafür. Die sie betreffende Geschlechtseintragung im ZPR lautete immer auf „männlich“, angesichts ärztlicher Empfehlungen wurde sie aber als Mädchen erzogen und kam es auch zu geschlechtsangleichenden Operationen. Nach geltender österreichischer Rechtslage würde betreffend die beschwerdeführende Person Wehrpflicht nach dem Wehrgesetz bestehen und könnte sie eine Ehe mit einer Frau eingehen – ein Paradoxon. Angesichts fehlender einschlägiger Judikatur wurde die ordentliche Revision zugelassen und liegt die Hoffnung nunmehr in den Händen des VwGH und VfGH. Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof wurde bereits erhoben. Die Frist für die Einbringung der ordentlichen Revision läuft noch, diese wird ebenfalls eingebracht werden.<sup>11</sup>

### 3. Fazit

Eine Patentlösung, die allen Beteiligten zusagt, gibt es vermutlich nicht. Die Eintragung eines dritten Geschlechts würde zwar die gesellschaftliche Akzeptanz verbessern und intersexuellen Menschen helfen ihre Geschlechtsidentität besser ausleben zu können, es stellt sich allerdings die Frage, weshalb das Geschlecht eines Menschen überhaupt durch das Recht fixiert werden muss. In Ansehung der Gleichstellung von Geschlechtern und dem Aufgeben eines strikt dichotomen Geschlechtersystems, wäre die Abschaffung des Geschlechtseintrages im ZPR die einfachere und zufriedenstellendere Lösung.<sup>12</sup>

Folgt man den Theorien von *Judith Butler*, so ist die naturgegebene Zweigeschlechtlichkeit ohnehin nur eine Imitation, ein Original gibt es nicht.<sup>13</sup> Wenn davon abweichend die österreichische Gesamtrechtsordnung, wie in der Begründung des erkennenden Gerichtes zu lesen ist, davon ausgeht, dass das dichotome Geschlechtersystem das Original

---

10 Vgl. *Statistik Austria*, Bevölkerung, [https://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/menschen\\_und\\_gesellschaft/bevoelkerung/index.html](https://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/index.html) (24.01.2017).

11 Telefonische Auskunft des Rechtsanwaltes der beschwerdeführenden Partei Dr. Helmut Graupner vom 31.01.2017.

12 Vgl. *Deutscher Ethikrat*, Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland, <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/remus-stellungnahme-intersexualitaet.pdf> (24.01.2017).

13 Vgl. *Butler*, Das Unbehagen der Geschlechter (1991) 199.

ist, so ist die Schaffung eines ‚Remix‘ der Geschlechter und damit eine Alternative zum Original sowie letztendlich die Antwort des Gesetzgebers längst überfällig. Noch geeigneter wäre die Aufhebung des Originals, denn es ist schon öfter vorgekommen, dass der Remix besser war als das Original.<sup>14</sup>

Mag.<sup>a</sup> Stephanie Jicha ist Universitätsassistentin prae doc am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre an der Universität Innsbruck; stephanie.jicha@uibk.ac.at

---

<sup>14</sup> Vgl. *Christian Stöcker*, Remix, in *Kemper/Mentzer/Tilmanns* (Hrsg.), *Wirklichkeit 2.0: Medienkultur im digitalen Zeitalter* (2012) 101.

# SPRINT – Die Schriftenreihe zum Sportrecht

In der Reihe „SPRINT – Sport Recht International“ werden regelmäßig wichtige Monografien sowie Tagungsbände aus dem Sportrecht publiziert. Da Sportrecht als sogenannte Querschnittsmaterie zu betrachten ist, erstrecken sich die Veröffentlichungen in dieser Reihe über sämtliche rechtswissenschaftliche Teildisziplinen. Darüber hinaus enthält die seit 2012 bestehende Reihe besonders herausragende Dissertationen, die an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck verfasst oder betreut wurden.

**Herausgegeben von** Manfred Büchele, Michael Ganner, Lamiss Khakzadeh-Leiler, Peter G. Mayr, Gert-Peter Reissner und Alexander Schopper

## Aktuelle Bände



Druml

### **Sportgerichtsbarkeit**

Vereinsstrafe, Vereinsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit im organisierten Sport

Band 11, ca 422 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-7645-0  
Erscheinungsdatum: 31.3.2017  
€ 89,-



Büchele/Ganner/Khakzadeh-Leiler/Mayr/Reissner/Schopper (Hrsg)

### **Aktuelle Rechtsfragen im Radsport**

Band 10, 164 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-7621-4  
Erscheinungsdatum: 15.2.2017  
€ 52,-



Zeiler

### **Die Besteuerung von Sportlern**

Einkunftsarten – Einkünftermittlung – Internationales Steuerrecht

Band 9, 293 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-7579-8  
Erscheinungsdatum: 3.11.2016  
€ 64,-

## Weitere Bände

Büchele/Ganner/Khakzadeh-Leiler/Mayr/Reissner/Schopper (Hrsg)

### **Aktuelle Fragen des Bergsportrechts**

Band 8, 2016, 230 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-7361-9, € 49,-

Hechenblaickner

### **Organhaftung im Verein**

Unter besonderer Berücksichtigung des Sportvereins  
Band 7, 2016, 189 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-7355-8, € 39,90

Glischer

### **Erschließung und Erweiterung von Schigebieten**

Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Analyse  
Band 6, 2015, 307 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-6978-0, € 58,-

Büchele/Ganner/Khakzadeh-Leiler/Mayr/Reissner/Schopper (Hrsg)

### **Aktuelle Rechtsfragen im Fußballsport**

Band 5, 2015, 150 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-6784-7, € 39,-

Ringhof

### **Wegerecht und Bergsport**

Betreuungsrechte der Allgemeinheit an Flächen im Bergland  
Band 4, 2015, 236 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-6717-5, € 44,-

Büchele/Ganner/Khakzadeh-Leiler/Mayr/Reissner/Schopper (Hrsg)

### **Aktuelle Fragen des Schirechts**

Band 3, 2013, 142 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-6555-3, € 35,-

Holzer/Reissner

### **Einführung in das österreichische Sportrecht**

Band 2, 2014, 171 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-6437-2, € 29,-

Torggler (Hrsg)

### **Rechtsprobleme von Sportveranstaltungen**

am Beispiel der Olympischen Jugend-Winterspiele  
Band 1, 2012, 168 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-6381-8, € 19,50

Besuchen Sie uns im Webshop und bestellen Sie versandkostenfrei innerhalb Österreichs

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

VERLAG  
ÖSTERREICH

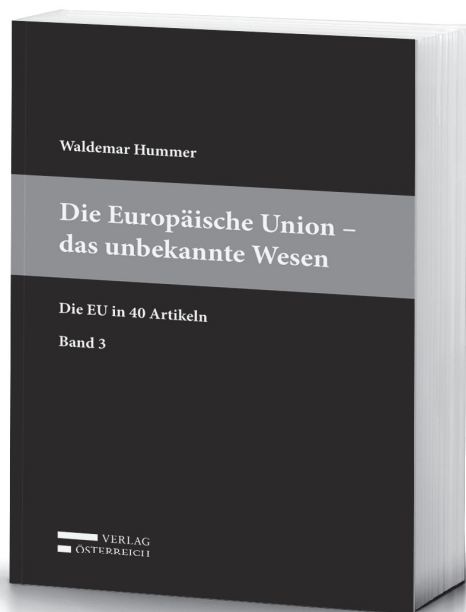


# Aktuelle europarechtliche und europapolitische Fragen erklärt

Seit mehreren Jahren befindet sich die EU in einem permanenten Krisenzustand, der so komplex ist, dass er der Öffentlichkeit kaum richtig vermittelt werden kann. Informationen der öffentlichen Hand sind oft spärlich, was den Autor Waldemar Hummer dazu bewegt hat, hier „Aufklärung“ aus privater Hand zu liefern.

Nach zwei erschienenen Sammelbänden aus den Jahren 2010 und 2014 ist dies nun sein dritter Band unter dem Generaltitel „Die Europäische Union – das unbekannte Wesen“.

Die „Trilogie“ umfasst insgesamt 440 europarechtliche und europapolitische Beiträge in einem Zeitraum von 11 Jahren. Damit wird die wichtigste Epoche in der sechzigjährigen Geschichte der Europäischen Union inhaltlich abgedeckt. Der dritte Band behandelt ua die Flüchtlings- und Migrationskrise, die Implodierung des „Schengen Systems“, die Terrorismusbekämpfung, die Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn und Polen, den Brexit und vieles mehr.



**em. o. Univ.-Prof. Dr. iur., Dr. rer. pol., Dr. phil. Waldemar Hummer**  
Institut für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck

Hummer  
**Die Europäische Union –  
das unbekannte Wesen**  
Die EU in 40 Artikeln  
Band 3

Monografie  
568 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7046-7660-3  
Erscheinungsdatum: 16.2.2017  
€ 54,-



Besuchen Sie uns im Webshop und bestellen Sie versandkostenfrei innerhalb Österreichs

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

**VERLAG  
ÖSTERREICH**