

nr 2/2018

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

## Wissen im Recht

### recht & gesellschaft

Erwachsenschutzgesetz revisited  
Rechtsschutz im Asylrecht  
Un/Sicherheitsproduktion bei den Wiener Linien  
Demonstrant\_innen vor Gericht 1968

### debatte equality bodies

15 Jahre Gleichbehandlungseinrichtungen in der EU

Für Context herausgegeben von Philipp Hense-Lintschnig, Valerie Purth, Maria Sagmeister und Nikolaus Wieser

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

 VERLAG  
ÖSTERREICH

# Wie hast du's mit der Rechtsstaatlichkeit?

Eine Nachfrage aus unionsrechtlicher Perspektive

Nikolaus Wieser

---

Ein Widerspruch zwischen den Worten und Taten der österr BReg bietet Gelegenheit, die im Titel adaptierte Gretchenfrage<sup>1</sup> zu stellen. In der Causa Polen, wo die Europäische Kommission durch die Justizreformen der PiS-Regierung die „Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung“ der Rechtsstaatlichkeit befürchtet,<sup>2</sup> versicherte Bundeskanzler *Kurz* der Kommission Unterstützung<sup>3</sup> und maß der Rechtsstaatlichkeit zugleich „Unverhandelbarkeit“<sup>4</sup> bei. Gleichzeitig plant die BReg innerstaatlich aber gerade dort zu sparen, wo diese gewährleistet wird – mit dem Budget 2018/19 sollen ua neben Mittelkürzungen etwa 40 Planstellen bei den ordentlichen Gerichten und etwa 120 beim BVwG wegfallen.<sup>5</sup>

Nun, wie hält Ö es mit der Rechtsstaatlichkeit? Diese ist einerseits ein Grundprinzip der österr Verfassung, zu welchem gerade auch die Einrichtung unabhängiger Gerichte gezählt wird, denn „der Kern ihres Aufgabenbereichs auf den Gebieten des Zivilrechts und Strafrechts ist eine wesentliche, durch Art 44 Abs 3 B-VG geschützte Facette des Rechtsstaates.“<sup>6</sup> Nach Art 2 EUV ist die Rechtsstaatlichkeit andererseits auch einer jener Werte, „auf die sich die Union gründet“. Sie ist „allen [MS] in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.“<sup>7</sup> Sowohl die Union als auch die MS müssen daher die Rechtsstaatlichkeit nach Art 2 EUV wahren – sie ist auf nationaler wie unionaler Ebene verankert und damit tatsächlich unverhandelbar. Stellt sich ein MS außerhalb des gemeinsamen Wertebogens, so muss er sich eine Einmischung durch die Union gefallen lassen: Soll sich die Kommission daher im Falle der österr Sparmaßnahmen in der Justiz einmischen?

---

1 *Goethe*, Faust I, Vers 3415.

2 Vgl *Europäische Kommission*, Pressemitteilung v 20.12.2017, IP/17/5367.

3 *APA/DPA*, Kanzler Kurz stützt EU-Kommission im Streit mit Polen, [www.sn.at/politik/weltpolitik/kanzler-kurz-stuetzt-eu-kommission-im-streit-mit-polen-23035387](http://www.sn.at/politik/weltpolitik/kanzler-kurz-stuetzt-eu-kommission-im-streit-mit-polen-23035387) (29.4.2018).

4 *Kurz*, Rede bei der 54. Münchner Sicherheitskonferenz, [www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/455732/Rede\\_Bundeskanzler\\_Kurz\\_M%c3%bcnchner\\_Sicherheitskonferenz\\_20180218.pdf/34ef41d5-64ca-417a-acca-1c673491e627](http://www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/455732/Rede_Bundeskanzler_Kurz_M%c3%bcnchner_Sicherheitskonferenz_20180218.pdf/34ef41d5-64ca-417a-acca-1c673491e627) (29.4.2018).

5 *Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter*, Brief an den Budgetausschuss, [https://richtervereinigung.at/wp-content/uploads/delightful-downloads/2018/04/2018\\_Justizbudget\\_Budgetausschuss\\_b04042018.pdf](https://richtervereinigung.at/wp-content/uploads/delightful-downloads/2018/04/2018_Justizbudget_Budgetausschuss_b04042018.pdf) (29.4.2018).

6 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>9</sup> (2012) 74.

7 Art 2 zweiter Satz EUV.

Ja, würden wohl die Vertreter\_innen der Justiz und der Rechtswissenschaften<sup>8</sup> antworten, die lautstark gegen die Sparmaßnahmen protestieren und klar den „Rechtsstaat in Gefahr“<sup>9</sup> sehen: Die Präsident\_innen der OLG verfügten aufgrund drohender Mittelknappheit sogar den (vorläufigen) Stopp der Gerichtspraxis – ein wesentlicher Bestandteil der Ausbildung zu den juristischen Kernberufen, auf den *nota bene* ein Rechtsanspruch<sup>10</sup> besteht – und ein Ende der Übernahme von jungen Jurist\_innen in die Justiz. Mehr als 5.000 Mitarbeiter\_innen der Justiz unterzeichneten Protestnoten zur „Verteidigung des Rechtsstaates“.<sup>11</sup>

Nein, würde wohl die Kommission selbst antworten, die ein Tätigwerden bei Werteverletzungen bisher nur unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sah: Für eine Aktivierung der eigens auf eine Werteverletzung ausgelegten Mechanismen<sup>12</sup> muss diese eine bes Greitität aufweisen, ergo die „Dimension eines systematischen Problems“<sup>13</sup> erreichen. Unter dieser Schwelle besteht bei „Zuwerhandeln gegen EU-Recht“<sup>14</sup> die Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens. Liegt – wie im Falle Ö zu vermuten – kein systemisches Defizit vor bzw wird nicht gegen eine konkrete Unionsnorm verstoßen, ist ein Tätigwerden hingegen nicht gerechtfertigt.

Eine jüngste Entscheidung des EuGH – dort ging es um die Vereinbarkeit der Rechtsstaatlichkeit mit Kürzungen von portugiesischen Richter\_innengehältern<sup>15</sup> – gibt jedoch einen Hinweis auf steigende Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit der nationalen Gerichte als „ordentliche Unionsgerichte“: Der EuGH dehnte jenen „vom Unionsrecht erfassten Bereich“<sup>16</sup>, in dem die MS einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz gewährleisten müssen und ihnen das Unionsrecht daher Vorgaben etwa zur richterlichen Unabhängigkeit machen kann, aus;<sup>17</sup> damit konkretisiert er zugleich, was unter „Rechtsstaatlichkeit“ nach Art 2 EUV – auch betreffend die Organisation und Ausstattung der Justiz in den MS – zu verstehen ist.

Setzt der EuGH diese Entwicklung fort, sind die MS bei der Ausgestaltung der Rechtsstaatlichkeit auf nationaler Ebene auch unter der Schwelle des systemischen Defizits weniger frei und müssen sich dieser Gretchenfrage wohl öfter stellen.

Mag. Nikolaus Wieser ist Mitherausgeber des Juridikum und Universitätsassistent für Europarecht an der Universität Wien; nikolaus.wieser@univie.ac.at

8 Vgl bspw Stellungnahme des Dekans des Wr. Juridikum zu den Sparplänen in der Justiz v 12.4.2018 und die Kundgebung „Justiz retten“, die am 11.4.2018 vor dem Wr. Justizpalast stattfand.

9 APA, Richter und Staatsanwälte setzen Proteste gegen Einsparungen fort, <https://derstandard.at/2000078118990/Richter-und-Staatsanwaelte-setzen-Proteste-gegen-Einsparungen-fort> (29.4.2018).

10 § 2 Abs 1 Rechtspraktikantengesetz, BGBl 1987/644 idgF.

11 <https://richtervereinigung.at/5-000-unterschriften-zur-verteidigung-des-rechtsstaates/> (29.4.2018).

12 Va der EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, KOM (2014) 158 endg, sowie der Präventions- und Sanktionsmechanismus nach Art 7 EUV.

13 KOM(2003) 606 endg 8.

14 KOM(2014) 158 endg 5.

15 EuGH 27.2.2018, Rs C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses/Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117.

16 Art 19 Abs 1 UAbs 2 EUV.

17 *Ovádek*, Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order? Verfassungsblog vom 28.2.2018.

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 133 Wie hast du's mit der Rechtsstaatlichkeit?  
*Eine Nachfrage aus unionsrechtlicher Perspektive*  
Nikolaus Wieser

## merk.würdig

- 137 SHEtalks  
Hanna Mosler / Magdalena Steringer
- 140 Social Europe?  
*Bericht zur 1. Tagung junger Europarechtler\*innen zu aktuellen Fragen des sozialen Europa*  
Johannes Tropper
- 144 „Ein Unrechtsstaat, der täglich Zehntausende Morde begeht, berechtigt jedermann zur Notwehr.“  
*Zum 50. Todestag von Generalstaatsanwalt Fritz Bauer*  
Michael Kreuz
- 148 Der Verfassungsgerichtshof und das NÖ Mindestsicherungsgesetz  
*Anmerkung zu VfGH 7.3.2018, G136/2017 ua*  
Kevin Fredy Hinterberger

## recht & gesellschaft

- 154 Wo ein Wille, da ein Weg  
*Déjà-Vus und Chancen des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes*  
Ilse Koza
- 164 Effektiver Rechtsschutz bei Folgeanträgen?  
*Überlegungen zur Verfassungs- und Unionsrechtskonformität des § 12a Abs 1 AsylG*  
Jakob Fux
- 175 „Bitte seien Sie achtsam (...)“  
*(Un-)Sicherheitsproduktionen in der aktuellen Kampagne der Wiener Linien*  
Emilia Jawad / Josefa Maria Stiegler
- 186 Demonstrant\_innenprozesse in der BRD 1968  
*Entscheidungsanalyse und Kritik*  
Anna Stiegler

## debatte

- 197 15 Jahre Equality Bodies – 27 Jahre Gleichbehandlungsanwaltschaft Österreich  
Sandra Konstatzky / Anna Sporrer

## thema

- 206 Vorwort der Gastherausgeber\_innen: Wissen im Recht  
Andrea Kretschmann / Christoph Stoll / Caroline Voithofer
- 210 Rechtssoziologie versus „Recht in der Soziologie“  
*Anmerkungen zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Soziologie aus soziologie-geschichtlicher Perspektive*  
Doris Schweitzer
- 222 Ist das Wissen oder kann das weg?  
*Wissenschaftstheoretische Ansätze zur Produktion von (rechtlichem) Wissen*  
Judith Kohlenberger
- 231 Gefährlichkeitsprognosen im Strafverfahren  
Monika Stempkowski
- 244 Die unbewusste Dimension der Rechtsdiskurse  
*Ein Beitrag zur psychoanalytischen Rechtstheorie*  
Dominik Schäfers

- 257 *The Legalization of Everyday Life*  
*Reflections on Lawfare, Politics, and the History of the Present*  
 Interview with John Comaroff (Andrea Kretschmann)
- 264 Generalklauseln als Mittel der Eingliederung von „externem Wissen“ im Recht  
*Überlegungen am Beispiel der Guten-Sitten-Klausel des Schuldrechts*  
 Caroline Voithofer

## nach.satz

- 269 *Stop That Bloody Tax*  
*Monatshygieneprodukte und Umsatzsteuer*  
 Judith Fitz / Lilo Martini

## 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) herausge-  
 geben von: Philipp Hense-Lintschnig, Valerie Purth,  
 Maria Sagmeister, Nikolaus Wieser

### 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, Erwerbslose,  
 Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-  
 Einstiegsabo: Euro 11,-  
 Einzelheft: Euro 19,-  
 (Alle Preise inkl. MWSt, excl. Versandkosten)  
 Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Fabiane  
 Baxewanos, Miriam Broucek, Isabell Doll, Lorenz  
 Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Ronald  
 Frühwirth, Paul Hahnenkamp, Philipp Hense-  
 Lintschnig, Kevin Fredy Hinterberger, Marion Guerrero,  
 Matthias C. Kettermann, Andrea  
 Kretschmann, Emanuel Matti, Eva Pentz, Nora Pentz,  
 Valerie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Christoph  
 Stoll, Petra Sussner, Caroline Voithofer, Antonia Wagner,  
 Nikolaus Wieser, 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), 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 (Wien), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Stei-  
 nert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/  
 Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager  
 (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg  
 Zerbes (Bremen)

### Autor\_innen dieser Ausgabe:

John Comaroff, Jakob Fux, Kevin Fredy Hinterberger,  
 Emilia Jawad, Judith Fitz, Judith Kohlenberger, Sandra  
 Konstatzky, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Michael  
 Kreuz, Lilo Martini, Hanna Mosler, Dominik Schäfers,  
 Doris Schweitzer, Anna Sporrer, Magdalena Steringer,  
 Monika Stempkowski, Anna Stiegler, Josefa Stiegler,  
 Christoph Stoll, Johannes Tropper, Caroline Voithofer,  
 Nikolaus Wieser

### Gastherausgabe des themas:

Andrea Kretschmann, Christoph Stoll, Caroline Voithofer

## Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1,  
 1010 Wien (Geschäftsführung: Dkfm. André Caro) ist  
 eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlags-  
 gesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44,  
 D-70191 Stuttgart (Geschäftsführer: Dr. Christian  
 Rotta, Dkfm. André Caro) und ist zu 100% Medienin-  
 haber der Zeitschrift juridikum. Der Werktitel „juridi-  
 kum – 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

Valerie Purth: valerie.purth@gmail.com

Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at

Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

# SHEtalks

Hanna Mosler / Magdalena Steringer

---

Ein Frauenförderungs- und Vernetzungsprojekt am Wiener Juridicum. Einige sind interessiert, gratulieren zur Initiative, sind gespannt. Manche verdrehen die Augen. Braucht es schon wieder ein Frauenprojekt?

An österreichischen öffentlichen Universitäten liegt der Frauenanteil mit 522 Professorinnen (2016) bei etwa 22 Prozent.<sup>1</sup> In der Geschäftsführungsebene der 200 umsatzstärksten Unternehmen in Österreich sind 7,2 Prozent Frauen vertreten, weibliche CEOs finden sich überhaupt nur 3,6 Prozent.<sup>2</sup> Insgesamt beträgt der Anteil weiblicher Führungskräfte 23 Prozent.<sup>3</sup> Damit befindet sich Österreich EU-weit am viertletzten Platz. Gleichzeitig sind 52 Prozent der Studierenden an den öffentlichen Universitäten weiblich.<sup>4</sup> Interdisziplinäre Fächer wie Legal Gender Studies, die das Geschlechterverhältnis im rechtlichen Diskurs beleuchten, haben erfreulicherweise Eingang in den rechtswissenschaftlichen Studienalltag gefunden. Ihre Berechtigung ist jedoch weiterhin umstritten, die Teilnahme an entsprechenden Lehrveranstaltungen nicht verpflichtend. Vielmehr müssen (Legal) Gender Studies es sich gefallen lassen, regelmäßig als unnötig oder „exotisch“<sup>5</sup> bezeichnet zu werden.

Tatsächlich kommt man\_frau sich bei näherer Betrachtung und kritischem Hinterfragen des Diskurses über Geschlecht im juristischen Studium schnell als Exot\_in vor. Gerade Jurist\_innen wird von Beginn ihres Studiums an die Wichtigkeit von Sprache und deren Exaktheit nahegelegt, was aber nicht für geschlechtergerechte Sprache zu gelten scheint. In Lehrbüchern sind Frauen zumeist – wenn überhaupt – doch nur mitgemeint. Juristische Übungsfälle sind durchzogen von Geschlechterstereotypen, Frauen sind als Akteurinnen unterrepräsentiert und treten häufig als unselbstständige Individuen auf, wie unlängst eine Studie der Universität Hamburg bestätigte.<sup>6</sup>

Dass Geschlechterstereotype noch tief in den Köpfen verankert sind, zeigt sich auch in manchen Lehrveranstaltungen, in denen sexistische Aussagen immer wieder vorkommen.

---

1 BMSGK, Frauen und Männer in Österreich: Gender Index 2016, 27.

2 Spitzer/Wieser, Frauen.Management.Report.2017, Arbeiterkammer Wien, 2017, 2.

3 Eurostat, Pressemitteilung „Nur 1 von 3 Führungskräften in der EU ist eine Frau...“, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7896995/3-06032017-APDE.pdf/b49bc03b-00be-448c-b12a-318012c61cda> (21.03.2018).

4 BMSGK, Frauen und Männer in Österreich: Gender Index 2016, 25.

5 Hecht, Jus-Studium an der Uni-Wien nicht mehr zeitgemäß?, *Presse* v 13.09.2017, <https://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/5284885/JusStudium-an-der-UniWien-nicht-mehr-zeitgemaess> (19.03.2018).

6 Universität Hamburg, (Geschlechter)rollenstereotype in juristischen Ausbildungstätten, [www.uni-hamburg.de/gleichstellung/download/studie-rollenstereotypen-geschlechterforschung-1.pdf](http://www.uni-hamburg.de/gleichstellung/download/studie-rollenstereotypen-geschlechterforschung-1.pdf) (22.03.2018).

Die Reaktionen reichen von (stiller) Wut bis hin zu Gelächter (vorrangig von jungen Männern). Mit dem Wissen, dass eine Wortmeldung, die auf die unpassende Bemerkung aufmerksam machen würde, oft zur persönlichen Bloßstellung führt, wird meist geschwiegen. Auch die Angst, in zukünftigen Prüfungssituationen mit negativen Auswirkungen konfrontiert zu werden, ist für viele ein Hemmnis. Meldet man\_frau sich doch, so darf noch lange nicht mit der Solidarität anderer Studierender gerechnet werden. Aufgebrachten Stimmen wird gerne geraten, solche Vorkommnisse zu ignorieren und/oder vorgeworfen, zu übertreiben. Gerade Frauen wird in diesem Zusammenhang unterstellt, „hysterisch“ und „überempfindlich“ zu sein. Außerdem könne man\_frau sowieso nichts daran ändern.

### 1. Was, wenn wir doch etwas verändern können?

Diese Frage hat uns dazu bewogen, SHEtalks ins Leben zu rufen. SHEtalks ist ein Projekt, das es sich zum Ziel setzt, veraltete Geschlechterrollen aufzubrechen, das Selbstbewusstsein junger Frauen zu stärken und die Vernetzung untereinander zu erleichtern.

Das Konzept für unsere erste Veranstaltung ist dabei folgendes gewesen: Eine Frau in einer Führungsposition spricht über ihren beruflichen Werdegang, thematisiert dabei insbesondere genderspezifische Hindernisse und erzählt, wie sie mit diesen umgegangen ist oder sie gar überwinden hat können. Im Anschluss können Fragen gestellt und eigene Erlebnisse geteilt werden. Gemeinsam mit der Vortragenden werden Lösungsansätze und Strategien zur Überwindung von Barrieren, die den meisten Frauen in irgendeiner Form auf ihrem Weg begegnen, erarbeitet. Teilnehmen können alle, die sich als Frau identifizieren.

Nachdem die Idee konkretisiert worden war, begannen wir mit der Realisierung des Projekts. Am 14.03.2018 war es dann soweit: SHEtalks #1 mit Dr.<sup>in</sup> *Anna Sporrer*, Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichtshofes, fand mit 120 Teilnehmerinnen in einem vollen Hörsaal am Wiener Juridicum statt. *Sporrer*, die im Übrigen Mitgründerin und Autorin des *juridikum* ist, erzählte, wie sie es als bekennende Frauenrechtlerin geschafft hatte, eine der höchsten Positionen in der österreichischen Justiz zu erlangen. Sie sprach über ihre ersten Erfahrungen mit Diskriminierung, die sich bereits im Kindesalter ereignet hatten, und von ihren Strategien, um Frauen besser sichtbar zu machen. Nach dem Vortrag schilderten einige der Teilnehmerinnen ihre eigenen, zum Teil sehr intimen, Erfahrungen mit Ungleichbehandlung. Es wurde über Diskriminierung, Scham, Missbrauch von Autoritätsverhältnissen und Vorurteile gesprochen. Zu jedem Thema, jeder Erfahrung wurden von der Vortragenden oder von Stimmen aus dem Publikum Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt – und dabei immer wieder zur Solidarität untereinander aufgerufen. In nachfolgenden Gesprächen erzählten uns die Teilnehmerinnen von den Ideen, die sie mitnehmen konnten und in Zukunft in ihrem Alltag umsetzen möchten. Damit wurde eines der größten Anliegen von SHEtalks verwirklicht: als ein Medium zu agieren, durch das Frauen sich gegenseitig dazu ermutigen und dabei unterstützen, proaktiv zu handeln.

## 2. Feminismus ohne Männer?

Wir sind häufig mit der Frage konfrontiert, weshalb an SHEtalks (vorerst) keine Cis-Männer<sup>7</sup> teilnehmen dürfen. Uns ist bewusst, dass ein gesellschaftlicher Wandel der Mitwirkung von Männern bedarf. In einem ersten Schritt geht es unseres Erachtens jedoch um eine Bewusstmachung über die vorherrschenden Strukturen, Probleme und deren Wahrnehmungen. Gespräche über die sozialen Lebensrealitäten von Frauen entwickeln sich in Anwesenheit von Männern meist in eine andere Richtung. Wir wollen bei unseren Veranstaltungen eine Atmosphäre schaffen, in der sich Frauen wohl und sicher fühlen, intime Erlebnisse zu teilen. Dabei soll das Nachdenken über eine möglichst missverständnisfreie Kommunikation nicht zum Hemmnis und sollen etwaige Rechtfertigungen männlichen Handelns nicht zum Hauptthema von SHEtalks werden. Wir setzen unseren Fokus bewusst auf Frauen-Empowerment.

## 3. Wie wird es mit SHEtalks weitergehen?

SHEtalks ist als Veranstaltungsreihe gedacht, in der möglichst viele inspirierende Frauen aus verschiedenen Branchen zu Wort kommen sollen. Der Auftakt hat bewiesen, dass es das Interesse und die Notwendigkeit für solche Veranstaltungen gibt – und dass es mit *einem* Event nicht getan ist. Das Konzept ist dabei kein starres, sondern eines, das sich ständig verändern wird, um möglichst viele Frauen in unterschiedlichen Lebensrealitäten erreichen zu können. Wir wollen das Feedback der Teilnehmerinnen aufnehmen und umsetzen, uns von den Veranstaltungen und Gesprächen zu neuen Ideen anregen lassen. SHEtalks soll zum Austausch und zur gegenseitigen Unterstützung anregen und Frauen dazu ermutigen, ihren eigenen Weg zu gehen.

Hanna Mosler studiert Rechtswissenschaften in Wien, arbeitet als Studienassistentin am Institut für Rechtsphilosophie und ist Initiatorin von SHEtalks; hanna.mosler@univie.ac.at

Magdalena Steringer studiert Rechtswissenschaften in Wien und ist Initiatorin von SHEtalks; magdalena.steringer@gmail.com

Facebook: @SHEtalks.Wien

---

7 Personen, die bei der Geburt dem männlichen Geschlecht zugewiesen worden sind und deren Geschlechtsidentität damit übereinstimmt.

# Social Europe?

Bericht zur 1. Tagung junger Europarechtler\*innen zu aktuellen Fragen des sozialen Europa

Johannes Tropper

---

Am 2. März 2018 fand die 1. Tagung junger Europarechtler\*innen zum Generalthema „Social Europe?“ am Juridicum Wien statt. Die Assistent\_innen der Abteilung für Europarecht der Universität Wien gestalteten das Programm bewusst interdisziplinär und so bot die Tagung eine Plattform für ein breites Spektrum rechtswissenschaftlicher Forschung und förderte den Gedankenaustausch zwischen unterschiedlichen Disziplinen. Neun junge Rechtswissenschaftler\_innen in vier Panels widmeten ihre Vorträge verschiedenen europarechtlich beeinflussten Themengebieten.

## 1. (A)soziales Europa?

Einleitend erörterte *Kevin Fredy Hinterberger* die Möglichkeit nationaler und europarechtlicher Regularisierung irregulär aufhältiger Migrant\_innen, dh der Erteilung eines Aufenthaltsrechts. Vor dem Hintergrund des Vollzugsdefizits bei Rückkehrenscheidungen, zu denen die MS nach der Rückführungs-RL 2008/115 verpflichtet sind, könne die Verleihung von Aufenthaltstitel an Migrant\_innen als Chance zur Bekämpfung irregulärer Migration gesehen werden. Auf europäischer Ebene umfasse die Zielsetzung der Bekämpfung irregulärer Einwanderung in Art 79 AEUV auch die Möglichkeit zur Regularisierung irregulär aufhältiger Migrant\_innen. In Fällen, in denen eine Rückführung rechtlich oder faktisch nicht möglich ist, sollen daher Aufenthaltstitel erteilt werden.

Im Anschluss daran referierte *Peter Schöffmann* zur Europäischen Sozialrechtskoordination bei Entsendungen. Grundsätzlich besteht dabei eine Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen an Sozialversicherungsträger des Herkunftslandes, dessen Sozialversicherungsrecht auch den Beschäftigungsstaat mittels sog A1-Bescheinigungen bindet. Nach Rsp des EuGH kann selbst eine offenkundig falsche Bescheinigung deren rechtliche Bindung nicht negieren. Vielmehr müssen die Sozialversicherungsträger in ein Dialogverfahren treten. Allerdings können rechtsmissbräuchlich erschlichene Bescheinigungen nach der Rsp keine Bindung entfalten. Dennoch bleiben die Träger verpflichtet, ein Dialogverfahren einzuleiten, was im Vergleich zur bisherigen Rsp inkonsistent und nicht zielführend sei.

## 2. Freiheit, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit?

*Nikolaus Wieser* präsentierte die Parteistatut-VO 1141/2014, die erstmals eine unionsweite Rechtspersönlichkeit für europäische politische Parteien bringt. Er erörterte die Frage, inwiefern die VO als Instrument der Wertegemeinschaft nutzbar sein könnte, da die Parteien für ihre Anerkennung und Finanzierung die Werte nach Art 2 EUV erfüllen müssen. Andernfalls kann die Behörde für europäische politische Parteien und Stiftungen ihre Streichung veranlassen. Obgleich eine Streichung nicht zur Auflösung, sondern uU zur Umwandlung in eine nationale Partei führt, hielt der Vortragende dies aufgrund mangelnder Bestimmtheit der Werte grundrechtlich für problematisch. Nichtigkeitsklagen gegen Beschlüsse der Behörde könnten dafür eine Konkretisierung der Werte fördern und somit zu deren Bestimmtheit beitragen. Ob das Lösungsverfahren die Einhaltung der Werte stärke, sei hingegen zu bezweifeln.

*Sofie Schock* beschäftigte sich in ihrem Vortrag mit den Chancen und rechtlichen Herausforderungen virtueller Währungen. Obwohl bereits mehr als 1500 virtuelle Währungen existieren, mangelt es an Regelungen. Dies sei aus Gründen der Rechtssicherheit, des Anlegerschutzes sowie der Gefahr des Missbrauchs für Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung bedenklich. Auf Unionsebene wurde nun erstmals eine Definition von virtuellen Währungen in den Vorschlag zur 5. Geldwäsche-RL aufgenommen und Tauschbörsenbetreiber dem Verpflichtetenkreis der RL hinzugefügt. Die EU sehe in der dahinterstehenden Technologie „Blockchain“ allerdings nicht nur Risiken, sondern zB auch Potenzial für die Verwaltungsvereinfachung.

## 3. Geht's der Wirtschaft gut, geht's der EU gut?

Das dritte Panel eröffnete *Sebastian Schwamberger* mit einem europarechtlichen Blick auf die Wirksamkeit von Vertragsstrafen in Verbraucherverträgen. Er erörterte die Frage, ob derartige Vertragsstrafklauseln nach § 1336 ABGB und Klauseln, die einen Vergütungsbetrag über dem durchschnittlichen Schaden vorsehen, von der RL 1993/13 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erfasst sind. Laut *Schwamberger* fallen sie nicht unter die RL. Bei Vertragsstrafklauseln nach § 1336 ABGB liege weder eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild vor, noch entspräche die Klassifizierung dieser Klauseln als missbräuchlich dem Willen des Gesetzgebers. Erst wenn Vertragsstrafklauseln einen Vergütungsbetrag über dem möglichen adäquaten Schaden vorsehen, seien sie im Widerspruch zur RL 1993/13.

*Christoph Müller* referierte zu den Entwicklungstendenzen europäischer Gesellschaftsformen am Bsp der Societas Unius Personae (SUP). Da KMUs in der EU dominieren, wurde von der Kommission diese europarechtliche „Ein-Personen-GmbH“ mit 1 Euro-Stammkapital und Onlinegründungsverfahren vorgeschlagen. Der umstrittene Entwurf erlaubt eine Spaltung von Satzungs- und Verwaltungssitz. Vor dem Hintergrund der *Panama Papers* übte das Parlament Druck auf die Kommission aus, die das Verwerfen

des Vorschlags in Erwägung zog. Laut *Müller* wurde zwischen der SUP, Briefkastengesellschaften und *forum shopping* ein zweifelhafter Konnex hergestellt. *Müller* erwartet, dass die Kommission nach etwaigem Rückzug des Entwurfs neue Vorschläge zu Gesellschaftsformen erst nach sekundärrechtlicher Regelung der Sitzverlegung und Onlinegründung präsentieren werde.

*Helene Hayden* sprach über faire Unternehmensbesteuerung in der EU. Auf Unionsebene könne zwischen zulässiger Steuerplanung und unzulässigem Missbrauch differenziert werden, die Grenzen wären tw aber schwer auszumachen. In der Rsp des EuGH existiere ein allg Missbrauchsverbot. In Auslegung des Primärrechts definierte der EuGH einen engen Maßstab zur Missbrauchskontrolle, während er sekundärrechtlich einen weiten anwendet. Die ab 1.1.2019 geltende Anti-Tax-Avoidance-Directive 2016/1164 (ATAD) lege einen eigenen, weiten Maßstab zur Missbrauchsabwehr fest. Da dieser im Widerspruch zur Auslegung der primärrechtlichen Bestimmungen stehe, solle der EuGH nun im Anwendungsbereich der ATAD einen weiten Maßstab anwenden. Jedenfalls hänge ihr Erfolg von der Zusammenarbeit des EuGH und nationaler Gerichte ab.

#### 4. Alle Menschen werden Brüder\*?

*Maria Sagmeister* beschäftigte sich in ihrem Vortrag mit dem Mutterschutz in der Rsp des EuGH aus Legal-Gender-Studies-Perspektive. Dabei erläuterte sie unterschiedliche Argumentationen des EuGH im Kontext der GleichbehandlungsRL 2006/54 und ElternurlaubsRL 2010/18. Die Rsp habe sich im Laufe der Jahre gewandelt. Während ursprünglich der körperliche Schutz der Frau und der Mutter-Kind Beziehung im Vordergrund standen, problematisierte der EuGH in jüngerer Rsp, dass Maßnahmen des Mutterschutzes bzw die Beseitigung faktischer Ungleichheit, auch zur Verfestigung der herkömmlichen Rollenverteilung führen können. Vor dem Hintergrund der RL wird nun auch die Beteiligung der Väter an Kinderbetreuung sowie die explizite Einmischung zur Aufteilung der Betreuung als gleichheitsfördernd erkannt.

Zum Abschluss gewährte *Agnes Balthasar-Wach* einen Einblick in die Kindesentführungsregelungen der Brüssel IIa-VO, für deren Änderung die Kommission 2016 einen Vorschlag präsentierte, und ging auf zwei zentrale Probleme der VO ein. Die Definition von Kindesentführung ist an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes geknüpft, der jedoch in der VO nicht definiert und auch in der Rsp des EuGH nicht hinreichend konkretisiert ist. Problematisch seien auch das Rückgabeverfahren mit dem übergeordneten Mechanismus, der die Zuständigkeit in den Ursprungsstaat verlagern kann und das vereinfachte Vollstreckungsverfahren. Diese funktionieren in der Praxis nur mangelhaft. Die vorgeschlagenen Änderungen würden zwar zu schnelleren Verfahren führen, in schwierigen Fällen aber dennoch nicht zu mehr Rückführungen.

Die 1. Tagung junger Europarechtler\*innen schaffte es die Vielfalt des Europarechts sowie die von ihm geprägten Rechtsmaterien wiederzuspiegeln und junge Jurist\_innen unter-

schiedlicher Fachbereiche zu vernetzen. Die Organisator\_innen der Nachwuchstagung hegen die Hoffnung, dass dieses Format fortgesetzt wird um Nachwuchswissenschaftler\_innen die Möglichkeit zu bieten ihre eigene Forschung und Ideen zu präsentieren. Die Inhalte der Vorträge werden in einem Tagungsband im *Jan Sramek Verlag* veröffentlicht.

Johannes Tropper, BA, arbeitet als Studienassistent am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien; johannes.tropper@univie.ac.at.

# „Ein Unrechtsstaat, der täglich Zehntausende Morde begeht, berechtigt jedermann zur Notwehr.“<sup>1</sup>

Zum 50. Todestag von Generalstaatsanwalt Fritz Bauer

Michael Kreuz

---

Widerstand gegen das NS-Unrechtsregime wurde in der frühen Nachkriegsjustiz der Bundesrepublik Deutschland zunächst als illegitim eingestuft. Eine entscheidende Wende erfolgte durch den sogenannten *Remer-Prozess* in Braunschweig im Jahre 1952.<sup>2</sup> Durch das Urteil in diesem Prozess wurde klargestellt, dass Widerstand gegen das NS-Regime zumindest in seiner Spätphase nicht als Landesverrat zu bewerten sei. Kein anderer verkörpert diese „normative Zäsur“<sup>3</sup> in der deutschen Rechtsprechung mehr als Generalstaatsanwalt<sup>4</sup> *Fritz Bauer*, dessen Todestag sich am 1. Juli 2018 zum 50. Mal jährt.<sup>5</sup>

*Bauer* ist vor allem als Ankläger in den sog Frankfurter *Auschwitz-Prozessen* bekannt, bei denen die Vernichtung von Menschen, va Jüd\_innen, im KZ Auschwitz juristisch aufgearbeitet wurde.<sup>6</sup> Auch die Ergreifung von *Adolf Eichmann* durch den Mossad in Argentinien war erst durch einen entscheidenden Hinweis von *Bauer* möglich.<sup>7</sup>

Es war *Bauer* ein Anliegen, nicht nur einfach Recht zu vollziehen, sondern gegebenenfalls einen Prozess auch als politische Bühne zu „nutzen“, um der deutschen Bevölkerung die Untaten des NS-Regimes vor Augen zu führen. Den Anlass für einen solchen „politischen Prozess“ bot der ehemalige Generalmajor *Otto Ernst Remer*. *Remer* war Kommandeur des in Berlin stationierten Wachregiments „Großdeutschland“. Er war von Hitler nach dem *Stauffenberg-Attentat* im Jahre 1944 persönlich beauftragt worden, den

---

1 *Fritz Bauer* in seinem Plädoyer im *Remer-Prozess*, abgedruckt in *Nöbke* (Hrsg), *Zerstörte Rechtskultur – Vorträge am Berliner Kammergericht* (2013) 56.

2 *Fröhlich*, *Ernst Otto Remer* (2016), [www.lexikon-der-politischen-straftprozesse.de/glossar/remer-otto-ernst/](http://www.lexikon-der-politischen-straftprozesse.de/glossar/remer-otto-ernst/), (20.3.2018); *Fröhlich*, *Braunschweiger Remer-Prozess* (2005) 23 in Schuldig. NS-Verbrechen vor deutschen Gerichten, Heft 9.

3 *Fröhlich*, *Ernst Otto Remer*.

4 *Bauer* war Generalstaatsanwalt in Braunschweig und später in Frankfurt a. M. Die/der Generalstaatsanwalt\_wältin ist die/der Behördenleiter\_in\_einer Generalstaatsanwaltschaft, deren räumlicher Wirkungskreis mit dem jeweiligen Oberlandesgericht ident und der Dienst- und Fachaufsicht durch die/den jeweiligen Landesjustizminister\_in unterliegt.

5 Der genaue Todeszeitpunkt ist unklar, da *Bauer* tot in seiner Badewanne aufgefunden wurde. Allgemein wird der 1. Juli als Todestag angesetzt.

6 *Renz*, *Fritz Bauer und der Frankfurter Auschwitz Prozess* (2014) 149 in *Backhaus et al*, *Fritz Bauer der Staatsanwalt*.

7 Interview mit Oberstaatsanwalt a.D. Warlo (2014) 175 in *Backhaus et al*, *Fritz Bauer der Staatsanwalt* (2014).

Widerstand niederzuschlagen. Nach Kriegsende engagierte sich *Remer* in der *Sozialistischen Reichspartei* (SRP), gegen die später ein Verbotsverfahren eingeleitet werden sollte. Im Mai 1951 wurde *Remer* bei einer Wahlveranstaltung der SRP sein Verhalten im Zuge des *Stauffenberg-Attentats* vorgehalten. *Remer* wies die Vorwürfe, nachdem sie nun schon „zum 500. Mal [...] aufs Tapet gebracht wurden“<sup>8</sup>, von sich und verteidigte sich ua mit folgender Bemerkung, für die er später wegen Übler Nachrede in Tateinheit mit Verunglimpfung Verstorbener verurteilt werden sollte: „Wenn man schon bereit ist, Hochverrat zu begehen, dann bleibt die Frage offen, ob nicht in sehr vielen Fällen dieser Hochverrat gleich Landesverrat ist. Diese Verschwörer sind zum Teil in starkem Maße Landesverräter gewesen, die vom Auslande bezahlt wurden“.<sup>9</sup>

Durch diese Aussage fühlte sich *Robert Lehr*, ein ehemaliger Widerstandskämpfer, persönlich beleidigt. Er brachte die Sache zur Anzeige. *Lehr* war seit Oktober 1950 CDU-Bundesinnenminister. Nachdem der zuständige Staatsanwalt, ein ehemaliges NSDAP-Mitglied, es ablehnte, Anklage zu erheben, zog sein Vorgesetzter Generalstaatsanwalt *Fritz Bauer* das Verfahren an sich und leitete ein Verfahren ein. Die Anklage gegen *Remer* erfolgte wegen Übler Nachrede (§ 186 StGB).<sup>10</sup> Aus *Bauers* Korrespondenz geht klar hervor, dass er von Anfang an in diesem Prozess die Möglichkeit sah, das „Thema Widerstand“ vor Gericht zu bringen.<sup>11</sup> *Bauer* war auch bewusst, dass der Prozess eine große mediale Aufmerksamkeit auf sich ziehen würde. Schließlich waren zwei bekannte Personen des öffentlichen Lebens beteiligt: auf der einen Seite Bundesinnenminister *Robert Lehr* von der CDU und auf der anderen Seite der zweite Vorsitzende der SRP *Otto Ernst Remer*.

Auf Antrag *Bauers* wurden im Prozess gegen *Remer* mehrere Gutachten erstattet. Darunter auch moraltheologische Gutachten zur Frage des Widerstandsrechtes nach evangelischer und katholischer Lehre, ein Gutachten über die Motive der Widerstandskämpfer\_innen und eines über die Kriegslage im Sommer 1944. Aufgrund dieses historischen Gutachtens traf das Gericht folgende Feststellungen: Die militärische Lage war zT so katastrophal, dass der Krieg am Tag des Attentats bereits als verloren anzusehen war. Es gab auch keinerlei Möglichkeiten mehr, dem Krieg eine andere Wendung zu geben. Nach der Auffassung des Gerichtes war die „Schlußkatastrophe [...] gewiß, nur über das Datum konnte man noch streiten“.<sup>12</sup> Zu den Motiven der Widerstandskämpfer\_innen zitierte es die Zusammenfassung des entsprechenden Gutachtens ua wie folgt: Die Widerstandskämpfer\_innen wollten „der Welt zeigen, daß auch unter schwersten äußerlichen Verhältnissen [...] der Wandel zum Rechtsstaat [...] durchgeführt“ werden könnte.<sup>13</sup>

---

8 *Kraus* (Hrsg), Die im Braunschweiger Remerprozess erstatteten moraltheologischen und historischen Gutachten nebst Urteil (1953) 107.

9 *Kraus* (Hrsg), Remerprozess 107.

10 *Fröblich*, Braunschweiger Remer-Prozess 21.

11 *Johst*, Begrenzung des Rechtsgehorsams (2015) 71.

12 *Kraus* (Hrsg), Remerprozess 124.

13 *Kraus* (Hrsg), Remerprozess 124.

Nachdem das Gericht die historische Sachlage ausreichend geklärt hatte, ging es daran, die Verwirklichung der Delikte des Landesverrats (§§ 88 und 91b StGB) und des Hochverrats (§ 80 StGB) durch die Beleidigten zu untersuchen, die *Remer* ihnen vorwarf. Zum Vorwurf des Hochverrates hatte *Remer* bei seiner inkriminierenden Äußerung aber Einschränkungen dahingehend gemacht, dass hier die Widerstandskämpfer\_innen „aus ideellem Antrieb“ handelten, sodass – so das Gericht – „subjektiv das Bewusstsein von einem ehrenkränkenden Charakter seiner hier behandelten Äußerung nicht nachzuweisen“ war.<sup>14</sup> Auch hinsichtlich des Landesverrates bejahte das Gericht die äußere Tatseite, verneinte aber den inneren Tatbestand.<sup>15</sup> Dafür wäre nämlich erforderlich, „daß ein Deutscher vorsätzlich während eines Krieges gegen das Reich der Kriegsmacht einen Schaden zufügt“. In einer Gesamtabwägung wollten die Attentäter\_innen aber das Reich vor größerem Schaden bewahren.<sup>16</sup>

Mit dieser Verneinung von Hoch- und Landesverrat auf der inneren Tatseite war an sich der Vorwurf des Hoch- und Landesverrates ausgeräumt. Das Gericht hätte eine Verurteilung von *Remer* vornehmen können. Allerdings hatte sich *Remer* auf den Wahrheitsbeweis gem § 190 StGB berufen. § 190 StGB sah vor, dass der Beweis der Wahrheit für den erhobenen Vorwurf dann als erbracht anzusehen ist, wenn der Beleidigte wegen der vorgeworfenen Tat rechtskräftig verurteilt worden war. Durch die Verurteilungen zahlreicher Widerstandskämpfer\_innen des Stauffenberg-Attentates vom 20. Juli 1944 war dieser Wahrheitsbeweis aber an sich erbracht. Das Gericht musste daher nach einer Lösung suchen, diese Urteile als nicht rechtskräftige Urteile im Sinne des § 190 StGB ansehen zu können. Der dabei beschrittene Weg war durchaus kühn, aber gerechtfertigt: Das Gericht sprach diesen Urteilen schlichtweg die Rechtsgültigkeit ab, „weil sie mit dem heutigen Rechtsdenken unvereinbar“ sind. Dazu komme noch, „daß gerade die Prozesse vor dem Volksgerichtshof [...] durchaus den Charakter nationalsozialistischer Schau- und Propagandaprozesse trugen und rechtsstaatlicher Garantien weitgehend entbehrten, so erscheint der Strafkammer die Auffassung gerechtfertigt, daß die Urteile des Volksgerichtshofes gegen die Widerstandskämpfer des 20. Juli 1944 nicht als rechtskräftige Erkenntnisse im Sinne des § 190 StGB anzusehen sind“.<sup>17</sup> *Remer* wurde daher mit Urteil des LG Braunschweig vom 15. März 1952 wegen Übler Nachrede in Tateinheit mit Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener zu drei Monaten Haft verurteilt. *Remers* Revision wurde nicht stattgegeben.

Bei der Bewertung der Zustände in Deutschland ab 1939 sprach das Gericht gar von einem „Unrechtsstaat“ und nennt „aus der Vielzahl der Fälle“ als Beispiele: die Tötung hunderter Menschen ohne Gerichtsurteil im Zuge des *Röhm-Putsches* und die „unvor-

---

14 *Kraus* (Hrsg), *Remerprozess* 112.

15 *Kraus* (Hrsg), *Remerprozess* 129.

16 *Kraus* (Hrsg), *Remerprozess* 129.

17 *Kraus* (Hrsg), *Remerprozess* 133.

stellbar grausame Verfolgung und Ausrottung der Juden in Deutschland“.<sup>18</sup> Dies wäre „schreiendes Unrecht“ gewesen.<sup>19</sup> Bei diesen Ausführungen fanden offenbar die Worte *Bauers* aus seinem auch in der Presse auf Zustimmung stoßenden Plädoyer Beachtung. *Bauer* hatte ganz iSv *Gustav Radbruch* von einem Unrechtsstaat gesprochen. Für ihn galt die *Radbruch'sche Formel*, wonach Rechtsvorschriften dann keine Geltung haben, wenn der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht. Daher galt aus seiner Sicht: „Ein Unrechtsstaat wie das Dritte Reich ist überhaupt nicht hochverratsfähig“.<sup>20</sup> Das Gericht hatte sowohl den Hoch- als auch den Landesverrat nur auf subjektiver Tatseite verneint, aber auf objektiver Tatseite bejaht. Das war eine Rechtsauffassung, die für *Bauer* völlig unverständlich war. Denn nach *Bauers* Auffassung war es im Dritten Reich wegen seiner Erscheinungsform als Unrechtsstaat gar nicht möglich gewesen, einen Hochverrat zu begehen. Das Gericht hätte daher auch die äußere Tatseite eines Hoch- oder Landesverrates verneinen müssen, wie er auch in der Gegenschrift zur erfolglosen Revision der Gegenseite ausführte.<sup>21</sup> Immerhin wurde aber durch das Urteil des LG Braunschweig erstmals in der deutschen Nachkriegsgeschichte von einem deutschen Gericht der NS-Staat als Unrechtsstaat qualifiziert. Diese Zäsur in der rechtlichen Bewertung des NS-Staates ist Generalstaatsanwalt *Fritz Bauer* zu verdanken.<sup>22</sup>

Hon.-Prof. (FH) Dr. Michael Kreuz ist Rechtsanwalt in Wien und Lektor am Studiengang Europäische Wirtschaft und Unternehmensführung; m.kreuz@fh-vie.ac.at

---

18 *Kraus* (Hrsg), Remerprozess 123.

19 *Kraus* (Hrsg), Remerprozess 123.

20 *Nöbke* (Hrsg), *Zerstörte Rechtskultur*, im Anhang.

21 *Fröblich*, Braunschweiger Remer-Prozess 24.

22 *Fröblich*, Ernst Otto Remer; *Fröblich*, Braunschweiger Remer-Prozess 23.

# Der Verfassungsgerichtshof und das NÖ Mindestsicherungsgesetz<sup>1</sup>

Anmerkung zu VfGH 7.3.2018, G136/2017 ua

Kevin Fredy Hinterberger

---

## 1. Einleitung

Der VfGH, dessen Kandidatenkür kürzlich intensiv medial behandelt wurde,<sup>2</sup> kam kurz daraufhin auch inhaltlich in die Schlagzeilen: In seinem Erkenntnis<sup>3</sup> vom 7.3.2018 erklärte der Gerichtshof Teile des Niederösterreichischen Mindestsicherungsgesetzes (NÖ MSG)<sup>4</sup> für verfassungswidrig, weil sie gegen den Gleichheitssatz verstoßen bzw aufgrund unsachlicher Kriterien wie der Aufenthaltsdauer im ö Staatsgebiet differenzieren. Kaum ein Thema wird derzeit derart heftig diskutiert,<sup>5</sup> geht es doch um nichts Geringeres als das „letzte Netz der sozialen Sicherheit“<sup>6</sup>. Kernpunkt der Diskussion ist dabei die Frage, in welcher Höhe Asylberechtigte, subsidiär Schutzberechtigte und im Allgemeinen anspruchsberechtigte Fremde Mindestsicherungsleistungen erhalten sollen. Nach dem Willen der aktuellen BReg sollen Österreicher\*innen, wenn möglich, bevorzugt werden. IdS wollen die Regierungsparteien ÖVP und FPÖ bis Jahresende eine bundeseinheitliche Lösung präsentieren.<sup>7</sup> Die Mindestsicherungsleistungen sind derzeit in den jeweiligen Landesgesetzen normiert, da der Bund kein Grundsatzgesetz erlassen hat.<sup>8</sup> Die einheitliche Lösung soll laut einer Stellungnahme der beiden Parteien zwischen je-

---

1 Der Beitrag wurde in abgewandelter Form am 18.3.2018 auf dem Verfassungsblog veröffentlicht: Der österreichische Verfassungsgerichtshof und die Mindestsicherung, <https://verfassungsblog.de/der-oesterreichische-verfassungsgerichtshof-und-die-mindestsicherung/> (3.4.2018). Aktuelle Entwicklungen konnten bis 24.4.2018 berücksichtigt werden.

2 *Hahnenkamp/Rössl*, Who Watches the Watchmen? Die Kandidatenkür zum österreichischen Verfassungsgerichtshof, [verfassungsblog v 9.3.2018, https://verfassungsblog.de/who-watches-the-watchmen-die-kandidatenkuer-zum-oesterreichischen-verfassungsgerichtshof/](https://verfassungsblog.de/who-watches-the-watchmen-die-kandidatenkuer-zum-oesterreichischen-verfassungsgerichtshof/) (19.3.2018).

3 G136/2017 ua.

4 LGBl 9205-0 idF LGBl 2018/12. Mit dem LGBl 2018/19 wurde die Aufhebung der § 10 Abs 4, § 11a und § 11b NÖ MSG kundgemacht.

5 *Standard*, Mindestsicherung: Regierung geht von Deckel bei 1.500 Euro ab, [derStandard.at v 14.3.2018, https://derstandard.at/2000076118183/Regierung-verabschiedet-sich-von-1-500-Euro-Deckel-bei-Mindestsicherung](https://derstandard.at/2000076118183/Regierung-verabschiedet-sich-von-1-500-Euro-Deckel-bei-Mindestsicherung) (19.3.2018).

6 *Arbeiterkammer*, Sozialeleistungen im Überblick 2017 (2017) 392.

7 *Standard*, Mindestsicherung: Regierung will Vorschlag ohne Länder ausarbeiten, [derStandard.at v 24.4.2018, https://derstandard.at/2000078529502/Mindestsicherung-Regierung-will-bis-Juni-Vorschlag-ohne-Laender-ausarbeiten](https://derstandard.at/2000078529502/Mindestsicherung-Regierung-will-bis-Juni-Vorschlag-ohne-Laender-ausarbeiten) (24.4.2018).

8 Vgl *Pfeil*, (Vorläufiges) Aus für die einheitliche Mindestsicherung, *ÖZPR* 2017, 24.

nen unterscheiden, „die schon länger in das Sozialsystem eingezahlt haben und jenen Nicht-Österreichern, die neu in das Sozialsystem dazu gekommen sind“<sup>9</sup>.

Allgemein ist das Ziel der Bedarfsorientierten Mindestsicherung (Mindestsicherung) ein System zu schaffen, das den erforderlichen Mindeststandard für ein menschenwürdiges Leben gewährleistet.<sup>10</sup> Zur Implementierung eines solchen Systems hat die Gesetzgebung laut VfGH einen weiten Spielraum. Vor diesem Hintergrund wird zum besseren Verständnis zunächst das Erkenntnis aus dem Vorjahr zum NÖ MSG kurz besprochen (2.) und anschließend jenes vom März 2018 näher vorgestellt (3.). Abschließend wird ein Blick auf mögliche zukünftige Regelungen geworfen (4.).

## 2. Teil 1 zum NÖ MSG – VfGH 28.6.2017, E3297/2016

Bereits im Juni des Vorjahres stand das NÖ MSG im Zentrum der Aufmerksamkeit des VfGH.<sup>11</sup> Damals prüfte der Gerichtshof, ob es sachlich gerechtfertigt ist, subsidiär Schutzberechtigte vollkommen vom Zugang zur Mindestsicherung auszuschließen und ihnen nur mehr einen Anspruch aus der Grundversorgung zu gewähren.<sup>12</sup>

Der VfGH sah den Ausschluss insofern als gerechtfertigt an, als „angesichts des Provisorialcharakters des durch subsidiären Schutz vermittelten vorübergehenden Aufenthaltsrechtes subsidiär Schutzberechtigter, die für ein menschenwürdiges Dasein erforderlichen Leistungen nur im zwingend erforderlichen Umfang gewährt werden“.

Diese Entscheidung wurde zu Recht vehement kritisiert.<sup>13</sup> Va die Vereinbarkeit mit Art 29 Abs 2 StatusRL<sup>14</sup> scheint zweifelhaft. Diese Bestimmung ermöglicht es MS, Sozialleistungen für subsidiär Schutzberechtigte auf „Kernleistungen“ zu beschränken. Eine Auslegung des Begriffs „Kernleistung“ durch den EuGH steht noch aus.<sup>15</sup> Trotzdem legte der VfGH diese Frage nicht dem EuGH vor. Im Gegensatz dazu hat das LVwG OÖ erst kürzlich eine Vorlagefrage iZm der Mindestsicherung für befristet Asylberechtigte ge-

9 *Presse*, Mindestsicherung: Bundesregierung hält an Plänen fest, diepresse.at v 12.3.2018, [https://diepresse.com/home/innenpolitik/5386457/Mindestsicherung\\_Bundesregierung-haelt-an-Plaenen-fest?direct=5386611&\\_vl\\_backlink=/home/innenpolitik/5386611/index.do&selChannel= \(19.3.2018\)](https://diepresse.com/home/innenpolitik/5386457/Mindestsicherung_Bundesregierung-haelt-an-Plaenen-fest?direct=5386611&_vl_backlink=/home/innenpolitik/5386611/index.do&selChannel= (19.3.2018)).

10 VfGH 12.10.2012, G56/11 ua.

11 VfGH 28.6.2017, E3297/2016.

12 § 5 Abs 3 Z 4 NÖ MSG.

13 *Kaspar*, Sozialhilferechtliche Differenzierung aufgrund des Aufenthaltsstatus von subsidiär Schutzberechtigten: Abschluss nach dem NÖ MSG – VfGH 28. Juni 2017, E 3297/2016, *juridikum* 2017, 476 (481-487); *Sußner*, Warten auf ... ? Verfassungs- und unionsrechtliche Perspektiven auf den Mindestsicherungszugang nach einem positiv abgeschlossenen Asylverfahren (NÖ MSG), *juridikum* 2017, 207.

14 Richtlinie 2011/95/EU, ABl 2011 L 337/9.

15 Siehe hierzu aber EuGH 24.4.2012, C-71/10, *Kamberaj*, EU:C:2012:233 Rn 85-93, wo der EuGH den Begriff „Kernleistungen“ iSd Art 11 Abs 4 DaueraufenthaltsRL (Richtlinie 2003/109/EG, ABl 2004 L 16/44) ausgelegt hat; vertiefend *Kaspar*, Aufenthalt und soziale Gerechtigkeit in *Kronschläger et al* (Hrsg), *Recht vielfältig – Perspektiven des Öffentlichen Rechts*: 8. Tagung der österreichischen Assistentinnen und Assistenten des Öffentlichen Rechts (2018) 135.

stellt.<sup>16</sup> Die Problematik, ob Grundversorgungsleistungen an sich überhaupt ein menschenwürdiges Dasein ermöglichen können, sei hier nur am Rande erwähnt.<sup>17</sup>

### 3. Teil 2 zum NÖ MSG – VfGH 7.3.2018, G136/2017 ua

Im jüngsten Erkenntnis standen andere Bestimmungen des NÖ MSG im Fokus. Grundsätzlich erhalten anspruchsberechtigte Personen entweder Mindestsicherungsleistungen gem § 11 („Mindeststandard“) oder § 11a NÖ MSG („Mindeststandard – Integration“). Der höhere „Mindeststandard“ beträgt derzeit 863 € für eine volljährige, alleinstehende Person. Dieser wird aber nur jenen Personen gewährt, die sich innerhalb der letzten sechs Jahre mehr als fünf Jahre in Ö aufgehalten haben. Sollte eine Person also erst seit vier Jahren in Ö leben, würde sie nur den „Mindeststandard – Integration“ gem § 11a NÖ MSG erhalten.<sup>18</sup> Dieser beträgt monatlich 585 €, was in etwa 32 % weniger als der „Mindeststandard“ iSd § 11 NÖ MSG ist.<sup>19</sup> Wohlgermerkt liegt die Armutgefährdungsschwelle in Ö bei 1.185 €.<sup>20</sup> Trotzdem soll laut der NÖ Gesetzgebung der notwendige Lebensunterhalt und Wohnbedarf sowohl mit dem „Mindeststandard“ als auch mit dem „Mindeststandard – Integration“ gedeckt werden können.

Der VfGH hat festgestellt, dass für die Differenzierung nach der Aufenthaltsdauer im Inland sowohl im Hinblick auf ö Staatsbürger\*innen als auch im Hinblick auf Asylberechtigte eine sachliche Rechtfertigung fehlt, wodurch sie gegen den Gleichheitssatz verstößt.<sup>21</sup> Mit Blick auf ö Staatsbürger\*innen ist demnach nicht nachvollziehbar, wieso „der Bedarf für Menschen, die kürzer als fünf Jahre im Inland aufhältig sind, geringer sei“.<sup>22</sup> Das von der NÖ Landesregierung ins Treffen geführte Argument, dass die „Aufenthaltsdauer einen Anknüpfungspunkt“ zu Ö darstellen soll, schmetterte der VfGH ab.<sup>23</sup>

Das Argument der NÖ Landesregierung, dass niedrigere Mindestsicherungsleistungen die Bemühungen der Anspruchsberechtigten „sich zu integrieren und einen Arbeitsplatz zu finden“ verstärken sollte, fand ebenfalls keinen Rückhalt innerhalb des VfGH. Zu Recht wies der Gerichtshof darauf hin, dass die Notwendigkeit eines stärkeren Arbeitsanreizes für ö Staatsangehörige, die innerhalb der letzten sechs Jahre weniger als fünf

16 LVwG-350363/15/KLi/CHö; Pressemitteilung des LVwG OÖ v 19.12.2017, [www.lvwg-ooe.gv.at/Mediendateien/Medienmitteilung\\_zu\\_LVwG\\_350363\\_Anlage\\_BMS.pdf](http://www.lvwg-ooe.gv.at/Mediendateien/Medienmitteilung_zu_LVwG_350363_Anlage_BMS.pdf) (19.3.2018).

17 Vgl *Frahm*, Zugang zu adäquater Grundversorgung für Asylsuchende aus menschenrechtlicher Perspektive, Juridikum 2013, 464; *Groschedl*, *migraLex* 2015, Menschwürdige Aufnahmebedingungen als grundrechtliches Gebot im Asylverfahren, 66; *Hinterberger*, Arbeitsmarktzugang von Fremden mit „Duldung“ oder „Aufenthaltsstiel aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen“ – Eine gleichheitsrechtliche Analyse, DRdA 2018, 104 (107-109); *Kaspar in Kronschläger et al.*

18 Zu den zwei Ausnahmen, für die der „Mindeststandard“ gem § 11 NÖ MSG gilt, siehe § 10 Abs 4 NÖ MSG.

19 VfGH 7.3.2018, G136/2017 ua, Rn 99.

20 Ebd, Rn 16.

21 Art 7 B-VG und Art I Abs 1 BVG-RD.

22 Fn 19, Rn 102.

23 Ebd, Rn 105; siehe auch Rn 109.

Jahre in Ö aufhältig waren, nicht ersichtlich sei, „zumal der bloße Aufenthalt im In- oder Ausland keinerlei Rückschluss auf die Arbeitswilligkeit der Person zulässt“.<sup>24</sup>

Darüber hinaus wurden durch die genannten Regelungen auch Asylberechtigte untereinander ungleich behandelt, da hierfür wiederum keine sachliche Rechtfertigung vorlag. Der VfGH wies darauf hin, dass Asylberechtigte „ihr Herkunftsland nicht aus freiem Entschluss verlassen und ihren Wohnsitz in Österreich nicht frei gewählt haben“.<sup>25</sup> Sie befinden sich deshalb in einer anderen Situation als Unionsbürger\*innen oder andere Drittstaatsangehörige, da diese jederzeit in ihren Herkunftsstaat zurückkehren können. Dass der VfGH fälschlicherweise subsidiär Schutzberechtigte als Drittstaatsangehörige betrachtet, die jederzeit in ihren Herkunftsstaat zurückkehren können, ist vor dem Hintergrund der drohenden, realen Gefahr einer schwerwiegenden Menschenrechtsverletzung nicht verständlich.<sup>26</sup>

Eine weitere Bestimmung des NÖ MSG wurde als verfassungswidrig aufgehoben. § 11b NÖ MSG normiert eine absolute Deckelung der Mindestsicherung: Demnach können in einem Haushalt lebende Personen unabhängig von ihrer Anzahl insgesamt maximal 1.500 € an Mindestsicherung beziehen.<sup>27</sup> Rechtlich wird dies derart gelöst, dass die Mindeststandards der Anspruchsberechtigten eines Haushalts prozentuell gekürzt werden, sodass diese gemeinsam 1.500 € nicht übersteigen.<sup>28</sup>

Grundsätzlich ist es nach der Rsp des VfGH zulässig, bei der Ausgestaltung von Mindestsicherungsleistungen eine gewisse Durchschnittsbetrachtung vorzunehmen.<sup>29</sup> Bei dieser Betrachtung muss aber berücksichtigt werden, dass für jede zusätzliche Person ein hinzukommender Aufwand vonnöten ist. Der Zweck, Mindestsicherungsbezieher\*innen ein Existenzminimum zu gewähren, muss in jedem Fall sichergestellt sein.<sup>30</sup> Doch gerade diesen Zweck verfehlt die pauschalierte Deckelung.<sup>31</sup> Wird doch gerade kein Bezug darauf genommen, „wie viele und welche Personen tatsächlich im Haushalt leben und wie hoch deren konkreter Bedarf ist“.<sup>32</sup> Die Regelung ist deshalb als unsachlich zu qualifizieren, da sie keine einzelfallbezogene Bedarfsprüfung zulässt.

---

24 Ebd, Rn 108.

25 Ebd, Rn 113 mVa EGMR 27.9.2011, 56328/07, *Bab/Vereinigtes Königreich*, Rn 45.

26 So auch *Kaspar*, *juridikum* 2017, 485.

27 VfGH 7.3.2018, G136/2017 ua, Rn 118; § 11b Abs 3 NÖ MSG.

28 § 11b Abs 2 NÖ MSG.

29 VfGH 15.3.1988, G158/87.

30 VfGH 12.10.2012, G56/11 ua.

31 VfGH 7.3.2018, G136/2017 ua, Rn 129.

32 Ebd, Rn 127; siehe auch Rn 126.

#### 4. Ausblick – Bundeseinheitliche Mindestsicherung?

Das Erkenntnis vom März 2018 ist als positiver Schritt in die richtige Richtung zu werten.<sup>33</sup> Die Pläne der BReg, die Deckelung pro Haushalt auf Bundesebene einheitlich einzuführen,<sup>34</sup> wurden durch diese Entscheidung zunichtegemacht.<sup>35</sup>

Doch es besteht noch lange kein Grund zum Aufatmen. Die BReg hält daran fest, noch in diesem Jahr eine bundeseinheitliche Regelung präsentieren zu wollen.<sup>36</sup> Als mögliche Grundlage nannte Sozialministerin *Hartinger-Klein* das Vorarlberger Mindestsicherungsgesetz,<sup>37</sup> das vom VfGH Ende letzten Jahres im Großen und Ganzen bestätigt wurde.<sup>38</sup> Das genannte Modell trennt „die Geldleistung für den Lebensunterhalt und den Ersatz für Wohnbedarf“.<sup>39</sup> So wird ein Richtwert von 215 € für das Wohnen ausbezahlt, der bis zu einer Höhe von 503 € erhöht werden kann, wenn die realen Kosten höher sind. An eine alleinstehende Person werden idR zusätzlich 633 € für den Lebensunterhalt gezahlt.

An sich ist eine einheitliche Lösung sinnvoll – jedoch nur, wenn bestehende Standards nicht noch weiter nach unten gedrückt werden. Zwar hat sich Bundeskanzler *Kurz* bereits für eine Regelung ausgesprochen, „die den Anforderungen unserer Verfassung standhalten soll“<sup>40</sup>. Da allerdings im gleichen Atemzug Kürzungen für anerkannte Flüchtlinge ins Spiel gebracht wurden,<sup>41</sup> ist wohl davon auszugehen, dass auch in Zukunft die untersten verfassungsrechtlichen Grenzen ausgereizt werden. Die pauschalierte Deckelung pro Haushalt in Höhe von 1.500 € ist verfassungswidrig, doch ist eine differenzierte Ausgestaltung der Mindestsicherungsleistungen iS einer Durchschnittsbetrachtung nach der Rspr des VfGH verfassungskonform. Zwingend notwendig wäre eine einfallabhängige Bedarfsprüfung, bei der berücksichtigt werden muss, wie viele Personen tatsächlich in einem Haushalt leben und wie hoch deren konkreter Bedarf ist. Transferleistungen, die ebenfalls der gänzlichen Sicherung des Lebensunterhaltes dienen, könnten dabei in die Betrachtung miteinbezogen werden.<sup>42</sup> Neben der Mindestsicherung sind das der Grundbetrag der Familienbeihilfe oder der Kinderabsetzbetrag.

33 So auch ORF, VfGH-Urteil: Diakonie und Caritas erfreut, religion.orf.at v 12.3.2018, <http://religion.orf.at/stories/2900646/> (19.3.2018).

34 Regierungsprogramm von ÖVP und FPÖ: Zusammen. Für unser Österreich. Regierungsprogramm 2017-2022, 100, 118.

35 *Presse.at*, Mindestsicherung: Regierung verabschiedet sich von 1500-Euro-Deckelung, diepresse.at v 14.3.2018, [https://diepresse.com/home/innenpolitik/5388479/Mindestsicherung\\_Regierung-verabschiedet-sich-von-1500Euro-Deckelung](https://diepresse.com/home/innenpolitik/5388479/Mindestsicherung_Regierung-verabschiedet-sich-von-1500Euro-Deckelung) (19.3.2018).

36 Siehe Fn 7.

37 LGBl 2010/64 idF LGBl 2017/37.

38 VfGH 12.12.2017, V101/2017.

39 *Madner*, Vorarlberger Modell als Vorbild, wienerzeitung.at v 14.3.2018, [www.wienerzeitung.at/nachrichten/oesterreich/politik/952670\\_Am-Vorarlberger-Wesen-koennte-die-Mindestsicherung-genesen.html](http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/oesterreich/politik/952670_Am-Vorarlberger-Wesen-koennte-die-Mindestsicherung-genesen.html) (19.2.2018); Infobroschüre des Landes Vorarlberg unter [www.vorarlberg.at/pdf/infoblattmindestsicherung.pdf](http://www.vorarlberg.at/pdf/infoblattmindestsicherung.pdf) (19.3.2018).

40 Siehe Fn 35.

41 Siehe Fn 16 und *Rehbahn*, Bedürftigkeitsabhängige Sozialleistungen – Bedingungen, Pauschalierungen, Differenzierungen, DRdA 2017, 431 (444f).

42 VfGH 26.11.2014, V75/2014 ua, Pkt 2.2.3 und 2.3.

Obwohl bereits jetzt manche Mindestsicherungs- bzw Grundversorgungsleistungen hilfsbedürftigen Fremden faktisch keinen menschenwürdigen Lebensstandard gewähren,<sup>43</sup> muss mit einer noch weitergehenden Kürzung gerechnet werden. Man kann daher nur hoffen, dass der VfGH seine jüngst eingeschlagene Linie konsequent weiterverfolgt und die Menschenwürde wieder vermehrt in den Fokus rückt. Darüber hinaus ist es die Aufgabe kritischer Jurist\*innen, die verfassungs-, europa- und völkerrechtlichen Grenzen jedweder Kürzungen von Sozialleistungen aufzuzeigen.

Mag. Kevin Fredy Hinterberger ist Stipendiat der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (DOC) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht und derzeit wissenschaftlicher Projektmitarbeiter am Forschungszentrum Menschenrechte der Universität Wien. Er ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; kevin.fredy.hinterberger@univie.ac.at

---

43 Siehe die Lit in Fn 17.

# Wo ein Wille, da ein Weg

## Déjà-Vus und Chancen des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes

Ilse Koza

---

### 1. Einleitung

Am 1.7.2018 tritt das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz in Kraft.<sup>1</sup> Das Erwachsenenschutzrecht regelt die Voraussetzungen und Arten rechtlicher Stellvertretung erwachsener Personen, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihren kognitiven Fähigkeiten, rechtlich relevante Entscheidungen zu treffen, eingeschränkt sind.

Ein Blick in die vergleichsweise junge Vergangenheit zeigt, dass bis 1984 davon betroffene Personen auf Grundlage der Entmündigungsordnung aus dem Jahr 1916 „beschränkt entmündigt“ oder „voll entmündigt“ wurden und damit rechtlich (minderjährigen) Kindern gleichgestellt wurden. Seither finden sich diesbezügliche Regelungen ausschließlich im ABGB: zunächst im Rahmen des Sachwalterrechts; ab 1.7.2018 im Rahmen des Erwachsenenschutzrechts.

Der nachstehende Beitrag gibt einen zusammenfassenden Überblick über die Gründe für die neuerliche Reform und versucht Wege für den erhofften Paradigmenwechsel im Umgang mit davon Betroffenen auszumachen.

### 2. Von der Entmündigungsordnung zum Sachwalterrecht

In den Materialien zur Sachwalterrechtsreform 1984<sup>2</sup> finden sich einige Parallelen zu heute. So wurde im damaligen Problemaufriss die umfassende und pauschale Beschränkung der Handlungsfreiheit betroffener Personen in einem zu starren System als nicht mehr zeitgemäß kritisiert und das Fehlen geeigneter Vertreter/innen beklagt. Die Kritik äußerte sich in parlamentarischen Anfragen und Medienberichten. Als Richtschnur für die Wahrung der Rechte Betroffener dienten völkerrechtliche Vorgaben.<sup>3</sup>

Als Voraussetzung der Entmündigung nannte das Gesetz das Vorliegen einer Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, für die beschränkte Entmündigung waren angeführt:

---

1 BGBl I 2017/59 (2. ErwSchG). Zur Klarstellung: Das 1. Erwachsenenschutz-Gesetz betraf die Umsetzung des Haager Erwachsenenschutzübereinkommens zu Sachverhalten mit internationalem Bezug (BGBl I 2013/158).

2 BGBl 1983/136.

3 Angeführt wurde die UN-Deklaration 1971 über die Rechte geistig behinderter Menschen; vgl ErlRV 742 BlgNR 15. GP 7f.

Verschwendung, gewohnheitsmäßiger Missbrauch von Alkohol oder Nervengiften. Als problematisch wurde die Anzahl „voller Entmündigungen“ erachtet. Sie machten im Jahr 1980 hochgerechnet 63 % aller Entmündigungen aus. Beklagt wurde auch, dass Rechtsanwält/innen oder Notar/innen Fälle oft zu hunderten übernahmen und kaum persönlichen Kontakt zu den Betroffenen hatten.<sup>4</sup>

Als Ursache für die hohe Entmündigungszahl wurden eher verfahrensökonomische Erwägungen (Umgehung des immer wieder durchzuführenden Anstaltsverfahrens) als unbedingte Notwendigkeit im Einzelfall vermutet. Die Entmündigung gebrechlicher und alter Menschen wurde im Zuge der Reform ganz in Frage gestellt. Die Erläuterungen finden dazu klare Worte: „sie [die Entmündigung] hilft dem Betroffenen wenig und muß als peinlich empfunden werden.“<sup>5</sup>

Auch die Lösungsansätze der damaligen Reform lassen ein Gefühl von Déjà-Vu aufkommen. Die Terminologie wurde zeitgemäß angepasst und der Regelungsbereich im Gesamten differenzierter gestaltet. Die Beschränkung der Autonomie sollte nur soweit reichen, als dies zum Wohl der Person im Einzelfall erforderlich war und den jeweiligen Bedürfnissen entsprach (Subsidiaritätsprinzip ieS). Die umfassende Bestellung (gemeint war die Bestellung für alle Angelegenheiten) sollte nur der Endpunkt einer breiten Skala von Rechtsfürsorgemaßnahmen sein und zahlenmäßig hinter der Teilbetreuung zurücktreten. Die Gerichte konnten den Wirkungsbereich auf einzelne, einen Kreis von oder für alle Angelegenheiten festlegen.

Auch das Verfahrensrecht wurde angepasst: Neben der zwingenden persönlichen Anhörung und der Einholung eines Sachverständigengutachtens, wurde den Gerichten nahegelegt, nahestehende Personen zu befragen und Möglichkeiten alternativer Betreuung zu erkunden.<sup>6</sup>

Der Mangel an geeigneten Sachwalter/innen sollte durch die Einführung der öffentlich geförderten Vereinsfachwalterschaft ausgeglichen werden, die bereits in Pilotprojekten getestet wurde. Zwar ging man davon aus und dies war auch erklärtes Ziel der Reform, dass die Gesamtzahl der gerichtlich anhängig gemachten Akten sich wesentlich vermindern würde, doch wurde der Aufwand der Gerichte im Einzelfall als arbeitsintensiver eingestuft.<sup>7</sup> Eine Mehrbelastung der Gerichte wurde va in den ersten Jahren des Inkrafttretens durch die Überprüfung der bestehenden Entmündigungen angenommen.<sup>8</sup>

Rückblickend kann die Sachwalterrechtsreform 1984 als großer Wurf bezeichnet werden, auf deren Ansätze man durchaus auch heute noch zurückgreifen kann.

---

4 ErlRV 742 BlgNR 15. GP 11, 15.

5 ErlRV 742 BlgNR 15. GP 12.

6 ErlRV 742 BlgNR 15. GP 7, 12, 14.

7 ErlRV 742 BlgNR 15. GP 7, 13f.

8 ErlRV 742 BlgNR 15. GP 14f.

### 3. Vom Sachwalterrecht zum Erwachsenenschutzrecht

30 Jahre später stehen wir vor folgender Ausgangslage: Die Anzahl der Personen, für die ein/e Sachwalter/in bestellt wurde, hat sich in den Jahren von 2000 bis 2013 von rund 30.000 auf annähernd 60.000 fast verdoppelt.<sup>9</sup> Ein Blick auf die bundesweite Verteilung zeigt, dass der Anstieg kein vereinzelt Phänomen der Ballungszentren ist.<sup>10</sup>

Unterschiede zwischen Stadt und „Land“ sind vielmehr im bestellten Personenkreis erkennbar. Während in Wien fast 50 % der Sachwalterschaften durch rechtsberufliche Vertreter/innen durchgeführt werden, ist das Verhältnis bundesweit zwischen privater und professioneller Abdeckung rund 60 zu 40. Das bedeutet, in jeweils ca 60 % der Fälle fungieren außerhalb Wiens nahe Angehörige als Sachwalter/innen, nur ca 1/10 der Sachwalterschaften werden von den Sachwaltervereinen abgedeckt (Tendenz sinkend) und fast 1/3 der Sachwalter/innen kommen bundesweit aus dem Kreis der freien Rechtsberufe (Tendenz steigend).<sup>11</sup> In mehr als der Hälfte aller Sachwalterschaften umfasst der Wirkungsbereich alle Angelegenheiten (zuletzt 56 %), in nur 2-5 % der Fälle wurde ein/e Sachwalter/in für einzelne Angelegenheiten bestellt.<sup>12</sup>

Mit dem SachwalterrechtsänderungsG (SWRÄG) 2006<sup>13</sup> wurde der Versuch unternommen diesen Entwicklungen entgegenzusteuern. Alternative Institute der rechtlichen Stellvertretung (Vorsorgevollmacht, Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger<sup>14</sup>) wurden geschaffen, die Vereinssachwalterschaft sowie die Aufgaben der Sachwaltervereine wurde ausgebaut, das Subsidiaritätsprinzip gestärkt (§ 268 ABGB idGF), die gerichtliche Überprüfung der Notwendigkeit der Sachwalterschaft auf mind fünfjährige Zeitabstände festgelegt und die Maximalzahl der Vertretungen auf 25 beschränkt (§ 279 Abs 5 ABGB idGF).<sup>15</sup> Zwar zeigten diese Neuerungen kurzzeitig positive Entwicklungen, insg konnte der Anstieg der Sachwalterschaften damit aber nicht eingedämmt werden.<sup>16</sup>

9 Die Anzahl der aufrechten Sachwalterschaften wird über in der Verfahrensautomation Justiz (VJ) erfasste Register-schritte erhoben. Bis dato liegen aus verschiedenen Gründen keine exakten Zahlen vor (Dunkelziffern aufgrund der nicht flächendeckenden Übertragung von Altbeständen aus Papieraktenzeiten in die VJ; Fehleintragungen). Das BMJ geht von ca 60.000 aufrechten Sachwalterschaften aus, vgl die auf der Webseite [www.justiz.gv.at/erwachsenenschutz](http://www.justiz.gv.at/erwachsenenschutz) zum Download zur Verfügung stehende Broschüre Erwachsenenschutzrecht (2017), 1.

10 Reihung (absteigend) nach Anzahl der Sachwalterschaften je 100.000 Einwohner/innen 2009: Wien, Steiermark, Niederösterreich, Vorarlberg, Kärnten, Burgenland, Oberösterreich, Tirol, Salzburg. Vgl *Pilgram/Hanak/Kreissl/Neumann*, Entwicklung von Kennzahlen für die gerichtliche Sachwalterrechtspraxis als Grundlage für die Abschätzung des Bedarfs an Vereinssachwalterschaft (2009) 18, [www.irks.at/assets/irks/Publikationen/Forschungsbericht/SWKennzahlen%20final.pdf](http://www.irks.at/assets/irks/Publikationen/Forschungsbericht/SWKennzahlen%20final.pdf) (16.3.2018).

11 Vgl *Fuchs/Hammerschick*, Endbericht. Sachwalterschaft, Clearing und Alternativen zur Sachwalterschaft (2013) 19, [www.irks.at/assets/irks/Publikationen/Forschungsbericht/SW%20und%20Clearing\\_Endbericht\\_IRKS300813.pdf](http://www.irks.at/assets/irks/Publikationen/Forschungsbericht/SW%20und%20Clearing_Endbericht_IRKS300813.pdf) (16.3.2018).

12 Vgl ebd, 21.

13 BGBl I 2006/92.

14 §§ 284 b bis e ABGB.

15 Siehe ausführlich ErlRV 1420 BGBl 22. GP.

16 Vgl zur Analyse des Datenmaterials nach dem SWRÄG 2006 *Fuchs/Hammerschick*, Endbericht (2013).

#### 4. Gründe für die Reform: Sachwalterschaft als Lückenbüßer

In Zahlen gesprochen erscheint die Situation im Jahr 2013 also mit der von 1983 durchaus vergleichbar. Woran liegt das? Und vor allem: Was kann sich mit der vorliegenden Reform ändern?

Eine interdisziplinäre Perspektive schärft den Blick für vorschnelle Schlussfolgerungen. Denn die Rahmenbedingungen, die diese Entwicklungen (neuerlich) befördert haben, unterscheiden sich von jenen im Jahr 1983. *Walter Fuchs*, der diese Entwicklung rechtssoziologisch beforcht hat, führt den Anstieg der Sachwalterschaften auf verschiedene Phänomene zurück. Nicht die vielfach ins Treffen geführte „gestiegene Lebenserwartung“ und die steigende Urbanisierung samt Vereinzelung der Haushalte sei Ursache für den erhöhten Bedarf an Rechtsfürsorge. Vielmehr spiele die gesamtgesellschaftliche Haltung und die Eigenlogik des Phänomens Sachwalterschaft innerhalb der Rechtspraxis die weit aus bedeutendere Rolle. Aufgrund der immer größer werdenden Schere zwischen den gesteigerten Anforderungen einer Gesellschaft, die nach rascher Rechtssicherheit strebt und einer Rücknahme der Erwachsenensozialarbeit und öffentlich-rechtlicher Anleitungspflichten, wird die Sachwalterschaft zur Allround- und Wohlfühl-Lösung innerhalb eines verrechtlichten Alltags.<sup>17</sup>

Gut gemeinte Schutzmechanismen diverser Rechtsbereiche – etwa im Verbraucherschutz-, Heimvertrags- oder Medizinrecht – würden paradoxerweise oft zu Sachwalterbestellungen und damit zu Eingriffen in die Grundrechte der betroffenen Person führen.<sup>18</sup> Im medizinischen Bereich dürfte auch das immer dominanter werdende Haftungsdenken eine Rolle spielen.<sup>19</sup> Die Zunahme der Beschwerden von Personen, die eine pauschale Beschränkung ihrer Entscheidungsfreiheiten in Form der Sachwalterschaft in den letzten Jahren beklagten<sup>20</sup>, lässt den Schluss zu, dass „gut gemeint“ zumindest aus subjektiver Perspektive oft das Gegenteil von gut ist.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Die Wurzel des Problems liegt wohl nicht primär in den durchaus begrüßenswerten strenge(re)n Erfordernissen privatautonomer Zustimmung, sondern in der Reaktion des Geschäftsverkehrs darauf. Dieser setzt sich aus Gründen der Rechtssicherheit lieber mit einem/einer Vertreter/in als mit einer unterstützungsbedürftigen Person auseinander.

---

<sup>17</sup> Vgl ausführlich zuletzt in *Fuchs*, Zwischen Epidemiologie und selektiver Rechtsmobilisierung, in *Brinek* (Hrsg), Erwachsenenschutz statt Sachwalterschaft (2017) 64 (83ff).

<sup>18</sup> Ebd 84.

<sup>19</sup> Vgl *Fuchs* in *Brinek*, 87f. *Fuchs* führt auch noch den Rückgang der Anstaltspsychiatrien ins Treffen, der darauf hindeute, dass gesundheitspolitische Fragen über die Rechtsfürsorge kompensiert würden.

<sup>20</sup> Vgl die Berichte der Volksanwaltschaft an das Parlament aus den Jahren 2012, 141 und 2013, 196, <http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/q3at/Jahresbericht%202012.pdf> (2012), <http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/8r3ft/37-PB.pdf> (2013) (beide 16.3.2018). Beklagt wurde vor allem der mangelnde Kontakt mit der betroffenen Person und der gravierende Einschnitt in die Autonomie der Betroffenen, etwa in Bezug auf finanzielle Dispositionen, wo die Abhängigkeit von dritter Seite als besonders einschränkend empfunden wird.

Neben der lauter werdenden Kritik an dieser Entwicklung ist als bedeutendster Impuls für die Reform das 2008 ratifizierte UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK)<sup>21</sup> und die zunehmend in der öffentlichen Wahrnehmung hervortretende dahinterstehende Bewegung zu nennen. In Art 12 des Übereinkommens verpflichten sich die Konventionsstaaten, dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigte Rechts- und Handlungsfähigkeit zukommen (Abs 2) und ihnen ggf die nötige Unterstützung zur Verfügung gestellt werden muss (Abs 3). Der letztgenannte Absatz richtet sich in Ö va an die Bundesländer, die für die Erwachsenen-sozialarbeit und die Gewährung von Sozialleistungen zuständig sind.

Vor diesem Hintergrund wurde Ö im Jahr 2013 im Rahmen der ersten Staatenprüfung zur UN-Behindertenrechtskonvention ein schlechtes Zeugnis ausgestellt. In Bezug auf die Zivilgesetzgebung wurden sowohl der Grundsatz der automatischen Beschränkung der Handlungsfähigkeit<sup>22</sup> als auch die Möglichkeit der unbefristeten Bestellung als veraltet und nicht in Einklang mit der Konvention stehend kritisiert.<sup>23</sup> Der Anstoß für eine Reform des österr Sachwalterrechts bis zur nächsten Staatenprüfung im Jahr 2019 war damit gelegt.

## 5. Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz

Die mit der Reform betraute Legistikabteilung des Justizministeriums trat mit dem Ziel an, die gerichtliche Rechtsfürsorge wieder auf ihren Kern, nämlich die Vertretung von Menschen in rechtlichen Belangen zurückzuführen, indem weder der/die Vertreter/in noch das Gericht anstelle der zuständigen Träger (weiter) Aufgaben der Sozial- oder Behindertenhilfe übernehmen sollen.<sup>24</sup> Ferner sollen die Konventionswidrigkeiten des bestehenden Sachwalterrechts beseitigt und die Leitmaxime der Selbstbestimmung größtmöglich verwirklicht werden.

### 5.1. Nichts über uns ohne uns

In den von 2014 bis 2017 andauernden Gesetzwerdungsprozess wurden von Beginn an auch Selbstvertreter/innen, also Menschen, die von Sachwalterschaft betroffen sind, waren oder sein könnten, beteiligt. Damit setzte der Gesetzgeber im Vergleich zu den vorangegangenen Reformen in diesem Rechtsbereich gänzlich neue Maßstäbe. In regelmäßigen Abständen wurden große und kleine Arbeitsgruppen abgehalten. Jene Sitzungen, an denen Selbstvertreter/innen teilnahmen, wurden in einfacher Sprache und unterstützt

---

21 BGBl III 2008/155.

22 § 280 Abs 1 ABGB idGF.

23 Vgl die Zfg der Handlungsempfehlungen in leichter Sprache unter [www.bizeps.or.at/bizeps-uebersetzung-der-handlungsempfehlungen-der-un-staatenpruefung-oesterreichs/](http://www.bizeps.or.at/bizeps-uebersetzung-der-handlungsempfehlungen-der-un-staatenpruefung-oesterreichs/) (18.3.2018).

24 ErLEV 1461 BlgNR 25. GP 1.

durch Zeichenprotokolle so weit als möglich barrierefrei gestaltet.<sup>25</sup> Der Reformprozess und sein partizipativer Ansatz wurden auch wissenschaftlich begleitet<sup>26</sup>, ua im Modellprojekt „Unterstützung zur Selbstbestimmung“<sup>27</sup>, wo die Sachwaltervereine an ausgewählten Gerichtsstandorten in umfangreichen Abklärungen<sup>28</sup> – in vielen Fällen erfolgreich – Alternativen zur Sachwalterschaft einrichten konnten.<sup>29</sup> Dies bestärkte den Entschluss, die Stellung der Sachwaltervereine zu stärken.

Mit diesem Bestreben hängt auch zusammen, dass die Gesetzwerdung von Anfang an mit dem Ringen um die für den Ausbau der Ressourcen notwendigen finanziellen Mittel verbunden war.<sup>30</sup> Dies äußerte sich zunächst darin, dass die vom BMJ zunächst noch im Herbst 2016 vorgelegte finanzielle Wirkungsfolgenabschätzung aufgrund der Einwände des BMF dem Ministerrat im Jänner 2017 in deutlich reduzierter Form weitergeleitet wurde.<sup>31</sup> Das Gesetz wurde mit diesen Zahlen im März 2017 einstimmig im Parlament beschlossen. Der Kampf ums Geld war damit aber noch nicht ausgefochten. Mitte Februar dieses Jahres (2018) wurde das Vorhaben der nun türkis-blauen Bundesregierung bekannt, das Inkrafttreten um zwei Jahre zu verschieben. Ein öffentlichkeitswirksamer Aufschrei von verschiedensten Seiten war die Folge, Kritiker/innen befürchteten das Aus des Reformvorhabens.<sup>32</sup> Der öffentliche Druck bewegte die Verantwortlichen schließlich zu einem Einlenken: Vorerst zu dem Kompromiss, das Gesetz zwar in Kraft treten zu lassen, aber weiterhin mit ungeklärter Finanzierung. Der Vertreter des Vereins „Selbstbestimmt Leben“ kommentierte diese Entwicklung mit den Worten „Wir werden im wahrsten Sinne des Wortes verarscht.“<sup>33</sup> Nach einem weiteren politischen Tauziehen zwischen dem Justiz- und dem Finanzressort kam schließlich Ende Februar die politische Zusage, das Gesetz mit abgesichertem Budget planmäßig in Kraft treten zu lassen.<sup>34</sup>

---

25 Vgl *Ganner*, Der Einfluss der Behindertenrechtskonvention unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligung von Menschen mit Behinderung am Reformprozess, in *Brinek* 120 (124); *Hofmayer/Ladstätter*, Jetzt entscheide ich! in *Brinek* 134 (139).

26 Vgl *Lamplmayr/Nachtschatt* (Hrsg), *Observing Legislative Processes: Implementation of the CRPD* (2016); *Lamplmayr*, Vom Sachwalterrecht zur Erwachsenenvertretung – Gesetzgebung unter Einbindung betroffener Menschen, *iFamZ* 2016, 158.

27 Vgl *Fritz*, Das Modellprojekt „Unterstützung zur Selbstbestimmung“. Von der (neuen) Möglichkeit, selbst zu entscheiden, *iFamZ* 2014, 62.

28 Diese Abklärung wird auch als „Clearing“ bezeichnet, wo sie besonders umfangreich ausfällt „Clearing Plus“.

29 Vgl *Hammerschick/Mayrhofer*, Clearing und Clearing Plus: wirksame Schritte zur Vermeidung von Sachwalterschaft, *iFamZ* 2016, 92.

30 Vgl *Barth*, Ein Gesetz und seine Kosten, *iFamZ* 2017, 73.

31 Die Kosten für die Vereine wurden darin als weitaus geringer eingeschätzt; der errechnete Mehraufwand der Gerichte auf Null reduziert, ein Ärgernis, das die Landesvertretung nach wie vor moniert, vgl die Presseaussendung der RiV vom 22.2.2018, [https://richtervereinigung.at/wp-content/uploads/2018/02/Presseaussendung\\_22022018.pdf](https://richtervereinigung.at/wp-content/uploads/2018/02/Presseaussendung_22022018.pdf) (18.3.2018).

32 Vgl bspw *ORF*, Gesetz zur Besserstellung auf der Kippe, 19.2.2018, <http://orf.at/stories/2427112/> (16.3.2018).

33 *ORF*, Erwachsenenschutz: Betroffene fühlen sich „verarscht“, *orf.at* v 26.2.2018, <http://orf.at/stories/2428007/> (16.4.2018).

34 Vgl *APA*, Finanzierung der Sachwalterreform laut Löger gesichert, 28.2.2018, <https://derstandard.at/2000075175748/Erwachsenenschutz-Finanzierung-laut-Loeger-gesichert?> (16.3.2018).

Neben anderen Dingen haben diese Wochen des Ringens insb auch gezeigt: der gesellschaftliche Wille für das Inkrafttreten der Reform ist groß.

## 5.2. Wesentliche Neuerungen<sup>35</sup>

Neu ist zunächst die Terminologie. Nicht mehr von „Sach“walter/innen ist die Rede, sondern von Erwachsenenvertreter/innen; nicht von „behinderten Personen“, sondern von volljährigen, vertretenen oder (vom Verfahren) betroffenen Personen.

Der Ausbau der mit dem SWRÄG 2006 geschaffenen Alternativen wird konsequent fortgesetzt. Das System der Rechtsfürsorge ist ab 1.7.2018 auf vier Säulen aufgebaut, die die verschiedenen Vertretungsarten bezeichnen, wobei die Selbstwirksamkeit der vertretenen Personen mit jeder Säule abnimmt.

Die erste Säule ist die Vorsorgevollmacht, die im Zeitpunkt der vollen Entscheidungsfähigkeit<sup>36</sup> errichtet wird und auf diese Weise als Paradeform selbstgewählter Stellvertretung gilt. Sie ist, wie der Name vermuten lässt, als vorsorgliches Instrument gedacht und wird erst mit Eintragung des Wegfalls der in den jeweiligen Angelegenheiten erforderlichen Entscheidungsfähigkeit wirksam.<sup>37</sup> Da diese Vertretungsart am stärksten auf der persönlichen Willensbildung der vertretenen Person beruht, ist die gerichtliche Kontrolle hier im Wesentlichen nur auf die Genehmigung von Entscheidungen über Uneinigkeiten zwischen Vertreter/in und Patient/in bei medizinischen Behandlungen und die Genehmigung von dauerhaften Wohnortänderungen ins Ausland (zB Verlegung in eine ausländische Heimeinrichtung) beschränkt. Sie gilt so lange bis der/die Vertretene die Entscheidungsfähigkeit im jeweiligen Bereich wiedererlangt oder die Vollmacht widerruft oder diese aufgekündigt wird, soweit diese Umstände in ein dafür vorgesehenes Register eingetragen werden (dazu gleich).

Die zweite Säule ist die gewählte Erwachsenenvertretung als gänzlich neu geschaffene Vertretungsart. Sie gilt als Schnittstelle zwischen der Vorsorgevollmacht und der Fortentwicklung der Angehörigenvertretung. Ihre Errichtung setzt anders als die Vorsorgevollmacht nicht die volle Geschäftsfähigkeit voraus. Sie kann auch noch bei Vorliegen der sog geminderten Entscheidungsfähigkeit<sup>38</sup> eingetragen werden. Davon ist auszugehen, wenn die Person die Bedeutung und Folgen einer Bevollmächtigung noch *in Grundzügen* verstehen kann, ihren Willen danach bestimmen und sich danach verhalten kann.<sup>39</sup> So soll einer volljährigen Person auch im Bedarfsfall noch die Möglichkeit gegeben werden, selbst eine/n Vertreter/in zu bestimmen.<sup>40</sup> Diese/r muss ihr nahe stehend sein, ein

35 Vgl ausführlich zu den Neuerungen den Schwerpunkt der iFamZ 2017/3.

36 Der Begriff der Entscheidungsfähigkeit löst ab 1.7.2018 den im ABGB bislang nicht näher definierten Terminus der Einsicht- und Urteilsfähigkeit ab; ErlRV 1421 BlgNR 25. GP 8f.

37 §§ 260 iVm 245 Abs 1 ABGB idF 2. ErwSchG.

38 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 38, 40.

39 § 264 ABGB idF 2. ErwSchG.

40 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 4.

Angehörigenverhältnis ist nicht Voraussetzung. Diese Vertretungsart trägt daher auch demographischen Entwicklungen Rechnung, wonach die engsten Vertrauenspersonen nicht zwingend im Familienkreis zu finden sind.

Die dritte Säule ist die gesetzliche Erwachsenenvertretung als Fortentwicklung der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger. Da mehr als 50 % der bestehenden Sachwalterschaften durch Angehörige abgedeckt werden, ist hier neben der gewählten Erwachsenenvertretung das größte Potential der alternativen Vertretungsarten zur gerichtlichen Bestellung zu vermuten.<sup>41</sup> Sowohl der Kreis der Angehörigen<sup>42</sup> als auch die möglichen Wirkungsbereiche<sup>43</sup> werden ausgeweitet. Sie ist auf drei Jahre befristet, kann aber lückenlos neu eingetragen werden.

Bei der gewählten und gesetzlichen Erwachsenenvertretung ist ferner eine laufende gerichtliche Kontrolle in Form von jährlichen Berichten vorgesehen;<sup>44</sup> in wichtigen personen- und vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist auch eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen.

Gemeinsam ist den ersten drei Säulen die Art der Errichtung, die nur bei drei professionellen Errichtungsstellen möglich sein wird und erst mit der Eintragung in das österreichische zentrale Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) konstitutiv entsteht. Neben Notariat und Anwaltschaft werden die Sachwalter- (künftig Erwachsenenschutz)Vereine zur Drehscheibe der Rechtsfürsorge ausgebaut. Sämtliche der genannten Vertretungsarten können ab 1.7.2018 kostengünstiger<sup>45</sup> auch bei den Erwachsenenschutzvereinen errichtet und eingetragen werden. Ein weiteres Beispiel für das breitere Spektrum an Möglichkeiten nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht ist der Umstand, dass mehrere Vertreter/innen nebeneinander eingesetzt werden können.<sup>46</sup>

Die vierte Säule ist die gerichtliche Erwachsenenvertretung. Sie löst die jetzige Sachwalterschaft ab und entwickelt sie fort. An den Voraussetzungen und der Subsidiarität ändert sich nichts Wesentliches. Die Einschränkung des möglichen Wirkungsbereichs auf nur einzelne oder Arten von „gegenwärtig zu besorgenden und bestimmt zu bezeichnenden Angelegenheiten“<sup>47</sup> soll der bisherigen Entwicklung, die Sachwalterschaft als Präventivinstrument einzusetzen – wie oben dargestellt umfasst sie derzeit in mehr als 50 % *alle Angelegenheiten* der betroffenen Person –, einen Riegel vorschieben. Wie differen-

---

41 Sie wird bereits jetzt als häufiger Einstellungsgrund angeführt; *Fuchs/Hammerschick*, Endbericht (2013) 121.

42 Neben (Groß)Eltern, volljährigen (Enkel)Kindern und Ehe- oder eingetragenen Partner/innen und Lebensgefährten/innen (letztere mit dreijährigem gemeinsamen Haushalt) zählen ab 1.7.2018 auch Geschwister und Nichten/Neffen sowie in einer Erwachsenenvertreter-Verfügung genannte Personen zum Kreis der nächsten Angehörigen (§ 268 Abs 2 ABGB idF 2. ErwSchG).

43 Diese sind in § 269 Abs 1 ABGB idF 2. ErwSchG gesetzlich definiert und umfassen de facto sämtliche denkbaren Angelegenheiten.

44 Für die Rechnungslegung sind großzügige gesetzliche Befreiungen vorgesehen. So sind nächste Angehörige und der Erwachsenenschutzverein von der laufenden Rechnungslegung grundsätzlich befreit (§ 135 AußStrG idF 2. ErwSchG).

45 Die Kosten sind in § 4e ErwSchVG idF 2. ErwSchG gesetzlich geregelt.

46 Vorsorgebevollmächtigte können sogar mit identem Wirkungsbereich für eine Person tätig sein; Erwachsenenvertreter/innen nur mit jeweils unterschiedlichem Wirkungsbereich (§ 243 Abs 3 ABGB idF 2. ErwSchG).

47 § 272 Abs 1 ABGB idF 2. ErwSchG.

ziert künftig tatsächlich vorgegangen wird, wird sich in den nächsten Jahren zeigen. Auch die dreijährige Befristung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung soll die bestehenden Tendenzen der dauerhaften Bestellungen hintanhaltend.<sup>48</sup> Soll die Vertretung weiter andauern, ist vor Ablauf ein Erneuerungsverfahren einzuleiten.<sup>49</sup>

Für die bedeutendste Neuerung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung ist ein Blick in das neue Verfahrensrecht zu werfen. Die Abklärung durch die Erwachsenenschutzvereine (das so genannte „Clearing“) ist ab 1.7.2018 in jedem Bestellungsverfahren obligatorisch. Sie ist noch vor der Erstanhörung durchzuführen und soll gewährleisten, dass so rasch als möglich das soziale Umfeld erhoben und mögliche Alternativen zur Erwachsenenvertretung gefunden werden können.<sup>50</sup> Demgegenüber werden das medizinische Sachverständigengutachten und die mündliche Verhandlung grundsätzlich zu fakultativen Verfahrensschritten.<sup>51</sup> Die Reform zielt darauf ab, den Fokus vom bisher vorherrschenden Verständnis von „Behinderung“ als medizinischem Begriff hin zu einem sozialen Verständnis zu verschieben, wonach persönliche Defizite jeweils in Wechselwirkung mit dem sozialen Umfeld begründet sind.<sup>52</sup>

In Einklang mit Art 12 der UN-BRK führt überdies keine der vier Säulen zu einem automatischen Verlust der Handlungsfähigkeit der vertretenen Person, denn die „Handlungsfähigkeit der vertretenen Person wird durch eine Vorsorgevollmacht oder eine Erwachsenenvertretung nicht eingeschränkt.“<sup>53</sup> Daraus ist freilich nicht zu schließen, dass automatisch jede rechtsgeschäftliche Verfügung einer vertretenen Person rechtswirksam wäre. Diese setzt – wie bisher außerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters/der Sachwalterin – das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit in Bezug auf das konkrete Geschäft voraus und ist daher jeweils im Einzelfall zu prüfen. Kritische Stimmen, die künftig eine Flut an Rückabwicklungsprozessen befürchten, können auf die Mehrheit der europäischen MS verwiesen werden, darunter Deutschland, wo dies seit 1992 festgeschrieben ist und weder den Rechtsverkehr noch die Gerichte übermäßig belastet hat. Für die gerichtliche Erwachsenenvertretung ist überdies eine Ausnahme vorgesehen. So kann das Gericht die Wirksamkeit bestimmter rechtsgeschäftlicher Handlungen von der Genehmigung des Vertreters/der Vertreterin abhängig machen (Genehmigungsvorbehalt).<sup>54</sup>

48 § 246 Abs 1 Z 3 ABGB idF 2. ErwSchG.

49 § 128 AußStrG idF 2. ErwSchG.

50 Vgl § 4a ErwSchVG idF 2. ErwSchG zu den Kriterien für das Clearing.

51 §§ 120a und 121 AußStrG idF 2. ErwSchG. Diese Schritte sind zwingend, wenn die betroffene Person dies beantragt.

52 Vgl Müller, Unterstützung statt Stellvertretung: Was sichert wirklich Selbstbestimmung, in *Brinek* 26 (38).

53 § 242 Abs 1 ABGB idF 2. ErwSchG.

54 Gem § 242 Abs 2 ABGB idF 2. ErwSchG setzt die Anordnung die Abwehr einer ernstlichen und erheblichen Gefahr für die vertretene Person voraus, zB anhängige Prozesse; vgl ErlRV 1421 BlgNR 25. GP 21. Der Genehmigungsvorbehalt entspricht dem deutschen „Einwilligungsvorbehalt“.

## 6. Zusammenfassung und Ausblick

Wie gezeigt wurde, war der Umgang des Gesetzgebers mit der Stellung volljähriger kognitiv beeinträchtigter Menschen im Rechtsverkehr seit Abkehr von der stigmatisierenden Entmündigung im Jahr 1984 jeweils vom Versuch geprägt, einen Ausgleich zwischen Schutz und Fürsorge auf der einen Seite und Selbstbestimmung auf der anderen Seite zu finden. Bereits mit der Reform zum Sachwalterrecht wurde das Subsidiaritätsprinzip verankert und eine differenzierte Skala hinsichtlich des Wirkungsbereichs vorgesehen. 30 Jahre später hatte sich die in Zahlen gegossene Ausgangslage für den Reformgesetzgeber dennoch kaum verändert. Die Sachwalterschaften sind auf fast 60.000 angestiegen, in mehr als der Hälfte umfasst der Wirkungsbereich der Vertreter/innen alle Angelegenheiten der betroffenen Person. Insb in den Ballungszentren (allen voran im OLG-Sprengel Wien) stieg die Tendenz, dass Sachwalterschaften zunehmend durch Angehörige der freien Rechtsberufe abgedeckt wurden.

Für diese Entwicklung sind aus rechtssoziologischer Sicht verschiedene Faktoren bestimmend. Nicht die „Überalterung“ der Gesellschaft, sondern die zunehmende „Verrechtlichung“ des rechtsgeschäftlichen Alltags, der eher heute als morgen nach einem „verständigen“ Gegenüber verlangt, haben die Lückenbüßerfunktion der Sachwalterschaft befördert. Eine Entwicklung, die zulasten der Selbstbestimmung vieler Betroffener ging und geht.

Angestoßen durch völkerrechtliche Vorgaben (UN-BRK) begann im Jahr 2013 neuerlich ein Reformprozess zur Fortentwicklung der Sachwalterschaft. Dieser wurde partizipativ angelegt, indem von Beginn an Selbstvertreter/innen einbezogen wurden. Das Ergebnis in Form des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes tritt nach politischem Tauziehen um die Finanzierung am 1.7.2018 in Kraft. Damit steht die Rechtsfürsorge in diesem Bereich künftig auf vier Säulen: von selbstgewählter (Vorsorgevollmacht, gewählte Erwachsenenvertretung und bis zu einem gewissen Grad auch die gesetzliche Erwachsenenvertretung) bis zu gerichtlich bestellter Stellvertretung in Form der gerichtlichen Erwachsenenvertretung, die die jetzige Sachwalterschaft ablöst. Die Handlungsfähigkeit vertretener Personen wird durch keine dieser Vertretungsarten automatisch eingeschränkt. Begleitet ist die Reform von umfassenden Umsetzungsmaßnahmen als Antwort auf das öffentliche Informationsbedürfnis und zur Vorbereitung der Übergangszeit in den ersten Jahren des Inkrafttretens. So steht Interessierten seit Mitte März ein Informationsportal auf der Webseite des Justizministeriums ([www.justiz.gv.at/erwachsenenschutz](http://www.justiz.gv.at/erwachsenenschutz)) zur Verfügung, wo ua Informationsbroschüren für Rechtslai/innen und in einfacher Sprache abrufbar sind. Die Weichen für neue Wege im Erwachsenenschutzrecht sind somit gelegt, es bleibt zu hoffen, dass gesamtgesellschaftlich der Wille besteht, diesen zu beschreiten.

MMag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Ilse Koza ist Richterin und derzeit unter anderem in der Abteilung für Familien-, Personen- und Erbrecht des Justizministeriums (BMVRDJ) tätig. Sie betreut die Umsetzungsmaßnahmen zum 2. Erwachsenenschutz-Gesetz seit März 2017; [ilse.koza@justiz.gv.at](mailto:ilse.koza@justiz.gv.at).

# Effektiver Rechtsschutz bei Folgeanträgen?

Überlegungen zu Verfassungs- und Unionsrechtskonformität des § 12a Abs 1 AsylG

Jakob Fux<sup>1</sup>

## 1. Einleitung

Mit Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz in Ö kommt jeder\*jedem Fremden faktischer Abschiebeschutz bis zum Erlass einer durchsetzbaren Entscheidung zu. MaW ist eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung der\*des Fremden erst dann zulässig, wenn die erlassene aufenthaltsbeendende Maßnahme durchsetzbar ist.<sup>2</sup> Durchsetzbar ist eine Entscheidung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA) ua dann, wenn der darauffolgend erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zukommt.<sup>3</sup> Abweichend hiervon und für Fälle in welchen ein Folgeantrag<sup>4</sup> gestellt wird, normiert § 12a AsylG spezielle Normen zum (Nicht-)Bestand sowie Möglichkeiten der Zuerkennung bzw Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes. Nach den Mat<sup>5</sup> sowie auch unmittelbar aus dem Gesetz ergibt sich, dass grds zwei Fallgruppen zu unterscheiden sind: Einerseits Fälle von Folgeanträgen, welche nach zurückweisender Entscheidung gem §§ 4a oder 5 AsylG gestellt werden.<sup>6</sup> Hierunter sind Fälle zu verstehen, in welchen Personen der Status der\*des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten in einem anderen EWR-Staat oder der Schweiz zuerkannt wurde,<sup>7</sup> oder ein anderer Staat gem der Dublin-III-VO<sup>8</sup> für die Prüfung des Antrags zuständig

1 Für wertvolle Anmerkungen und Hinweise gilt *Miriam Haselbacher, Kevin Fredy Hinterberger* und *Emanuel Matti* besonderer Dank.

2 § 12 Abs 1 Asylgesetz 2005 BGBl I 100/2005 idF BGBl I 145/2017 (AsylG).

3 Siehe § 16 Abs 4 BFA-Verfahrensgesetz BGBl I 87/2012 idF BGBl I 145/2017 (BFA-VG). Hierbei ist zusätzlich ein „Durchsetzungsaufschub“ normiert. Das BFA hat mit der Abschiebung „bis zum Ablauf des siebenten Tages ab Einlangen der Beschwerdevorlage“ zuzuwarten.

4 § 2 Abs 1 Z 23 AsylG; jeder weitere Antrag auf internationalen Schutz nach bestehender Rechtskraft des ersten Antrags.

5 ErlRV 330 BlgNR XXIV. GP 11ff.

6 § 12a Abs 1 AsylG.

7 § 4a AsylG.

8 VO (EU) 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl L 2013/180, 31.

ist<sup>9</sup>. Andererseits jene Fälle, in welchen es zur Stellung eines Folgeantrags nach allen anderen zurück- oder abweisenden Entscheidungen<sup>10</sup> kommt.<sup>11</sup>

Hierbei bestehen interessante Unterschiede in der Konzeption. § 12a Abs 1 AsylG normiert für die erste Fallart, dass faktischer Abschiebeschutz dann nicht besteht, wenn alle in der Norm genannten Kriterien erfüllt sind. Ist auch nur ein Kriterium nicht erfüllt, kommt faktischer Abschiebeschutz zu. Eine bescheidmäßige Entscheidung des BFA hierüber ist gesetzlich nicht normiert. Anders in Fallkonstellationen der zweiten Art, wo grds vorgesehen ist, dass faktischer Abschiebeschutz immer besteht und das BFA diesen bescheidmäßig aufheben muss,<sup>12</sup> woran eine Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) geknüpft ist.<sup>13</sup>

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich in der Entscheidung zur Rs *Mohammed/Österreich*<sup>14</sup> mit der Frage des effektiven Rechtsschutzes im Anwendungsbereich des damals in Geltung befindlichen § 12a Abs 1 AsylG auseinandergesetzt. Der Entscheidung lag ein Folgeantrag nach zurückweisender Entscheidung gem § 5 AsylG in Hinblick auf eine Zuständigkeit Ungarns<sup>15</sup> zugrunde. Begründet wurde der Folgeantrag mit einer Verschlechterung der Aufnahmesituation von Asylwerber\*innen in Ungarn. Der EGMR verneinte in seiner Entscheidung zwar eine Verletzung von Art 3 EMRK<sup>16</sup>, bejahte jedoch andererseits eine Verletzung von Art 13 iVm Art 3 EMRK.<sup>17</sup> Ausgehend von der zit Jud des EGMR stellt sich dieser Beitrag die Frage, welche verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben im Bereich des effektiven Rechtsschutzes bei Folgeanträgen existieren. Darauf aufbauend wird geklärt, ob Antragsteller\*innen im Anwendungsbereich des § 12a Abs 1 AsylG idgF ein effektives Rechtsmittel in verfassungs- und unionsrechtswidriger Weise verwehrt wird. Abschließend werden Überlegungen angestellt, wie eine verfassungs- und unionsrechtskonforme Regelung aussehen könnte.

## 2. Faktischer Abschiebeschutz nach § 12a Abs 1 AsylG

Wie bereits erwähnt, kommt § 12a Abs 1 AsylG bei jenen Folgeanträgen zur Anwendung, die nach einer zurückweisenden Entscheidung aufgrund bereits bestehendem Schutz in einem EWR-Staat oder der Schweiz bzw Zuständigkeit eines anderen Staates

---

9 § 5 AsylG.

10 Entscheidungen gem §§ 3, 4 und 8 AsylG; sollte die vorangehende zurückweisende Entscheidung gem § 68 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz BGBl 51/1991 idF BGBl I 161/2013 (AVG) erlassen worden sein, so geschieht die Differenzierung anhand der Art der zeitlich ersten zurückweisenden Entscheidung.

11 § 12a Abs 2, 3 und 4 AsylG; zum System und der Anwendungsreihenfolge siehe *Hinterberger*, Asyl- und Fremdenpolizeirecht: Migrationsrecht II (2017) 17f.

12 § 12a Abs 2 AsylG.

13 § 22 BFA-VG.

14 EGMR 6.6.2013, 2283/12, *Mohammed/Österreich*.

15 Gem Dublin-III-VO.

16 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 210/1958 idF BGBl III 144/2016 (EMRK).

17 EGMR 6.6.2013, 2283/12, *Mohammed/Österreich* Rz 85 bzw 111.

gestellt werden. Dabei wird normiert, dass der\*dem Fremden faktischer Abschiebeschutz nicht zukommt, wenn die folgenden Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- i. Eine Anordnung zur Außerlandesbringung<sup>18</sup> oder eine Ausweisung<sup>19</sup> muss bereits erlassen worden sein.<sup>20</sup>
- ii. Es darf kein Fall des § 19 Abs 2 BFA-VG vorliegen, also keine Feststellung des Rates der EU<sup>21</sup> darüber bestehen, dass eindeutig die Gefahr der Verletzung der Werte der Europäischen Union<sup>22</sup> durch den betreffenden MS<sup>23</sup> besteht.<sup>24</sup>
- iii. Weiters muss, im Fall der Zuständigkeit eines anderen Staates, die Zuständigkeit dieses Staates gem der Dublin-III-VO weiterhin bestehen und darf es in diesem Staat nicht zu einer maßgeblichen Verschlechterung der Umstände in Hinblick auf Art 3 EMRK gekommen sein.<sup>25</sup>
- iv. Zuletzt muss eine Interessensabwägung nach Art 8 EMRK<sup>26</sup> zu dem Ergebnis kommen, dass eine Abschiebung weiterhin zulässig ist.<sup>27</sup>

Liegt eine der genannten Voraussetzungen nicht vor, kommt der\*dem Antragsteller\*in faktischer Abschiebeschutz nach § 12 AsylG zu.<sup>28</sup>

### 3. Das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art 13 EMRK

Art 13 EMRK garantiert das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz. Diese Verfahrensgarantie stellt sicher, dass im nationalen Recht eine Instanz verfügbar ist, die sich mit der Frage einer vorgebrachten Konventionsverletzung wirksam auseinandersetzt.<sup>29</sup>

Vielfach wird das Recht auf eine wirksame Beschwerde als *akzessorisches Recht* umschrieben, da es zur Rügung einer Verletzung von Art 13 EMRK notwendigerweise eine Verbindung zu einer materiellen Garantie der Konvention bedarf.<sup>30</sup> *Klaushofer* spricht dabei zutreffend von einer *Interdependenz* des Art 13 EMRK, da die als verletzt behauptete materielle Garantie und die wirksame Beschwerde in einer wechselseitigen Abhängigkeit zueinander stehen.<sup>31</sup>

18 Gem § 61 Fremdenpolizeigesetz 2005 BGBl I 100/2005 idF BGBl I 145/2017 (FPG).

19 Gem § 66 FPG.

20 § 12a Abs 1 Z 1 AsylG.

21 Gem Art 7 Abs 1 Vertrag über die Europäische Union, ABl C 1992/191, 1 (EUU).

22 Art 2 EUV.

23 Jener Staat, in Bezug auf welchen die Anordnung zur Außerlandesbringung oder Ausweisung erlassen wurde.

24 § 12a Abs 1 Z 2 AsylG.

25 § 12a Abs 1 Z 3 AsylG.

26 Siehe § 9 BFA-VG.

27 § 12a Abs 1 Z 4 AsylG.

28 *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht Kommentar (2016) § 12a AsylG K 4.

29 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (2016) Rz 193.

30 Ebd Rz 184.

31 *Klaushofer* in *Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2015) Art 13 EMRK Rz 5.

### 3.1. Schutzbereich des Rechts auf eine wirksame Beschwerde

Der Wortlaut von Art 13 EMRK legt zwar nahe, dass das wirksame Beschwerderecht erst bei schon eingetretener Verletzung von materiellen Garantien der Konvention zur Verfügung stehen muss,<sup>32</sup> jedoch erkennt der EGMR in stRsp, dass bereits das Vorliegen einer vertretbaren Rechtsverletzungsbehauptung<sup>33</sup> hinreichend ist.<sup>34</sup> Anwendung findet Art 13 EMRK daher bei einer vertretbar behaupteten Verletzung von materiellen Garantien der Konvention durch Hoheitsakte, welche staatlichen Behörden zurechenbar sind.<sup>35</sup>

Eine abstrakte Def zur vertretbaren Verletzungsbehauptung gibt der EGMR nicht, vielmehr kommt es laut der Jud auf die spezifischen Einzelheiten des Falles an, ob eine solche Behauptung vorliegt und Art 13 EMRK somit Anwendung findet.<sup>36</sup> Liegt eine vertretbare Behauptung einer Rechtsverletzung vor, muss der\* dem Einzelnen ein subjektives Beschwerderecht zustehen.<sup>37</sup>

### 3.2. Wirksames Beschwerderecht

Das von Art 13 EMRK garantierte Beschwerderecht muss so ausgestaltet sein, dass es eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Rechtsverletzungsbehauptung und angemessene Abhilfe im Falle der Verletzung garantiert.<sup>38</sup> Inhaltlich muss es auf nationaler Ebene möglich sein, die Vermeidung, Beseitigung und/oder Wiedergutmachung der Konventionsverletzung zu ermöglichen.<sup>39</sup> Zusätzlich muss das Beschwerderecht nicht bloß rechtlich-theoretisch sondern auch praktisch zugänglich bzw wirksam sein.<sup>40</sup> Diesbezüglich ist unter anderem zu bedenken, dass Personen bei Abschiebung vor Entscheidung über ein erhobenes Rechtsmittel ua mit der faktischen Schwierigkeit konfrontiert sind, ein Beschwerdeverfahren vom Ausland aus zu führen.<sup>41</sup>

Dem wirksamen Beschwerderecht wird ein präventiver Charakter zugeschrieben, da es die Einhaltung der materiellen Garantien der Konvention gewährleisten soll. Aus diesem Grund kommt auch Rechtsmitteln, welche die Einhaltung der Konventionsrechte bzw

---

32 Art 13 EMRK beginnt in der deutschen Fassung mit den Worten „Sind die in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten verletzt worden“; EGMR 6.9.1978, 5029/71, *Klass ua/Deutschland*, Rz 64.

33 „Arguable complaint“.

34 Siehe ua EGMR 26.10.2000 (GK), 30210/96, *Kudla/Polen* Rz 157.

35 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK Rz 192.

36 EGMR 27.4.1988 (GK), 9659/82 und 9658/82, *Boyle und Rice/Vereinigtes Königreich* Rz 55; *Klaushofer in Kneibls/Lienbacher*, Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 13 EMRK Rz 13.

37 *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights Commentary (2014) Art 13 Rz 14; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK Rz 196.

38 EGMR 10.9.2010 (GK), 31333/06, *Mc Farlane/Irland* Rz 108.

39 *Klaushofer in Kneibls/Lienbacher*, Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 13 EMRK Rz 24.

40 Unter vielen EGMR 6.6.2013, 2283/12, *Mohammed/Österreich* Rz 69.

41 Siehe VfGH 15.10.2004, G237/03 ua.

die Vermeidung von Verletzungen derselben garantieren sollen, erhöhte Bedeutung zu.<sup>42</sup> Anders gesagt geht der EGMR von einer „gestuften Wirksamkeit“ unterschiedlicher Rechtsmittel in der Reihenfolge Vermeidung, Beseitigung und Wiedergutmachung aus, wobei solchen Rechtsmitteln, welche eine Vermeidung der Konventionsverletzung ermöglichen, die größte Wirksamkeit zugeschrieben wird.<sup>43</sup>

Zusätzlich zum Erfordernis der unmittelbaren Abhilfe, welches ein wirksames Beschwerderecht erfüllen muss, kann es in speziellen Fällen geboten sein vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren. Dies insbesondere dann, wenn sich die vertretbare Verletzungsbehauptung auf Fundamentalgarantien wie Art 2 und 3 EMRK bezieht. In solchen Fällen verlangt der EGMR von einer wirksamen Beschwerde, dass ihr automatisch aufschiebende Wirkung zukommt.<sup>44</sup> Wird eine Verletzung von Art 8 EMRK vertretbar vorgebracht, muss dem Rechtsbehelf grundsätzlich keine automatische aufschiebende Wirkung zukommen, jedoch erfordert Art 13 EMRK auch hier eine wirkungsvolle Überprüfung des Vorbringens inklusive einer Interessensabwägung.<sup>45</sup>

### 3.3. Nationale Instanz

Ist im nationalen Recht keine Instanz vorhanden, welche über die vertretbar vorgebrachte Konventionsverletzung abzusprechen vermag, wird die Inanspruchnahme des Rechts auf eine wirksame Beschwerde bereits von vornherein unterlaufen.<sup>46</sup> Besteht jedoch eine solche nationale Instanz, muss diese bestimmte Kriterien erfüllen um Art 13 EMRK zu entsprechen. Als Vorbedingung muss der potentiell verletzten Person ein beschwerdefähiger Rechtsakt, dh eine formelle Entscheidung, zustehen.<sup>47</sup>

Bei der nationalen Instanz muss es sich nicht um ein Gericht handeln, jedoch muss die Instanz unabhängig und unparteiisch sein, um Art 13 EMRK zu genügen.<sup>48</sup> Dies bedeutet unter anderem, dass die nationale Instanz nicht als Richter\*in in der eigenen Sache fungiert.<sup>49</sup> Es darf maW keine hierarchische oder institutionelle Verbindung zwischen der Behörde gegen die sich die Beschwerde richtet und jener Behörde bestehen, welche über die behauptete Rechtsverletzung abspricht.<sup>50</sup>

---

42 EGMR 7.6.2007, 38411/02, *Garabayev/Russland* Rz 105; *Klaushofer* in *Kneib/Lienbacher*, Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 13 EMRK Rz 10.

43 *Klaushofer* in *Kneib/Lienbacher*, Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 13 EMRK Rz 27.

44 Ebd Rz 6.

45 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK Rz 202.

46 *Klaushofer* in *Kneib/Lienbacher*, Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 13 EMRK Rz 16.

47 Ebd Rz 17. Sollte es für die Inanspruchnahme von nationalem Rechtsschutz notwendig sein, ist auch eine Zustellung der Entscheidung notwendig.

48 EGMR 25.3.1983, 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 und 7136/75, *Silver ual/Vereinigtes Königreich* Rz 116.

49 *Klaushofer* in *Kneib/Lienbacher*, Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 13 EMRK Rz 20.

50 EGMR 3.6.2004, 33097/96 und 57834/00, *Bati ual/Turkei* Rz 135.

### 3.4. EGMR 6.6.2013, 2283/12, *Mohammed/Österreich*

Der EGMR befasste sich bereits einmal mit der ö Regelung zum faktischen Abschiebeschutz nach § 12a Abs 1 AsylG. Hierbei bestehen relevante Unterschiede zwischen der damaligen Regelung<sup>51</sup> und ihrer heutigen Fassung<sup>52</sup>. Einerseits war damals eine Interessensabwägung in Hinblick auf Art 8 EMRK nicht vorgesehen und somit auch in der Prüfung, ob faktischer Abschiebeschutz zukommt, nicht zu berücksichtigen. Gleich verhielt es sich mit Art 3 EMRK. Eine Prüfung der Umstände im zuständigen Staat war damals nicht vorgesehen und konnte deshalb auch im Bereich des faktischen Abschiebeschutzes keine Berücksichtigung finden. In der nunmehr in Geltung befindlichen Fassung ist beides vorgesehen, eine Interessensabwägung nach Art 8 EMRK<sup>53</sup> und eine Prüfung dahingehend, ob sich die Situation im zuständigen Staat in Hinblick auf Art 3 EMRK mit maßgeblicher Wahrscheinlichkeit verschlechtert hat<sup>54</sup>.

In der Entscheidung kam der EGMR zu dem Schluss, dass der Bf eine vertretbare Verletzungsbehauptung in Hinblick auf die unmittelbar bevorstehende Abschiebung nach Ungarn und die ihm dort drohende Verletzung seiner Rechte gem Art 3 EMRK vorbrachte.<sup>55</sup> Darauf aufbauend stellte der Gerichtshof fest, dass das anzuwendende Verfahrensrecht<sup>56</sup> dem Bf in rechtswidriger Weise den Zugang zu einer wirksamen Beschwerde verunmöglichte, da es keinen faktischen Abschiebeschutz vorsah und dem Bf dadurch eine wirkungsvolle Überprüfung der Verletzungsbehauptung vorenthielt.<sup>57</sup>

Zusätzlich befasste sich der EGMR auch mit der Möglichkeit gem § 51 FPG<sup>58</sup> die Feststellung der Unzulässigkeit der Abschiebung in einen bestimmten Staat zu begehren. Hierbei wäre die Behörde gezwungen, vor Abschiebung der\*des Fremden über eine drohende Verletzung von ua Art 3 EMRK abzusprechen.<sup>59</sup> Der EGMR verwies jedoch darauf, dass diese Möglichkeit dem Bf nicht offenstand, da § 51 Abs 1 FPG lediglich in Verfahren zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung, eines Aufenthaltsverbots oder einer Ausweisung Anwendung fand und Folgeanträge nach zurückweisenden Entscheidung nicht vom Anwendungsbereich umfasst waren.<sup>60</sup>

---

51 BGBl I 100/2005 idF BGBl I 38/2011.

52 BGBl I 100/2005 idF BGBl I 145/2017.

53 § 12a Abs 1 Z 4 AsylG.

54 § 12a Abs 1 Z 3 AsylG.

55 EGMR 6.6.2013, 2283/12, *Mohammed/Österreich* Rz 77.

56 § 12a Abs 1 AsylG idF BGBl I 38/2011.

57 EGMR 6.6.2013, 2283/12, *Mohammed/Österreich* Rz 81.

58 IdF BGBl I 38/2011.

59 § 51 Abs 3 FPG idF BGBl I 38/2011.

60 Nach der heutigen Rechtslage ist dies nur noch in Verfahren zur Erlassung eines Aufenthaltsverbotes oder einer Ausweisung möglich; § 51 Abs 1 AsylG idF BGBl I 145/2017.

### 3.5. Analyse der geltenden Rechtslage in Hinblick auf Art 13 EMRK

Die Entscheidung des EGMR erlaubt in mehrfacher Hinsicht relevante Schlüsse für die aktuelle Fassung des § 12a Abs 1 AsylG zu ziehen. Zuallererst wird gezeigt, in welchen Sachverhaltskonstellationen eine nähere Auseinandersetzung mit der genannten Norm in Hinblick auf Art 13 EMRK sowie auch Art 47 GRC geboten erscheint.

Wie der Ausgangsfall der Rs *Mohammed/Österreich* zeigt, kann bereits innerhalb eines Zeitraums von ca einem Jahr seit der letzten zurückweisenden Entscheidung eine relevante Änderung der Umstände in Bezug auf Art 3 EMRK im zuständigen Staat stattfinden. MaW können bereits innerhalb von vergleichsweise kurzen Zeiträumen relevante Sachverhaltsänderungen eintreten, die eine wirkungsvolle Überprüfung einer vertretbaren Verletzungsbehauptung notwendig machen.<sup>61</sup>

Zusätzlich lässt sich anhand der zit Jud ein weiterer relevanter Punkt für die Analyse der derzeitigen Rechtslage näher umreißen: Das wirksame Beschwerderecht erscheint erst notwendig, wenn die\* der Fremde und das BFA unterschiedliche Auffassungen bezüglich des (Nicht-)Bestandes des faktischen Abschiebeschutzes vertreten.<sup>62</sup> Wenn also das BFA die Auffassung vertritt, dass eine relevante Änderung in Bezug zu Art 3 EMRK nicht vorliegt<sup>63</sup> und eine Abschiebung unter dem Blickwinkel des Art 8 EMRK weiterhin zulässig ist<sup>64</sup>, die\* der Fremde hingegen vertretbar behauptet, dass eine oder beide dieser Voraussetzungen nicht vorliegen. Geht das BFA in einem solchen Fall vom Nichtbestand des faktischen Abschiebeschutzes aus und will die Abschiebung durchführen, so muss der\* dem Fremden ein wirksamer Rechtsbehelf bei einer nationalen Instanz zur Verfügung stehen.

Es ist daher zu prüfen, ob ein solcher Rechtsbehelf in der ö Rechtsordnung vorgesehen und zugänglich ist. Zuallererst scheint eine Prüfung der gesetzlichen Regelungen zu Folgeanträgen angebracht. Am Ende des erstinstanzlichen Verfahrens steht, wie bei jedem Antrag auf internationalen Schutz, ein Bescheid des BFA, gegen welchen das Rechtsmittel der Beschwerde an das BVwG erhoben werden kann.<sup>65</sup> Gem § 22 Abs 1 AsylG hat das BFA für die Entscheidung über jeden bis 31.5.2018 gestellten Antrag auf internationalen Schutz 15 Monate Zeit, danach aufgrund des Auslaufens der abweichenden Regelung wieder 6 Monate gem der allgemeinen Norm des § 73 Abs 1 AVG. Eine explizite

61 Siehe zu Zeiträumen in welchen relevante Sachverhaltsänderungen in Hinblick auf Art 8 EMRK eintreten können ua VfGH 26.2.2014, G59/2013. Der Folgeantrag, welcher der genannten Entscheidung zugrunde lag, wurde mehr als vier Jahre nach rechtskräftiger Zurückweisung des ersten Antrags gestellt. Ob auch schon bei kürzeren Zeiträumen relevante Änderungen in Hinblick auf Art 8 EMRK eintreten können, ließ der VfGH offen.

62 Siehe *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht Kommentar (2016) § 12a AsylG K 1.

63 § 12a Abs 1 Z 3 AsylG.

64 § 12a Abs 1 Z 4 AsylG; und auch alle anderen Kriterien gem § 12a Abs 1 AsylG für den Nichtbestand des faktischen Abschiebeschutzes aus Sicht des BFA erfüllt sind.

65 Der Beschwerde kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Das BVwG kann jedoch diese mittels Beschluss zuerkennen, wenn eine reale Gefahr der Verletzung von ua Art 2, 3 oder 8 EMRK bei Überstellung droht; § 17 Abs 1 BFA-VG.

und formelle Entscheidung in Form eines Bescheides über den Nichtbestand des faktischen Abschiebeschutzes ist nicht vorgesehen.<sup>66</sup>

Es obliegt daher einzig und allein der Behörde zu entscheiden, ob es eine Entscheidung über einen Folgeantrag nach zurückweisender Entscheidung vor Überstellung der\* des Fremden in den zuständigen Staat erlässt und damit einer Überprüfung durch das BVwG zugänglich macht. Ein rechtlicher Anspruch auf Entscheidung über den Folgeantrag vor Überstellung besteht nicht. Aus diesem Grund besteht bei Folgeanträgen kein wirksames Beschwerderecht.

Zusätzlich ist anzumerken, dass auch das Kriterium der unabhängigen bzw unparteiischen nationalen Instanz bei Folgeanträgen im Rahmen des österreichischen Asylsystems nicht erfüllt zu sein scheint. Folgeanträge dienen gerade dazu, relevante Änderungen in Hinblick auf Art 3 oder 8 EMRK seit der letzten Entscheidung vorzubringen. Nun ist eine Behörde hierüber berufen abzusprechen, welche bereits eine Entscheidung im ersten Verfahren getroffen hat und ein Interesse daran hat, diese auch durchzusetzen. Das BFA ist demnach als nicht ausreichend unparteiisch anzusehen, da es einerseits zuständig für die Effektivierung der ersten Entscheidung ist<sup>67</sup> und andererseits über die Zulässigkeit jener in Hinblick auf Art 3 bzw 8 EMRK im Rahmen des Folgeantrags absprechen muss. Die Stellung eines Folgeantrags an sich stellt aus diesen Gründen keine wirksame Beschwerde iSd Art 13 EMRK dar, um einer materiellen Konventionsverletzung zu begegnen, die aufgrund eines geänderten Sachverhaltes im Falle einer Abschiebung droht. Daneben gibt es in der ö Rechtsordnung nur ein Rechtsmittel, welches potentiell eine wirksame Beschwerde darstellen könnte. Dies ist der Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit der Abschiebung in einen bestimmten Staat nach § 51 FPG. Die Erhebung dieses Antrags ist jedoch wie bereits erläutert nur in einem offenen Verfahren zur Erlassung einer Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbotes<sup>68</sup> möglich und damit in oa Sachverhaltskonstellation nicht zugänglich.

Zusammenfassend ergibt sich, dass für Personen, welche einen Folgeantrag nach zurückweisender Entscheidung gem § 4a oder 5 AsylG stellen, entgegen Art 13 EMRK keine Beschwerdemöglichkeit zur Verfügung steht, die eine wirksame Auseinandersetzung mit einer vertretbaren Verletzungsbehauptung ermöglichen würde. § 12a Abs 1 AsylG ist aus diesem Grund verfassungswidrig.

#### 4. Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gem Art 47 GRC<sup>69</sup>

Der VfGH stellte in dem richtungsweisenden Erkenntnis VfSlg 19.632/2012 fest, dass die durch die GRC garantierten Rechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte beim

---

66 Siehe *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht Kommentar (2016) § 12a AsylG K 1.

67 Zu den Zuständigkeiten des BFA § 3 Abs 1 BFA-Einrichtungsgesetz BGBl I 87/2012 idF BGBl I 70/2015 (BFA-G).

68 Siehe § 51 Abs 1 FPG.

69 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2000/364, 1.

VfGH geltend gemacht werden können und diese darüber hinaus im Anwendungsbereich der GRC einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle darstellen. Begründend zog der VfGH einerseits das Konzept der zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit und andererseits den Äquivalenzgrundsatz<sup>70</sup> heran. Ausgehend von genannter Jud erscheint daher die Frage der Vereinbarkeit von § 12a Abs 1 AsylG mit Art 47 GRC relevant.

Zum Verhältnis der Rechte gem der EMRK auf der einen und gem der GRC auf der anderen Seite normiert Art 52 Abs 3 GRC, dass den Grundrechten der EMRK und der diesbezüglich ergangenen Jud des EGMR bei der Auslegung der Rechte nach der GRC maßgebliche Bedeutung zukommt.<sup>71</sup> *Stern* schließt daraus zutreffend, dass „die Rechtsprechung des EGMR als untere Richtschnur bei der Auslegung von Art 47 GRC zu dienen“ hat, „da gem Art 52 Abs 3 GRC ausdrücklich im Recht der Union ein weiter gehender Schutz gewährt werden kann“<sup>72</sup>.

Die Vorbildwirkung der EMRK für die GRC manifestiert sich auch in der Rsp des EuGH, da dieser den Wesensgehalt der Rechte der GRC anhand der Jud des EGMR auslegt.<sup>73</sup> Hieraus ist zu folgern, dass die Ausführungen und die zit Jud des EGMR zu Art 13 EMRK auch bei der Auslegung von Art 47 GRC zu beachten sind. Um Wiederholungen an dieser Stelle zu vermeiden sei auf Punkt 3 verwiesen und wird folgend nur auf jene Einzelheiten eingegangen, in welchen sich Art 47 GRC von Art 13 EMRK unterscheidet, wo also über Art 13 EMRK Hinausgehendes normiert wird.

#### 4.1. Anwendbarkeit von Art 47 GRC in Asylverfahren

Normadressat\_innen sind, wie bei jedem Recht der GRC, grundsätzlich die Organe und Einrichtungen der Union sowie auch die MS, diese jedoch nur bei Durchführung des Unionsrechts.<sup>74</sup> Die Erläuterungen zur GRC sprechen hierbei davon, dass die MS an die GRC gebunden sind, wenn „diese das Unionsrecht anwenden“<sup>75</sup>. Der VfGH stellt diesbezüglich zutreffend fest, dass dies sowohl die Vollziehung von unmittelbar wirksamen Unionsvorschriften, als auch die Vollziehung von mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschriften durch Verwaltungsbehörden und Gerichte umfasst.<sup>76</sup>

70 Siehe EuGH 29.10.2009, C-63/08, *Pontin* Rz 45.

71 Siehe *Kingreen*, Die Unionsgrundrechte, JURA 2014, 295 (296).

72 *Stern*, Rechtsberatung für Asylsuchende (2012) 159.

73 *Handstanger*, Vollziehung des EU-Rechts in Österreich, in *Hummer* (Hrsg), Neuste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 123 (141); EuGH 16.6.2005, C-105/03, *Pupino* Rz 58.

74 Siehe Art 51 Abs 1 GRC; *Kingreen*, Die Unionsgrundrechte, JURA 2014, 295 (298).

75 GRC Erläuterungen, ABl C 2007/303, 17 (29).

76 VfGH 14.3.2012, U466/11 ua.

Anträge auf internationalen Schutz wie auch Folgeanträge sind in der AsylverfahrensRL<sup>77</sup> geregelt, Art 47 GRC ist daher in solchen Verfahren anwendbar.

#### 4.2. Inhaltliches zu Art 47 GRC

Art 47 GRC ist nicht auf durch die GRC garantierte Rechte begrenzt, sondern ist bei Erlassung und Vollzug des gesamten Sekundärrechts maßgeblich und darüber hinaus auch bei der Auslegung des übrigen Primärrechts von Bedeutung.<sup>78</sup> Im Vergleich zu Art 13 EMRK gewährt Art 47 GRC zusätzlich einen weitergehenden Rechtsschutz, da ein wirksamer Rechtsbehelf bei einem Gericht normiert ist.<sup>79</sup> Zudem entspricht Art 47 Abs 2 GRC laut den Erläuterungen zur GRC Art 6 Abs 1 EMRK und ist die dort enthaltene Einschränkung auf zivilrechtliche Ansprüche auf Art 47 GRC explizit nicht umlegbar.<sup>80</sup> Vor dem Hintergrund von Art 52 Abs 3 GRC folgert daher *Stern*, dass „mit Ausnahme des Anwendungsbereichs die Rechtsprechung des EGMR zu Art 6 EMRK zwingend zu beachten ist“<sup>81</sup>.

Außerdem ist darauf zu verweisen, dass eine Ausstrahlungswirkung der Rechte nach Art 47 GRC auf vorangehende Verwaltungsverfahren besteht. Art 47 GRC verlangt nämlich von diesen, dass sie den gerichtlichen Rechtsschutz nicht in unzumutbarer Weise ver- oder behindern.<sup>82</sup> In der Jud des EuGH wird dies mit dem Effektivitätsgrundsatz begründet und erläutert, dass Verfahren vor Verwaltungsbehörden derart ausgestaltet sein müssen, dass sie „die Ausübung der durch die Gemeinschaftrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“.<sup>83</sup> Ob ein bestimmter Rechtsbehelf theoretisch und praktisch wirksam ist, muss folglich auch anhand des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes beurteilt werden.

#### 4.3. Analyse der geltenden Rechtslage in Hinblick auf Art 47 GRC

Wie bereits unter Punkt 3 zu Art 13 EMRK argumentiert, muss ein wirksames Beschwerderecht bei einer nationalen Instanz immer dann zugänglich sein, wenn eine vertretbar vorgebrachte Verletzungsbehauptung hinsichtlich eines in der EMRK garantierten Rechts vorliegt. In Art 47 GRC wird dieses Recht dahingehend erweitert, dass ein wirksamer Rechtsbehelf bei einem Gericht zusteht, welcher den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK genügen muss. Darüber hinaus ist das vorgelagerte verwaltungsbehördliche Verfahren gem dem Effektivitätsgrundsatz auszugestalten.

---

77 RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl L 2013/180, 60.

78 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl C 2007/303, 17 (29).

79 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar (2010) Art 47 Rz 17.

80 GRC Erläuterungen, ABl C 2007/303, 17 (30).

81 *Stern*, Rechtsberatung für Asylsuchende (2012) 155.

82 *Jarass*, GRC Kommentar (2010) Art 47 Rz 48.

83 EuGH 9.2.1999, C-343/96, *Dilexport Srl* Rz 25; siehe auch *Jarass*, GRC Kommentar (2010) Art 47 Rz 48.

Für die Prüfung von § 12a Abs 1 AsylG bedeutet dies, dass die Norm auch den Anforderungen von Art 47 GRC nicht gerecht wird, da in Fällen vertretbarer Verletzungsbehauptungen kein Rechtsbehelf bei einem Gericht existiert. § 12a Abs 1 AsylG verletzt daher auch Art 47 GRC.

## 5. Conclusio und Ausblick

Das ö System des faktischen Abschiebeschutzes in Fällen von Folgeanträgen nach zurückweisenden Entscheidung gem § 4a oder 5 AsylG sieht weder ein wirksames Beschwerderecht gem Art 13 EMRK, noch einen wirksamen Rechtsbehelf gem Art 47 GRC vor und ist damit verfassungs- und unionsrechtswidrig.

Es ist daher mit Blick auf die Effektivität des Rechtsschutzes dringend notwendig, § 12a Abs 1 AsylG zu novellieren. Die Frage danach, wie eine verfassungs- und unionsrechtskonforme Regelung im Detail aussehen könnte, würde in allen Einzelheiten den Rahmen dieses Beitrags übersteigen, jedoch möchte ich abschließend kurz eine Möglichkeit andeuten. Die naheliegendste Option besteht darin, Folgeanträge nach zurückweisenden Entscheidungen gem § 4a oder 5 leg cit in das System des § 12a Abs 2 leg cit zu inkorporieren. Wie bereits in der Einleitung erwähnt, besteht der relevante Unterschied zu § 12a Abs 1 leg cit darin, dass faktischer Abschiebeschutz bis zur behördlichen Aufhebung besteht, woran die bereits erläuterte Überprüfung durch das BVwG<sup>84</sup> anknüpft.

Hiermit käme es im Bereich des effektiven Rechtsschutzes zu Verbesserungen. ZB wäre auch in genannten Fällen eine behördliche Entscheidung über die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes notwendig. Das Verwaltungsverfahren wäre damit so ausgestaltet, dass eine gerichtliche Überprüfung der Zulässigkeit der Aufenthaltsbeendigung, in Hinblick auf die geänderte Sachlage bzw die vertretbare Verletzungsbehauptung, vor deren Umsetzung mittels Abschiebung ermöglicht würde.

Ob die angesprochene Regelung des § 12a Abs 2 AsylG jedoch in all ihren Einzelheiten selbst verfassungs- und unionsrechtskonform ist,<sup>85</sup> bedürfte einer genaueren Betrachtung und wäre damit ein spannendes Thema für eine weitergehende Auseinandersetzung mit der Materie des effektiven Rechtsschutzes bei Folgeanträgen.

Jakob Fux, BA ist ehrenamtlicher Rechtsberater und -vertreter beim Verein Deserteurs- und Flüchtlingsberatung und studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien; jakob.fux@gmx.at

---

<sup>84</sup> Gem § 22 BFA-VG.

<sup>85</sup> Der VfGH bestätigte bereits einmal die damalige Fassung des § 12a Abs 2 AsylG als verfassungskonform; VfGH 9.10.2010, U1046/10. Bei einer ersten Betrachtung scheint jedoch ua die offene Frage zu existieren, ob der in § 22 Abs 2 BFA-VG geregelte „Durchsetzungsaufschub“ eine hinreichende Umsetzung der bereits erwähnten Vorgaben hinsichtlich (automatischer) aufschiebender Wirkung von Rechtsbehelfen darstellt; siehe ua EGMR 26.4.2007, 25389/05, *Gebremedhin/Frankreich* Rz 66.

# „Bitte seien Sie achtsam (...)“

(Un-)Sicherheitsproduktionen in der aktuellen Kampagne der *Wiener Linien*

Emilia Jawad / Josefa Maria Stiegler

---

## 1. Einleitung

Seit Ende August 2017 rüsten die *Wiener Linien* im Zuge der Hausordnungskampagne mit eigens geschulten Sicherheitsmitarbeiter\_innen auf. Diese sollen dafür Sorge tragen, dass das Areal der *Wiener Linien* weiterhin einer der „sichersten Orte der Stadt“<sup>1</sup> bleibt, so das Anliegen der Stadträtin Ulli Sima. Ins Auge stechen dabei nicht nur die Plakate der neuen Kampagne, welche Mitarbeiter\_innen der *Wiener Linien* sowie eine Öffi-Nutzerin zeigen, die für die Einhaltung des Sicherheitsversprechens stehen.<sup>2</sup> Für Diskussionen hat zudem eine neue Lautsprecherdurchsage zum Thema Betteln gesorgt, die an die Achtsamkeit der Fahrgäste appelliert und diese im Hinblick auf die Einhaltung der im Bereich der *Wiener Linien* geltenden (Verhaltens-)Regeln in die Verantwortung nimmt.<sup>3</sup>

Zentrale Aufgaben der Sicherheitsmitarbeiter\_innen sind die Überwachung der Einhaltung der Hausordnung und die Stärkung des subjektiven Sicherheitsempfindens der Fahrgäste. Dies soll darüber hinaus durch Maßnahmen wie die Installation von Überwachungskameras oder die Ausleuchtung finsterner Ecken erreicht werden.

Die Kampagne und die begleitenden Maßnahmen zentrieren sich auffällig stark um das Thema Sicherheit. Bemerkenswert ist dabei, dass Sicherheit in diesem Kontext nicht etwa die Sicherheit der Fahrzeuge betrifft, sondern auf die Atmosphäre abzielt, auf das subjektive Sicherheitsempfinden der Fahrgäste und auf das Erscheinungsbild der Stationen. Im folgenden Beitrag<sup>4</sup> untersuchen wir, welches Sicherheitsverständnis in der aktuellen Kampagne der *Wiener Linien* konstruiert wird. Mithilfe von Ansätzen aus der Stadtforschung sowie kritisch-feministischer und materialistischer Perspektiven wird aufgezeigt, wie im Auftreten der *Wiener Linien* Sauberkeit und Ordnung als sicherheitsrelevante Themen verhandelt werden und damit die Sicherheitsagenda des Unternehmens in einen

---

1 *Wiener Linien*, Sima: Positive Zwischenbilanz zum Sicherheitsteam, oJ, [www.wienerlinien.at/eportal3/ep/contentView.do?pageTypeId/66526/programId/74577/contentTypeId/1001/channelId/-47186/contentId/4200528](http://www.wienerlinien.at/eportal3/ep/contentView.do?pageTypeId/66526/programId/74577/contentTypeId/1001/channelId/-47186/contentId/4200528) (17.03.2018).

2 *Wiener Linien*, Sicherheit in den Öffis, oJ, [www.wienerlinien.at/eportal3/ep/channelView.do/channelId/-54743](http://www.wienerlinien.at/eportal3/ep/channelView.do/channelId/-54743) (17.03.2018).

3 Vgl NN, Kritik an U-Bahn-Durchsagen zu Bettelverbot, 08.01.2018, [wien.orf.at/news/stories/2887814/](http://wien.orf.at/news/stories/2887814/) (17.03.2018).

4 Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Seminararbeit, die wir im Rahmen eines Seminars am Institut für Politikwissenschaft zum Thema neue Perspektiven auf globale Sicherheitspolitik (WS 2017/18, LV-Nr 210136, LV-Leitung *Stachowitzsch*) verfasst haben.

größeren gesamtgesellschaftlichen Zusammenhang eingeordnet werden kann. Dabei ist zu beachten, dass die *Wiener Linien* keine eigenständige Akteurin auf dem urbanen Sicherheitsparkett, sondern eng mit der Sicherheitspolitik der Stadt Wien verwoben sind. Im Mittelpunkt des Beitrags steht die Frage, wie Sicherheitswahrnehmung und -produktion einander wechselseitig bedingen und welche Konsequenzen die beteiligten Akteur\_innen daraus für das Ergreifen sicherheitspolitischer Maßnahmen ziehen. Genauer gesagt fragen wir nach der Reproduktion eines bestimmten Sicherheitsverständnisses, dem Zusammenhang von Sicherheit und Sauberkeit, der Rolle von Geschlecht sowie den sich in dieser Sicherheitskonstruktion manifestierenden Ausgrenzungen. Diese Aspekte diskutieren wir anhand der Ergebnisse aus Interviews (IV), die wir mit drei Mitarbeiter\_innen der *Wiener Linien* aus den Bereichen Kommunikation und Sicherheit durchgeführt haben.<sup>5</sup> Rechtliche Fragen ergeben sich im Hinblick auf private Sicherheitsakteur\_innen und deren Befugnisse sowie die Bedeutung der Hausordnung für die Regulierung des öffentlichen Raums.

### 1.1. Sicherheit kontextualisieren

Sicherheitspolitik wird traditionell als zentrales Moment nationalstaatlicher Herrschaftsausübung und -sicherung verstanden.<sup>6</sup> Zudem ist sie ein wichtiges Mittel, um politisches Handeln zu rechtfertigen und befindet sich damit im Balanceakt zwischen Sicherheitsversprechen und individueller Freiheit. Traditionelle Zugänge aus der Sicherheitsforschung sind meist staatszentriert und rücken militärische Leistungsfähigkeit, die Funktionstüchtigkeit des jeweiligen Staates sowie den Schutz der körperlichen Integrität in den Vordergrund.<sup>7</sup> Die kritische Sicherheitsforschung grenzt sich von dieser als unzureichend beurteilten Perspektive ab, indem sie neue Akteur\_innen – nicht nur Staaten – mit einbezieht. So finden andere Themen (zB Klimasicherheit) Eingang in die Analyse und der Sicherheitsbegriff selbst wird neu verhandelt.<sup>8</sup> Gemein ist den Zugängen der kritischen Sicherheitsforschung, dass sie Sicherheit als gesellschaftlichen, historisch-spezifischen Prozess und nicht als universales, natürliches Bedürfnis verstehen.<sup>9</sup>

Vor dem Hintergrund einer Ausweitung des Sicherheitsbegriffes<sup>10</sup> wird Sicherheit nicht mehr unbedingt mit der Abwesenheit von Bedrohungen gleichgesetzt, sondern gerade im urbanen öffentlichen Raum mit Ordnung und Sauberkeit assoziiert, wobei va das subjektive (Un-)Sicherheitsgefühl im Vordergrund steht.<sup>11</sup>

5 Die Interviewpartner\_innen werden im Folgenden als IP1, IP2 und IP3 bezeichnet.

6 Vgl Kern, Ein Frankfurter Sicherheitsregime. Neoliberale Sicherheitsproduktion in der ‚Hauptstadt des Verbrechens‘, sub/urban. zeitschrift für kritische stadtforschung (2014) 2(2), 17 (18).

7 Vgl Stachowitsch/Binder, Kritische Sicherheitsforschung. Ein Überblick, oiiip Arbeitspapier 96 Sept/2017, 7.

8 Vgl Kern, Produktion von (Un-)Sicherheit – Urbane Sicherheitsregime im Neoliberalismus (2016) 18-61..

9 Vgl Stachowitsch/Binder, oiiip 2017, 6.

10 Eine solche Erweiterung wurde unter anderem von Seiten der *Critical Security Studies* (CSS) vorgenommen.

11 Vgl Wehrheim, Die überwachte Stadt. Sicherheit, Segregation und Ausgrenzung (2006), 21.

## 1.2. Urbane (Un-)Sicherheiten

In Abkehr von traditionellen Zugängen der Sicherheitsforschung und mit dem Blick auf die lokale Ebene, stellt sich die Frage, welche spezifischen Entwicklungen es im städtischen und öffentlichen Raum gibt. Zunächst kann festgehalten werden, dass der urbane Raum mit dem Aufstieg des Neoliberalismus gravierende Transformationen erfahren hat. Zunehmende Privatisierung, Funktionalisierung und Kommerzialisierung urbaner Flächen und die Herausbildung semi-öffentlicher Räume bedeuten nicht nur den Rückgang öffentlich zugänglicher Orte, sondern eröffnen neue Möglichkeiten für das Durchsetzen bestimmter Vorstellungen über deren Nutzung.<sup>12</sup> Die Garantie des freien Markts wurde so zunehmend zur obersten Prämisse neoliberaler Städtepolitik.<sup>13</sup> Da Urbanisierungsprozesse eng mit der globalen Ausbreitung des Kapitalismus verknüpft sind, ist die Analyse städtischer Entwicklungen und die Problematisierung urbaner (Un-)Sicherheiten wesentlicher Bestandteil eines kritisch-materialistischen Zugangs.<sup>14</sup>

Wie wir mit unserem Fallbsp zeigen, stellen Hausordnungen für die Herausbildung semi-öffentlicher Räume ein wichtiges Instrument dar. Sie sind Bestandteil verschiedener öffentlicher und privater Kontrollstrategien, die von unterschiedlichen Personengruppen mit jeweils anderen Befugnissen ausgeübt werden. Neben der Bekämpfung von Kriminalität zielen diese Praxen auf die Herstellung von Ordnung und Sauberkeit ab und verfolgen darüber hinaus auch einen erzieherischen Auftrag. Dabei bildet sich „ein unterstrafrechtliches Partikularrecht heraus, das, profitgebunden im Gewande des Hausrechts, ein neues Privatstrafrecht zu etablieren sucht“.<sup>15</sup> Indem Ordnung und Sauberkeit unter dem Deckmantel der Sicherheit verhandelt werden, wird ihre Ausgestaltung einer grds gesellschaftlichen Diskussion entzogen. Gerade im urbanen Raum (Bsp Hausordnung) wird deutlich, dass der Begriff Sicherheit in der alltäglichen Praxis mit unterschiedlichen, flexiblen Bedeutungen versehen werden kann.

## 2. Theoretische Verortung

Theoretisch verorten wir uns erstens im Bereich der *Feminist Security Studies* (FSS), die aufzeigen, inwiefern Geschlechterkonstruktionen und -hierarchien in Sicherheit eingeschrieben sind. Die FSS argumentieren, dass durch die Art und Weise des Sprechens über Sicherheit und Bedrohung, also durch den Nexus Macht-Wissen, bestimmt wird, welche Sicherheitsnarrative als legitim erachtet werden, was überhaupt als Sicherheitsangele-

12 Vgl *Termeer*, Die Entgrenzung des Prinzips Hausordnung in der neoliberalen Stadt in *Groenemeyer* (Hrsg), Wege der Sicherheitsgesellschaft. Gesellschaftliche Transformationen der Konstruktion und Regulierung innerer Unsicherheiten (2010) 296 (298).

13 Vgl *Becker/Müller*, The Securitization of Urban Space and the „Rescue“ of Downtown Mexico City. Vision and Practices, *Latin American Perspectives* (2013) 40, 77 (78).

14 S zB *Harvey*, *Social Justice and the City* (2009).

15 *Beste*, Zum Verhältnis von Polizei und profitorientierten Sicherheitsproduzenten, in *Lange* (Hrsg), Die Polizei der Gesellschaft. Zur Soziologie der Inneren Sicherheit (2003) 285 (289).

genheit gilt und was nicht.<sup>16</sup> Diese Narrative bestimmen, wessen Sicherheit eine Rolle spielt und wer oder was als Bedrohung angesehen wird. Entsprechend ist die Konstruktion von Sicherheit nicht geschlechtsneutral, sondern fußt auf unsichtbar gemachten Geschlechterhierarchien. Das Bild der schutzbedürftigen Frau ist für diese Auseinandersetzungen wesentlich. Mit einer feministischen Perspektive kann schließlich gezeigt werden, welche Narrative ausgeblendet werden, da va auf lebensweltliche Erfahrungen mit Sicherheit fokussiert wird. Unterschiedliche, teils widersprüchliche Erzählungen und Interessen in Bezug auf Sicherheit werden dabei explizit anerkannt, anstelle des Versuchs sie aneinander anzugleichen.<sup>17</sup>

Zweitens wollen wir Beiträge aus der *Stadtforschung*, insb zur Verknüpfung Sicherheit-Sauberkeit, fruchtbar machen, um Sicherheit nicht nur auf Ebene der internationalen Politik, sondern auch im Wechselspiel mit dem Lokalen und va mit dem städtischen Bereich greifbar zu machen. Themen sind hier ua die Übertragung hoheitlicher Aufgaben an Private und die damit verbundene Entpolitisierung von Sicherheit, der Ausbau von Maßnahmen zur Überwachung und Kontrolle, die Verräumlichung von Gefahren und Unsicherheit oder die städtische Standortkonkurrenz. Nicht zuletzt und für unsere Belange spannend, werden dabei auch diskursive Verschiebungen um den Sicherheitsbegriff beleuchtet.

Anleitend ist drittens die von der Politikwissenschaftlerin *Anna Kern* entwickelte *materialistische Analyseperspektive*, mit der sie Sicherheitspolitiken in die Entwicklung der kapitalistischen Produktionsweise einordnet. Die Stärke dieses Zugangs ist, dass er zeigen kann, wie gesellschaftliche Machtverhältnisse die strategische Orientierung der Sicherheitsproduktion bedingen.<sup>18</sup> Die umfassende Wirkung von Sicherheitspraxen wird durch die Untersuchung von normativen und gesetzlichen Strukturen, den unterschiedlichen Sicherheitsakteur\_innen sowie neuer Formen räumlicher Gestaltung und Kontrolltechniken sichtbar. Mit dieser Analyse können wir die Sicherheitskonstruktionen der *Wiener Linien* vor dem Hintergrund politökonomischer Rahmenbedingungen betrachten. Dadurch wird sichtbar, wie unter der „Chiffre“<sup>19</sup> der Sicherheit soziale Konflikte als ‚Sicherheitsrisiken‘ verhandelt werden.<sup>20</sup>

Einen zentralen Platz in *Kerns* Sicherheitsanalyse nimmt der Begriff des Sicherheitsfetisches – als Weiterentwicklung des *Marx*’schen Warenfetischismus – ein: „[E]rst die Perspektive auf Sicherheit als Ware erlaubt, grundlegende Fragen [...] der Konstitution der marktformig organisierten Sicherheitsbedürfnisse als Konsequenz der sozialen Vereinzelung in der kapitalistischen Produktionsweise zu erklären“<sup>21</sup>. Sicherheitsbedürfnisse sind insofern nicht als etwas natürlich Gegebenes anzusehen. Eigenschaften, die mit dem

16 Vgl *Shepherd*, *Critical Approaches to Security. An Introduction to Theories and Methods* (2013) 2.

17 Vgl *Wibben*, *Feminist Security Studies: A Narrative Approach* (2011) 65-75.

18 Vgl *Kern*, *Sicherheitsregime* 111-115.

19 *Beste* in *Kern*, *Sicherheitsregime* 11.

20 Vgl *Stachowitsch/Waibel*, *Gender und die Privatisierung von Sicherheit. Eine Einführung*, *SIAK* 2/2016, 25 (26ff).

21 *Kern*, *Sicherheitsregime* 105f.

Begriff (Un-)Sicherheit verknüpft werden und als dingliche Qualitäten erscheinen, sind in Wirklichkeit bestimmte gesellschaftliche Zuschreibungen. Als solche sind sie in gesellschaftliche Machtverhältnisse und Interessenskonflikte eingelassen. Um den „hohen legitimatorischen Wert“<sup>22</sup> von Sicherheit zu erfassen, müssen die Prozesse, die hinter der gesellschaftlichen Herstellung der Sicherheitsbedürfnisse stehen, sichtbar gemacht werden. Erst dann können sie als (scheinbar) objektive Denkformen, die im Kontext der bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaft entstehen, entmystifiziert werden. Es sind die, für die kapitalistische Produktionsweise konstitutiven, unsicheren, sozialen Verhältnisse, welche die historisch-spezifische Ursache des omnipräsenten Sicherheitsbedürfnisses bilden.<sup>23</sup>

### 3. Von der Theorie zur Empirie: Das Sicherheitsregime der *Wiener Linien*

Für die empirische Analyse urbaner Sicherheitsproduktion bewegt sich der Begriff des Sicherheitsfetischs auf einem zu hohen Abstraktionsniveau, daher führt Kern das Konzept des „Sicherheitsregimes“<sup>24</sup> ein. Mit dessen Hilfe werden vor dem Hintergrund der jeweiligen kapitalistischen Produktion von Sicherheit konkrete Sicherheitsphänomene empirisch greifbar.<sup>25</sup> Das heißt, es wird „weniger auf die allgemeinen strukturellen Bedingungen der kapitalistischen Vergesellschaftung“ fokussiert, als darauf, was von den Akteur\_innen „als unsicher ‚gelabelt‘ wird“<sup>26</sup>. Die Analyse des Sicherheitsregimes umfasst die Untersuchung der politökonomischen Rahmenbedingungen (Kontextanalyse), sowie der relevanten Institutionen und Akteur\_innen (Sicherheitsarchitektur). Darüber hinaus werden die dazugehörigen räumlichen Kontrollstrategien und schließlich der (mediale) Sicherheitsdiskurs<sup>27</sup> beleuchtet.

Unsere, an Kerns Konzeptualisierung angelehnte Analyse der Sicherheitsproduktion bei den *Wiener Linien* diskutieren wir nun anhand einiger Bsp aus den Interviews (IV).

#### 3.1. Kontextanalyse

Den räumlich-zeitlichen Kontext bilden die *Wiener Linien* als semi-öffentlicher Raum innerhalb Wiens, den wir als eingebettet in die vorherrschende neoliberale Produktionsweise betrachten.<sup>28</sup> Das daraus hervorgehende Sicherheitsregime zeichnet sich durch fol-

---

22 Ebd 112.

23 Die Grundannahme ist, dass Subjekte in der bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaft als vereinzelte und konkurrierende, warenproduzierende Individuen aufeinander treffen. Als Produzierende und doppelt freie Lohnarbeiter\_innen haben sie keine Kontrolle über die eigenen Produkte ihrer Arbeit. In einer solchen Situation entstehen beständige Unsicherheitsquellen (zB Angst um Arbeitsplatzverlust, Angst um Eigentum).

24 Kern, Sicherheitsregime 116.

25 Vgl ebd 116.

26 Ebd 132.

27 Vgl ebd 139ff.

28 Vgl Kern, Sicherheitsregime 143.

gende Entwicklungen aus: Die Ausweitung der präventiven sozialen Kontrolle durch die Regulierung des öffentlichen Raumes durch Überwachung und Disziplinierung, die Individualisierung der Sicherheitsverantwortung durch den Appell an das sicherheitsbewusste Verhalten der Fahrgäste sowie die Professionalisierung der Akteur\_innen in Form von eigens geschultem Sicherheitspersonal.<sup>29</sup>

### 3.2. Sicherheitsarchitektur

Als zentrale Akteur\_in der Sicherheitsproduktion tritt neben den *Wiener Linien* als Unternehmen der Stadt Wien und den dazu gehörigen Sicherheitsmitarbeiter\_innen auch die Stadtpolitik in Gestalt der zuständigen Stadträtin *Ulli Sima* auf.<sup>30</sup> Kampagnen und begleitende Maßnahmen werden in Abstimmung mit *Sima* durchgeführt. Darüber hinaus nehmen auch die Stadtpolizeikommanden mit den Sicherheitskoordinator\_innen eine wichtige Rolle ein, da die Befugnisse der Sicherheitsmitarbeiter\_innen auf die Ausübung des Hausrechts beschränkt sind. Aus rechtlicher Sicht kommen privaten Sicherheitsdiensten keine besonderen Rechte oder Pflichten zu, sie dürfen das, was jede andere Privatperson auch darf. Ihre Handlungsmöglichkeiten umfassen daher nur das „private Anhalterrecht (§ 80 StPO), die zivilrechtliche Selbsthilfe (§§ 19, 344 ABGB), der gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte rechtfertigende Notstand sowie die Notwehr bzw Nothilfe (§ 3 StGB)“<sup>31</sup>. Zugleich unterliegen sie aber auch nicht „den für staatliche Organe geltenden öffentlich-rechtlichen Schranken“<sup>32</sup>. Wenngleich die Sicherheitsmitarbeiter\_innen, wie von einem IP erklärt, in erster Linie deeskalierend vorgehen, so vermitteln sie durch ihr Auftreten (zB das Tragen von Sicherheitswesten) den Eindruck, für die Einhaltung von Ordnung und Sicherheit jedenfalls gut gerüstet zu sein.

Grundlage für das Tätigwerden der Mitarbeiter\_innen bildet die Hausordnung. Es handelt sich dabei um eine „einseitige Regelung von Verhaltensweisen in privaten oder funktionalen Räumen, der sich die Nutzerinnen und Nutzer zu unterwerfen haben“<sup>33</sup>. Rechtlich betrachtet ist die Hausordnung der *Wiener Linien* als AGB Bestandteil eines Beförderungsvertrages, den die Nutzer\_innen mit den *Wiener Linien* schließen.<sup>34</sup> Die *Wiener Linien* gehen dabei davon aus, dass Betroffene durch Einsteigen in ein Beförderungsmittel oder Passieren der Entwerter Sperre einen solchen Vertrag mit den *Wiener Linien* abschließen und konkludent der ausgehängten Hausordnung und den Beförderungsbedingungen zustimmen. Gleichzeitig willigen sie damit auch in die Vertragsbestimmungen

29 Vgl ebd 266.

30 Vgl *Wiener Linien*, Unternehmensprofil, oJ, [www.wienerlinien.at/eportal3/ep/channelView.do/pageTypeId/66528/channelId/-47395](http://www.wienerlinien.at/eportal3/ep/channelView.do/pageTypeId/66528/channelId/-47395) (17.03.2018).

31 Vgl *Fuchs*, Sicherheit als „faszinierendes Geschäftsvehikel“? Zu Effektivität kommerzieller und staatlicher Sicherheitsarbeit, *SIAK* 2012, 62 (68).

32 *Fuchs*, *SIAK* 2012, 68.

33 Vgl *Termeer* in *Groenemeyer* 298.

34 Vgl *Wiener Linien*, Beförderungsbedingungen der Wiener Linien GmbH und Co KG, 01/2018, 3.

– also die Einhaltung der Verhaltensregeln – ein. Dies umfasst ebenso die Bestimmung, dass andernfalls eine Strafe droht – was juristisch nicht unumstritten ist.<sup>35</sup> Diese in der Hausordnung enthaltenen „substrafrechtlichen Partikularnormen“<sup>36</sup> zielen auf die Disziplinierung und Homogenisierung von Verhalten bei gleichzeitigem Ausschluss jener, die als nicht normenkonform definiert werden. Insofern werden Personen durch die hausrechtliche Praxis in erwünschte und unerwünschte Kund\_innen eingeteilt.<sup>37</sup>

Als Ansprechpartnerin für alle Nutzer\_innen fungiert neben den Mitarbeiter\_innen der *Wiener Linien* die mobile Soziale Arbeit, die zur Erhöhung des subjektiven Sicherheitsgefühls beitragen soll.<sup>38</sup> Nicht zu vergessen sind die Fahrgäste, deren Rückmeldungen in Fahrgastbefragungen und Beschwerden (bspw über die Mitnahme von Fahrrädern oder über das Betteln) in den IV als eine der Grundlagen für bestimmte Maßnahmen angeführt werden. Auf der Website der *Wiener Linien* werden auch die Kund\_innen dazu aufgerufen, Belästigungen zu melden und Mitarbeiter\_innen dabei zu unterstützen, „Menschen, welche die Ordnung stören [...] zu verweisen“<sup>39</sup>. Somit sind auch sie Teil des Ausverhandelns von Sicherheit bei den *Wiener Linien*.

### 3.3. Räumliche Kontrollstrategien

Die Leistungen der *Wiener Linien* stehen nach den Beförderungbedingungen jeder Person offen, die eine Fahrkarte kauft,<sup>40</sup> diese Zugangsbeschränkung macht die *Wiener Linien* zu einem halb-öffentlichen Raum. Zusätzlich sind in der Hausordnung Verhaltensregeln festgelegt, die tw darüber definiert werden, ob sich andere Fahrgäste belästigt fühlen oder darüber, ob bestimmtes Verhalten in dieser Logik Sicherheit und Ordnung gefährdet. Auch aus den IV wird deutlich, dass die postulierte Offenheit der *Wiener Linien* eine begrenzte ist: „Dh wenn jetzt jemand einen Fahrschein hat [...], aber die Person gehört vielleicht einer Randgruppe an, hat sich schon längere Zeit nicht geduscht, also das sind dann quasi schon die Abgründe der Stadt Wien [...]. Und wenn sich Fahrgäste an uns wenden [...] sich beschweren über die Geruchsbelästigung oder über die Verschmutzung, dann greifen wir natürlich auch ein“<sup>41</sup>.

Als weiteres Bsp ist das Betteln zu nennen: „Für uns ist es teilweise ein Sicherheitsproblem. Wenn die Leute vor der Stiege knien und die Leute kommen da runter, dann schaut

---

35 Vgl *Stefula*, Zivilrechtliche Fragen des Schwarzfahrens, ÖJZ 2002/14, 826. Zur Frage, wie Verstöße gegen das Bettelverbot im U-Bahnbereich von Verwaltungsstraßenbehörden auf Grundlage des Eisenbahngesetzes geahndet werden siehe *Frühwirth*, Das Eisenbahngesetz und die Bettlerin, juridikum 2013, 265.

36 Vgl *Wehrheim*, Überwachte Stadt 142.

37 Vgl ebd.

38 Vgl *Suchthilfe Wien*, Bereich Mobile Soziale Arbeit, oJ, [www.suchthilfe.wien/mobile-soziale-arbeit/](http://www.suchthilfe.wien/mobile-soziale-arbeit/) (11.04.2018).

39 *Wiener Linien*, Hausordnung, [www.wienerlinien.at/eportal3/ep/channelView.do?pageTypeId/66528/channelId/2000163](http://www.wienerlinien.at/eportal3/ep/channelView.do?pageTypeId/66528/channelId/2000163) (17.03.2018).

40 Vgl *Wiener Linien*, Beförderungsbedingungen 2.

41 IP3.

vielleicht nicht und fliegst drüber und es ist halt auch ein Sicherheitsthema“<sup>42</sup>. Indem Bettelerei als Sicherheitsproblem dargestellt wird, werden bestimmte „Erscheinungsformen des Zusammenlebens“<sup>43</sup> kriminalisiert und die eigentlichen sozialen Problemstellungen unsichtbar gemacht.

In der Stadt Wien wurde ein Verbot gewerbsmäßigen Bettelns mit der Novelle des Wiener Landes-Sicherheitsgesetzes (WLSG)<sup>44</sup> 2010 gesetzlich verankert. Bereits zuvor verboten waren aufdringliches und „organisiertes“ Betteln sowie das Betteln mit Kindern.<sup>45</sup> 2012 wurde ein sektorales Bettelverbot in der Stadt Salzburg durch den VwGH aufgehoben, dieser hielt fest, „dass es jeder Person erlaubt sein muss, in einer Notlage andere um Unterstützung zu bitten und auf seine oder ihre Notlage hinzuweisen“<sup>46</sup>. Auch in Wien muss es seit dieser Entscheidung eine erlaubte Form des Bettelns (sog stilles Betteln) geben.

Demgegenüber wird bei den *Wiener Linien* nicht zwischen unterschiedlichen Formen des Bettelns unterschieden, Betteln ist an sich verboten.<sup>47</sup> Zum einen, so geht aus den IV hervor, sei Betteln ein Sicherheitsproblem, zum anderen wird es als „aggressives Betteln“ als „extrem bedrohlich empfunden“<sup>48</sup>.

Dieser von vielen Fahrgästen scheinbar empfundenen Bedrohung durch bettelnde Menschen steht der Eingriff in die Grundrechte von Bettler\_innen durch das Verbot<sup>49</sup> gegenüber.<sup>50</sup> Ob bettelnde Menschen tatsächlich eine reale Gefahr für Sicherheit und Ordnung für den Betrieb der *Wiener Linien* darstellen, bleibt zu bezweifeln.<sup>51</sup> Jedenfalls aber tragen solche pönalisierenden Maßnahmen zur Herausbildung räumlicher Kontrolle und zur Verdrängung von unerwünschten Personen bei.<sup>52</sup> Diese äußert sich in der Anbringung weiterer Überwachungskameras, im Appell an das Verantwortungsgefühl der Fahrgäste im Zuge der Kampagne, in der Präsenz der Sicherheitsmitarbeiter\_innen in den Stationen oder in der 2016 eingeführten Möglichkeit, Zuwiderhandeln gegen die Hausordnung auch monetär zu bestrafen.

---

42 IP2.

43 Frühwirth, Betteln: Ein Grundrecht als Ärgernis, *juridikum* 2007, 3 (4).

44 Vgl § 2 WLSG LGBl 51/1993, idgF.

45 Rauchberger/Koller, Betteln ist erlaubt! Rechtshilfe für bettelnde Menschen in Wien, *juridikum* 2017, 264.

46 Rauchberger/Koller, *juridikum* 2017, 264 (265).

47 Siehe zu dieser Problemstellung auch Frühwirth, *juridikum* 2013, 265.

48 IP1.

49 Darunter das Recht auf selbstbestimmtes Leben bzw auf freie Gestaltung der Lebensführung, das verfassungsgesetzlich durch Art 8 EMRK gewährleistet ist, das Recht auf Kommunikationsfreiheit (Art 10 EMRK) oder das Recht einer selbst gewählten Erwerbstätigkeit nachzugehen (Art 6 Abs 1 StGG); vgl Frühwirth, *juridikum* 2011, 85.

50 Vgl Frühwirth, *juridikum* 2013, 265; Frühwirth, *juridikum* 2007, 3 (4); Frühwirth, Zur Pönalisierung des Bettelns, *juridikum* 2011, 85.

51 S zB Frühwirth, *juridikum* 2013, 265 (266).

52 Vgl Kern, Sicherheitsregime 185ff.

### 3.4. Wie wird über Sicherheit gesprochen?

#### *Subjektives Sicherheitsempfinden*

Aus den IV geht hervor, dass Sicherheit bei den *Wiener Linien* einen immer größeren Stellenwert einnimmt, was jedoch nicht bedeutet, dass die Bedrohungsszenarien zugezogen hätten. Hier ist nicht etwa Sicherheit vor konkreten Bedrohungen gemeint. Vielmehr geht es um das Wohlbefinden der Fahrgäste und das Gefühl, am Gelände der *Wiener Linien* nicht allein gelassen zu werden.

Alle drei IP weisen darauf hin, dass den Beschwerden der Fahrgäste – und damit ihrem subjektiven Sicherheitsempfinden – eine hohe Bedeutung beigemessen wird. Bemerkenswert an dem hinter der Kampagne stehenden Verständnis von Sicherheit ist, dass zwar einerseits eine Individualisierung stattfindet und von subjektiver (Un-)Sicherheit gesprochen wird, aber trotzdem kaum darüber reflektiert wird, dass sich höchstwahrscheinlich nicht alle Fahrgäste von denselben Maßnahmen angesprochen fühlen. So ist es etwa durchaus vorstellbar, dass nicht jede\_r den beständigen Ausbau von Videoüberwachung oder die permanente Präsenz von Sicherheitspersonal gutheißt. Schließlich unterliegen (Kontroll-)Maßnahmen, die die individuelle „Freiheit um der Sicherheit Willen einschränken“<sup>53</sup> einer höheren Begründungslast und sind im öffentlichen Diskurs umstritten. Problematisch ist zudem, welche Sicherheitsbedürfnisse artikuliert werden können und welche als legitim erachtet werden.

#### *Sicherheit und Sauberkeit*

Der Bedeutungsgehalt von Sicherheit ist flexibel und die Legitimation ordnungspolitischer Maßnahmen macht sich diese Flexibilität zu Nutzen. So geht aus den IV etwa hervor, dass bei den *Wiener Linien* auch Wohlfühlfaktoren unter Sicherheit subsumiert werden. Durch heller und sauber wirkende Stationen und die Entschärfung von „dunklen und schmutzigen Ecken“, soll Sicherheit erzeugt werden, indem diese „Angsträume“ beseitigt werden.<sup>54</sup> Es wird darauf hingewiesen, dass allein die Präsenz von Reinigungspersonal positive Auswirkungen habe: „Das bewirkt sofort etwas. Selbst wenn [...] es vorher auch nicht schmutzig war und es geht trotzdem jemand durch, gibt dir das sofort ein Signal: „Die kümmern sich, die schauen auf mich. [...] Der Tenor der Kampagne ist ‚Wir kümmern uns um dich‘, [...] du brauchst keine Sorge haben, wir wissen in jeder Sekunde, die du bei uns bist, was läuft.“<sup>55</sup> Indem bestimmten Orten Eigenschaften wie Sauberkeit oder Gefährlichkeit zugeschrieben werden, wird Sicherheit verräumlicht und entsprechende Maßnahmen daraus abgeleitet.<sup>56</sup> Problematisch ist dabei, dass unter die Formel „Schmutz und Unordnung“ auch Menschen gefasst werden, die ein ungebetenes Verhalten an den Tag legen. Deutlich wurde dies bspw in einer Offensive gegen Drogen-

---

53 Holzleithner, Freiheit und Sicherheit – Konkurrenz oder Synergie?, ZfMR 2017, 7 (9).

54 IP2, IP3.

55 IP1.

56 Vgl Wehrheim, überwachte Stadt 42.

kriminalität im Jahr 2016. Hier war es Ziel, „eine örtliche ‚Verfestigung‘ der Drogen-szene zu verhindern wie dereinst auf dem Karlsplatz“<sup>57</sup>.

### *Geschlecht*

Die Hausordnungskampagne soll laut den IP nicht in erster Linie Frauen, sondern alle Fahrgäste gleichermaßen ansprechen. Doch der Umstand, dass Geschlecht nicht explizit thematisiert wird, bedeutet nicht, dass Strukturen, Verhältnisse etc geschlechtsneutral sind. Gerade subjektive (Un-)Sicherheit wird oftmals als nach Geschlecht getrennt dargestellt; Geschlecht gilt damit häufig als einziger Indikator für Schutzbedürftigkeit.<sup>58</sup> Obwohl also die Hausordnungskampagne nicht geschlechtsspezifisch aufbereitet ist, findet sich auf der Website der *Wiener Linien* eine eigene Sicherheitsinformation die sich explizit an weibliche Fahrgäste richtet<sup>59</sup> und in einem Interview wird festgestellt, „dass subjektive Sicherheit mit Sicherheit ein Frauenthema [ist]“<sup>60</sup>.

## 4. Diskussion und Fazit

Debatten um Sicherheit sind immer Aushandlungen darüber, wer als schützenswert und wer oder was als Bedrohung gilt. Wie anhand der Analyse der IV gezeigt wird, wird Sicherheit bei den *Wiener Linien* als ein Phänomen dargestellt, über dessen Bedeutung sich alle Beteiligten einig sind: Es wird angenommen, dass es ein natürliches, von allen Fahrgästen geteiltes Sicherheitsbedürfnis gibt. Indem abweichende Interessen (wie bspw die Bedürfnisse bettelnder Personen) nicht verhandelt werden und nicht konformes Verhalten als Sicherheitsproblem dargestellt wird, wird ein dominantes Sicherheitsnarrativ konstruiert.

Für die Ahndung von unerwünschtem Verhalten ist die Hausordnung zentral. Sie ordnet sich somit in eine Reihe von Kontrollmaßnahmen ein, die einerseits die Sauberkeit des Standorts garantieren, andererseits unerwünschtes Verhalten ahnden sollen. Zudem ist deutlich geworden, dass Sicherheit ein historisch-spezifisches Phänomen ist: Sicherheit wird innerhalb des neoliberalen Sicherheitsregimes nicht mehr nur als Abwesenheit von Bedrohung oder iSe sicheren Beförderung verstanden, sondern steht vielmehr für eine bestimmte Ordnungsvorstellung und das Wohlbefinden der Kund\_innen. Die hier angesprochene Erweiterung des Sicherheitsbegriffs äußert sich in der „Moralisierung und Kriminalisierung abweichenden Verhaltens, flankiert von einem Konglomerat aus Normalitäts- und Risikovorstellungen, und einer Auflösung der ‚Grenze zwischen Krimina-

57 NN, Acht Securitys für U-Bahnen, 06.04.2016, wien.orf.at/news/stories/2766935/ (24.04.2018).

58 Vgl *Listerborn*, Feminist Struggle over Urban Safety and the Politics of Space, *European Journal of Women's Studies*, 2016, 251(252).

59 Vgl *Wiener Linien*, Sicherheit für Frauen in den Öffis. Sie können helfen, ohne sich selbst zu gefährden, [www.wienerlinien.at/eportal3/ep/contentView.do/pageTypeId/66526/programId/82050/contentTypeId/1001/channelId/-54743/contentId/80019](http://www.wienerlinien.at/eportal3/ep/contentView.do/pageTypeId/66526/programId/82050/contentTypeId/1001/channelId/-54743/contentId/80019) (14.03.2018).

60 IP1.

lität ... und bisher nicht strafbewehrten Handlungen“<sup>61</sup>. Das bedeutet in weiterer Folge, dass es zu einer Verwässerung und flexiblen bis beliebigen Anwendbarkeit des Begriffes Sicherheit kommt.

Überraschenderweise spielt Geschlecht im vorliegenden Material keine explizite Rolle. Trotzdem lässt sich daraus nicht ableiten, dass die Hausordnungskampagne geschlechtsneutral ist. Geschlecht ist auf vielfältige Art und Weise in den urbanen Sicherheitsdiskurs eingelassen, wie bspw über das Konstrukt der „schutzbedürftigen Frau“.

Wichtig ist, die Agenden und Maßnahmen der *Wiener Linien* nicht als Einzelhandlungen zu begreifen, sondern sie in den gesellschaftlichen Sicherheitsdiskurs und die dazugehörigen Praxen einzuordnen. Für die rechtliche Auseinandersetzung mit der Thematik stellt sich va die Frage, welche Bedeutung Regelwerken wie Hausordnungen bei der Regulierung halb-öffentlicher Räume zukommt und auf welcher Grundlage Verstöße dagegen geahndet werden können. Außerdem ergeben sich auch aus der Übertragung öffentlicher Sicherheitsaufgaben auf private Sicherheitsdienste Problemstellungen, die die Frage nach dem Eingriff in Rechte Einzelner oder nach der (straf-)rechtlichen Verantwortlichkeit der Sicherheitsbediensteten berühren.

Wenn die Ergebnisse abschließend auf die eingangs vorgestellten theoretischen Annahmen rückbezogen werden, lässt sich die Sicherheitsproduktion im Bereich der *Wiener Linien* folgendermaßen einordnen: Die aufgezeigte Bedeutungszunahme des subjektiven Sicherheitsgefühls sowie die „Entgrenzung des Prinzips der Hausordnung“<sup>62</sup> samt seiner Ausdehnung in den öffentlichen Raum können als Ausdruck des Wandels sozialer Kontrolle vor dem Hintergrund der Verfestigung des neoliberalen Sicherheitsregimes verstanden werden.

Josefa Maria Stiegler MSc MA ist Universitätsassistentin (prae doc) im Bereich Kritische Sicherheitsforschung/Internationale Politik am Institut für Politikwissenschaft, Universität Wien; josefa.maria.stiegler@univie.ac.at

Emilia Jawad BA BA arbeitet als Studienassistentin am Institut für Politikwissenschaft, als studentische Mitarbeiterin in der RA-Kanzlei Mag. Clemens Lahner. Sie ist in der NGO Deserteurs- und Flüchtlingsberatung tätig; emilia.jawad@univie.ac.at

---

61 Termeer in Groenemeyer nach Eick et al 303.

62 Termeer in Groenemeyer 300.

# Demonstrant\_innenprozesse in der BRD 1968

## Entscheidungsanalyse und Kritik

Anna Stiegler

---

### 1. Einleitung<sup>1</sup>

„Eines der vorzüglichsten und ursprünglichsten Mittel zur Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes und zur Einwirkung auf das Handeln der öffentlichen Gewalt ist [...] zweifellos die Veranstaltung einer öffentlichen Demonstration“.<sup>2</sup> Diesem Postulat schienen die Gerichte der Bundesrepublik Deutschland 1968 zumindest misstrauisch gegenüberzustehen. Anhand einer Auswahl von Urteilen und Beschlüssen verschiedener deutscher Gerichte betreffend Proteste aus dem Jahr 1968 werde ich im Folgenden zeigen, dass die hierzu ergangene Jud keinesfalls einheitlich war. Es werden Problematiken und Kritikpunkte herausgearbeitet, die dazu dienen sollen, Lehren für die Gegenwart zu ziehen.

### 2. Die Studierendenbewegung in der BRD

#### 2.1. Überblick

Ihren Anfang fand die Studierendenbewegung der BRD in den frühen 1960er Jahren in der Bildung der *Außerparlamentarischen Opposition* (APO), womit zahlreiche außerparlamentarische Teilbewegungen und Kampagnen bezeichnet wurden. Die Teilnahme des *Sozialistischen Studentenbunds* (SDS) war handlungsbestimmend und auch namensgebend für die Studierendenbewegung. Im Bundestag waren zum damaligen Zeitpunkt nur drei Parteien (Union, SPD, FDP) vertreten, und mit Blick auf die 5 %-Hürde sowie finanzielle Hindernisse sahen die Aktivist\_innen keine Möglichkeit, sich in einer (inner)parlamentarischen Opposition zu engagieren. Ziel der APO war auch die Politisierung der Gesellschaft, das selbstständige Engagement, und daraus ergebend, die Demokratisierung der Entscheidungsfindung.<sup>3</sup>

---

1 Dieser Beitrag ist eine Kurzfassung der Diplomseminararbeit „Die Demonstrant\_innenprozesse in der BRD 1968“, die im Rahmen des Seminars „Fiat iustitia – Rechtshistorische bedeutsame Prozesse vom Mittelalter bis in die jüngste Vergangenheit II“ entstand.

2 Ott, Das Recht auf freie Demonstration (Kritische Abhandlungen zur Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik) (1967) 28.

3 Vgl Dostal, 1968 – Demonstranten vor Gericht. Ein Beitrag zur Justizgeschichte der Bundesrepublik (2006) 58ff; Otto, Vom Ostermarsch zur APO. Geschichte der außerparlamentarischen Opposition in der Bundesrepublik 1960–1970 (1977) 24ff.

Die Aktivist\_innen waren großteils junge und aus der Mittelschicht stammende Intellektuelle. Auch wenn die Bewegung im Vergleich zur restlichen Gesellschaft egalitärer war, wurden die gesellschaftlichen Regeln des Patriarchats zunächst nicht hinterfragt. Die feministische Kritik richtete sich va gegen die mangelnde Thematisierung der Ausbeutung in der Reproduktionsarbeit und der Tatsache, dass Herrschaftsstrukturen auch private Beziehungen beeinflussten. Dass sich Frauen ihrer Unterdrückung bewusst wurden, verunsicherte Männer, da sie nun nicht mehr nur Kritik ausübten, sondern selbst damit konfrontiert waren.

Aufbauend auf Aktionen gegen Atomwaffen entstand 1960 die *Ostermarsch-Bewegung*, später *Kampagne für Abrüstung*, in deren Rahmen jährlich in verschiedenen Städten Demonstrationen mit bis zu 150.000 Teilnehmer\_innen stattfanden.<sup>4</sup> Ebenfalls zu Beginn der 1960er kam es zu einer Kampagne gegen die geplanten Notstandsgesetze, die das Grundgesetz<sup>5</sup> (GG) abändern sollten. Gegner\_innen dieser Gesetzesänderung befürchteten die Beschränkung der parlamentarischen Demokratie und der Grundrechte. Der Höhepunkt des Protestes war der Sternmarsch auf Bonn am 11. Mai 1968, mit mind 70.000 Demonstrant\_innen. Die Notstandsgesetze wurden dennoch Ende Mai 1968 mit großer Mehrheit im Bundestag beschlossen.<sup>6</sup>

Eine Besonderheit der Studierendenbewegung war die *Anti-Springer-Kampagne*. Ihre Kritik richtete sich im Allgemeinen gegen die private Presse und deren Abhängigkeit von Inseraten aus der Privatwirtschaft. Im Besonderen kritisierte sie aber die monopolartige Stellung des *Springer-Verlages*, dessen Anteil an der Gesamtauflage der Tageszeitungen in Deutschland Mitte der 1960er Jahre immerhin 37 %, in Westberlin sogar 67 % betrug, sowie die manipulative Berichterstattung. Den Auftakt der Kampagne bildeten die Ereignisse vom 2. Juni 1967 in Berlin, als die Polizei gewaltsam gegen Demonstrationen anlässlich des Staatsbesuchs des iranischen Schahs und seiner Ehefrau vorging und *Benno Ohnesorg* vom Zivilbeamten *Karl-Heinz Kurras* aus geringer Distanz erschossen wurde. Die Berichterstattung der *Springer-Presse* diskreditierte zum einen die Demonstrant\_innen, zum anderen war sie irreführend bzw schlicht falsch.<sup>7</sup>

Die *Anti-Springer-Kampagne* setzte als Mittel dabei ua auf Demonstrationen und das (versuchte) Verhindern der Auslieferung der Zeitungen durch passiven Widerstand. Als am Gründonnerstag 1968 *Rudi Dutschke* vom Neonazi *Josef Bachmann* angeschossen wurde, sahen viele Aktivist\_innen die Schuld beim *Springer-Konzern*, der *Dutschke* insb in der *Bild-Zeitung* als eine Art Staatsfeind inszeniert hatte. Das gesamte Osterwochenende kam es zu Demonstrationen und Blockadeversuchen, auf welche sich auch einige der in der Folge besprochenen Prozesse beziehen.<sup>8</sup>

---

4 Otto (1977) 51ff.

5 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949, BGBl III 100-1.

6 Vgl Richter, Die Außerparlamentarische Opposition in der Bundesrepublik Deutschland 1966 bis 1968, in: *Gilcher-Holtey* (Hrsg), 1968. Vom Ereignis zum Gegenstand der Geisteswissenschaft (Sonderheft 17) (1998) 35 (39ff).

7 Jung, Der Kampf gegen das Presse-Imperium. Die Anti-Springer-Kampagne der 68er-Bewegung (2016) 37ff.

8 Ebd 148ff.

Nach dem Scheitern der Kampagne gegen die Notstandsgesetze konnten die Konflikte innerhalb der APO nicht beigelegt werden, was schließlich zu ihrem Zerfall führte. Der SDS, wichtigste Kernorganisation innerhalb der APO und Vorreiter bei vielen Kampagnen, löste sich schließlich 1970 auf.

## 2.2. Protestform

Inspiziert durch andere Studierendenbewegungen bedienten sich auch die Demonstrant\_innen in der BRD neuer Protestformen, die sich va das Konzept des gewaltlosen Widerstands aneigneten. Direkte Aktionen, wie *sit-ins*, *teach-ins* oder *happenings*, sollten unmittelbaren Einfluss auf die Öffentlichkeit nehmen. Der Habitus der Bewegung wurde von der Inszenierung der Demonstrierenden geprägt.<sup>9</sup> Durch subversive Aktionen wurde versucht, die Banalität des Alltags zu stören und Autoritäten bloßzustellen. Ein anschauliches Bsp ist die Aktion der Gruppe *Viva-Maria*, bei der die Mitglieder getarnt als Weihnachtseinkäufer\_innen am Kurfürstendamm Flyer verteilten und Passant\_innen nach ihrer Meinung zu zB kostenlosen Kondomen für Polizisten befragten. Da die Polizei die Demonstrant\_innen optisch nicht von anderen Personen unterscheiden konnte, wurden in der Folge auch Unbeteiligte festgenommen.<sup>10</sup>

Die Studierendenbewegung nutzte in ihrem Protest gezielt die Medien für sich, was ua auch mit der bereits oben beschriebenen kaum vorhandenen parlamentarischen Handlungsmöglichkeit zusammenhing. Die mediale Reaktion wurde zur Mobilisierung genutzt und für die Bewegung instrumentalisiert.

## 3. Das Demonstrationsrecht in der BRD 1968

Im Folgenden wird ein Überblick über die relevanten gesetzlichen Bestimmungen gegeben, der sich auf jene beschränkt, die für die Besprechung der Prozesse betreffend Demonstrationen und Proteste von besonderer Bedeutung waren.

### 3.1. Grundrechte

Das GG für die Bundesrepublik Deutschland trat am 24. Mai 1949 in Kraft. Art 8 GG normiert die Versammlungsfreiheit für alle Deutschen als „das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.“

9 *Fahlenbrach*, Protestinszenierungen. Die Studentenbewegung im Spannungsfeld von Kultur-Revolution und Medien-Evolution, in *Klimke/Scharloth* (Hrsg), 1968. Handbuch zur Kultur- und Mediengeschichte der Studentenbewegung (2007) 11 (12f).

10 *Lee*, Umherschweifen und Spektakel. Die situationistische Tradition, in *Klimke/Scharloth* (2007) 101 (101), *Holmig*, Die aktionistischen Wurzeln der Studenten-Bewegung. Subversive Aktion, Kommune I und die Neudefinition des Politischen in *Klimke/Scharloth* (2007) 107 (115ff).

Eine Versammlung liegt dann vor, wenn mehrere Menschen zur gemeinsamen Erörterung gewisser Themen oder Abhaltung einer Kundgebung zusammentreffen. Unter den Versammlungsbegriff fällt auch ein Aufzug, bei dem sich die Teilnehmer\_innen zum Zwecke der Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung auf welche Art auch immer fortbewegen. Gemäß des Gesetzesvorbehaltes nach Art 8 Abs 2 GG können Versammlungen unter freiem Himmel entweder durch Gesetz, zB die in § 16 dt Versammlungsgesetz vorgesehenen befriedeten Bannkreise der Bundes- oder Ländergesetze, einen Verwaltungsakt oder eine VO, zB das Verbotsrecht der Behörde, beschränkt werden.<sup>11</sup>

### 3.2. Das Versammlungsgesetz

Das dt VersG führt den Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 GG aus und trat am 10. August 1953 in Kraft.<sup>12</sup> Es gewährt im Gegensatz zum GG auch Nichtdeutschen ein Recht auf Versammlungsfreiheit, allerdings nur bei öffentlichen Versammlungen, dh wenn die Teilnahme daran, über einen individuell bezeichneten Personenkreis hinausgehend möglich ist. § 14 Abs 1 dt VersG normiert für öffentliche Versammlungen und Aufzüge unter freiem Himmel die Pflicht, spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe die Versammlung bei der zuständigen Behörde anzumelden. Ist eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit anzunehmen, hat die Polizei gemäß § 15 Abs 1 dt VersG das Recht Versammlungen zu verbieten, und zwar für den Einzelfall oder generell per VO, oder von verhältnismäßigen Auflagen abhängig zu machen. Eine trotz Verbot abgehaltene Versammlung muss von der Polizei aufgelöst werden. Eine nicht verbotene Versammlung kann aufgelöst werden, wenn diese nicht angemeldet ist, eine Gefahr nach Abs 1 leg cit vorliegt, oder die Versammlung von der Anmeldung oder den Auflagen abweicht.<sup>13</sup> Bei Versammlungen, die nach den Voraussetzungen des VersG veranstaltet wurden, war im Gegensatz zum Auflauf, bei dem eine dreimalige Aufforderung zur Auflösung ergehen musste, die einmalige Auflösung ausreichend.<sup>14</sup>

### 3.3. Strafrechtliche Grenzen der Versammlungsfreiheit

Strafrechtlich<sup>15</sup> wurde iZm Versammlungen in den 1960er Jahren am häufigsten auf die Massedelikte „Auflauf“ (§ 116 dt StGB) und „Landfriedensbruch“ (§ 125 dt StGB) sowie das Freiheitsdelikt „Nötigung“ (§ 240 dt StGB) zurückgegriffen. Gemeinsam war den sog Massedelikten das Tatbestandselement der Zusammenrottung. Für die Strafbar-

---

11 *Füßlein*, Vereins- und Versammlungsfreiheit, in *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 2 (1954) 425 (443ff).

12 Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24. Juli 1953, BGBl I, 684; Neubekanntmachung des Versammlungsg in der ab 1. 10. 1978 geltenden Fassung, BGBl I, 1789.

13 § 15 Abs 2 dt VersG aF; heute Abs 3.

14 *Füßlein*, Versammlungsgesetz. Handausgabe mit eingehenden Erläuterungen (1954) 64ff.

15 Soweit nicht anders angegeben beziehen sich in der Folge alle Paragraphenangaben auf die Fassung aus 1968.

keit der\_des Einzelnen war bereits die Teilnahme ausreichend, es musste keine bestimmte strafbare Handlung verübt werden.<sup>16</sup> Eine Zusammenrottung beschreibt „das räumliche Zusammentreten einer Mehrheit von Personen zu einem gemeinschaftlichen, in seiner Rechtswidrigkeit erkennbaren, bedrohlichen oder gewalttätigen Handeln“<sup>17</sup>. Bereits die Existenz einer Menschenansammlung galt aus Sicht der Exekutive als unkontrollierbar und damit gefährlich. Das Gefahrenmoment wurde einerseits darin gesehen, dass sich die Versammelten als Gruppe stark und sicher fühlten bzw andererseits in der leichten Beeinflussbarkeit der Masse.<sup>18</sup>

#### 4. Prozesse

Im Folgenden werden einzelne Prozesse und Urteile bzw Beschlüsse verschiedener Amtsgerichte, Landesgerichte, des Schöffengerichts Hannover sowie des Bayrischen Oberlandesgericht nach den jeweiligen Paragraphen unterteilt besprochen. Gegenstand der Urteile sind Demonstrationen, Straßenblockaden und Blockade(versuche) von Druckereien der *Springer*-Presse. Eine gemeinsame Analyse der Entscheidungen folgt im nächsten Abschnitt, da die Argumentationen großteils sehr ähnlich sind. So wird der\_dem Leser\_in zudem die Möglichkeit gegeben, zuerst selbst mögliche Parallelen zu ziehen.

##### 4.1. Auflauf (§ 116 dt StGB)<sup>19</sup>

Das LG Bremen sprach mit Berufungsurteil vom 17. April 1968 einen Jugendlichen nach § 116 dt StGB schuldig.<sup>20</sup> Er hatte an einer nicht genehmigten Demonstration gegen die Tarifierhöhung der Bremer Straßenbahn AG teilgenommen, bei der etwa 100 Teilnehmer\_innen mehrere Stunden lang den öffentlichen Verkehr in der Innenstadt blockiert hatten. Die dreimalige Aufforderung der Polizei zur Auflösung hatte der Angeklagte wegen der lauten Rufe der Demonstrant\_innen nicht gehört, nach den Sachverhaltsfeststellungen des Gerichts war ihm aber bewusst gewesen, dass die Polizei zum Entfernen aufgefordert hatte. Der Angeklagte war schließlich von zwei Polizisten festgenommen worden, auf deren Aussagen sich das Urteil hauptsächlich stützte. Der Angeklagte gab an, er hätte gedacht, dass wegen der Demonstrationsfreiheit die Polizei nicht berechtigt ge-

16 Roth, Kollektive Gewalt und Strafrecht. Die Geschichte der Massedelikte in Deutschland (Quellen und Forschung zur Stafrechtsgeschichte 4) (1989) 182ff.

17 Schwarz/Dreher, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen (Beck'sche Kurzkommentare 10) (1968) 512.

18 Vgl Maurach, Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil (1956) 531.

19 § 116 dt StGB: (1) Wird eine auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen versammelte Menschenmenge von dem zuständigen Beamten oder Befehlshaber der bewaffneten Macht aufgefordert, sich zu entfernen, so wird jeder der Versammelten, welcher nach der dritten Aufforderung sich nicht entfernt, wegen Auflaufs mit Gefängnis bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bedroht.

(2) Ist bei einem Auflauf gegen die Beamten oder die bewaffnete Macht mit vereinten Kräften tätlicher Widerstand geleistet oder Gewalt verübt worden, so treten gegen diejenigen, welche an diesen Handlungen teilgenommen haben, die Strafen des Auftritts ein.

20 Vgl LG Bremen 17.04.1968, 12 Ns 8/68 jug.

wesen war, die Blockade aufzulösen. Das Gericht führte an, dass die Grundrechte nur die Auslegung der Bestimmungen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit einschränkten. Eine Güterabwägung des Gerichts ergab, dass die Versammlungsfreiheit hinter die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, wozu das Funktionieren des Straßenverkehrs zählte, zurücktreten müsste. Das Gericht wertete das Recht der Allgemeinheit auf Nutzung der Straße für den Verkehr höher als das Recht einer Einzelperson auf Nutzung und Blockade der Straße im Rahmen einer Versammlung. Darüber hinaus wäre die Auflösung deshalb notwendig gewesen, weil die begründete Gefahr bestanden hätte, dass durch Ausschreitungen der Demonstrierenden die öffentliche Ordnung noch schwerwiegender gestört werden hätte können.

Das AG Esslingen entschied mit Beschluss vom 28. Oktober 1968 über eine Anklage gegen einen Beschuldigten, der an einer Demonstration vor einer Druckerei, welche die *Bild* druckte, teilgenommen und die dreimalige Aufforderung, sich zu entfernen, nicht befolgt hatte.<sup>21</sup> Das Gericht führte an, dass § 116 dt StGB aus dem Jahre 1871 stammte, also bereits vor Inkrafttreten des GG erlassen worden war. Dies machte eine verfassungskonforme Auslegung erforderlich, wobei das Gericht die Frage stellte, ob der Straftatbestand überhaupt auf politische Versammlungen anwendbar wäre. Eine „Versammlung“ unterschied sich von einem „Auflauf“ durch ihre Zweckgebundenheit, außerdem genüge bei einer Versammlung die einmalige Aufforderung zur Auflösung. Wenn § 116 dt StGB, das GG und VersG nebeneinander angewandt werden würden, könnte die Polizei durch einmaliges oder dreimaliges Auffordern selbst entscheiden, welche Sanktion ausgelöst wird. Das Gericht kam daher zu dem Schluss, dass § 116 dt StGB nur dann angewandt werden könnte, wenn keine Versammlung iSd Art 8 GG vorlag.

Konträr dazu bestätigte das Bayrische Oberste Landesgericht mit Urteil vom 26. November 1968 den Schuldspruch eines Demonstranten nach § 116 dt StGB.<sup>22</sup> Der Angeklagte hatte an einer nicht angemeldeten Demonstration zum Polizeipräsidium teilgenommen, wo die Demonstrierenden Selbstanzeige hatten erstatten wollen. Die Polizei hatte die Demonstrant\_innen mehrmals aufgefordert auseinanderzugehen, die Versammlung aber nicht aufgelöst, sondern weiterziehen lassen. Das Gericht bestätigte die Ansicht des erstinstanzlichen Urteils, wonach der Angeklagte sowohl § 29 Z 4 dt VersG übertreten hatte, als auch nach § 116 dt StGB strafbar war. § 116 dt StGB wäre nämlich dann anzuwenden, wenn eine Menschenansammlung nach der Auflösung nach dem VersG noch bestehen blieb, und sich trotz Aufforderung nicht zerstreute. Demnach war das BayObLG – anders als das AG Esslingen – der Ansicht, dass § 116 dt StGB auch bei Versammlungen anwendbar sei.

---

21 Vgl AG Esslingen 28.10.1968, 2 Ms 275/68.

22 Vgl Bayrisches Oberlandesgericht 26.11.1968, RReg. 4a St 138/68.

#### 4.2. Landfriedensbruch (§ 125 dt StGB)<sup>23</sup>

Das AG München verurteilte am 7. Juni 1968 einen Angeklagten ua nach § 125 StGB.<sup>24</sup> Dieser hatte wissentlich zu einer Demonstration vor dem griechischen Generalkonsulat aufgerufen, obwohl sich dieses innerhalb der Bannmeile um das bayrische Landtagsgebäude befand, wo Versammlungen verboten waren. Trotzdem hatten sich 150–200 Demonstrierende vor dem Konsulat versammelt. Die Demonstrant\_innen hatten sowohl versucht, die Polizeiabsperrung zu durchbrechen, als auch Polizei und Konsulatsgebäude mit Steinen und Farbbeuteln beworfen und einen Polizisten zum Isarufer abgedrängt. Der Angeklagte hatte mit Farbe die Ziffer „114“ an die Wand des Konsulatsgebäudes gesprüht, ein Verweis auf den das Widerstandsrecht normierenden Art 114 der griechischen Verfassung. Andere Demonstrant\_innen hatten die Polizei daran gehindert, zum Angeklagten zu gelangen. Später war der Angeklagte aus einer Gruppe Demonstrierender, aus der Steine geworfen wurden, auf der anderen Straßenseite des Konsulats festgenommen worden. Das Gericht führte, vorwiegend auf Zeugenaussagen von Polizisten gestützt, an, dass der Angeklagte die Widerstandshandlungen gegen die Polizei während des Besprühens der Wand gesehen hatte und auch, dass während seiner Festnahme Steine geworfen worden waren. Somit nahm es als erwiesen an, dass der Angeklagte im Bewusstsein der Gewalttätigkeiten gegen die Polizisten an der Zusammenrottung teilnahm. Die erfolgten Sachbeschädigungen waren erst durch die große Menschenmasse ermöglicht worden. Deshalb war der Angeklagte nach § 125 Abs 1 StGB strafbar. Das Gericht wertete die Demonstration als Zusammenrottung, ohne konkret zu begründen, warum eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch die Menschenmenge vorgelegen hatte. Das AG Frankfurt sprach in seinem Urteil vom 30. Oktober 1968 den minderjährigen Angeklagten G. bezüglich einer Anklage nach § 125 dt StGB frei.<sup>25</sup> Er hatte am 15. April 1968 vor der Societäts-Druckerei in Frankfurt an der friedlichen Blockade zweier Auslieferungswagen teilgenommen. Das Gericht wertete die Blockade als Versammlung, und war der Ansicht, dass deswegen keine Zusammenrottung iSd § 125 vorgelegen hätte. Das Gericht führte aus, dass Rechtsbeeinträchtigungen, wie die Behinderung des Straßenverkehrs oder der Eingriff in die Pressefreiheit, vom Demonstrationsrecht mitumfasst waren. Da der 15. April 1968 ein Feiertag und die Blockade örtlich und zeitlich begrenzt gewesen war, war nach Auffassung des AG Frankfurt eine Umleitung des Verkehrs zumutbar gewesen. Außerdem unterstrich das Gericht die Wichtigkeit der Demonstration für das Gemeinwohl, da eine objektive Gefährdung von Presse- und Informationswesen

23 § 125 StGB : (1) Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und mit vereinten Kräften gegen Personen oder Sachen Gewalttätigkeiten begeht, so wird jeder, welcher an dieser Zusammenrottung teilnimmt, wegen Landfriedensbruches mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

(2) Die Rädelsführer sowie diejenigen, welche Gewalttätigkeiten gegen Personen begangen oder Sachen geplündert, vernichtet oder zerstört haben, werden mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft [...].

24 Vgl AG München, KJ 1 (1968) 73ff.

25 Vgl AG (Jugendschöffengericht) Frankfurt a.M. 30.10.1968, 951/4 Ls 6/68 (III 184/68).

durch die *Springer*-Presse bestand. Die Steinwürfe einzelner konnten nicht als Tat der gesamten Versammlung angesehen werden, es war nicht nachweisbar, dass es zu Gewalttätigkeiten mit vereinten Kräften gekommen war.

Das LG Köln sprach mit Urteil vom 31. Oktober 1968 zwei Angeklagte, die 1966 an einer Demonstration gegen die Erhöhung der Fahrpreise teilgenommen hatten, frei.<sup>26</sup> Das Gericht führte aus, dass bezüglich des Gewaltbegriffs bei Landfriedensbruch und Nötigung ein Unterschied vorläge. Sähe man in einer Straßenblockade eine Gewalttätigkeit, müssten alle daran Teilnehmenden wegen schweren Landfriedensbruchs (§ 125 Abs 2) verurteilt werden. Wenn aber gemäß § 240 Abs 2 aufgrund der Mittel-Zweck-Beziehung keine verwerfliche Nötigung vorläge, wäre die Tat nicht rechtswidrig. Da § 125 keine die Rechtswidrigkeit einschränkende Regelung enthielt, musste nach Ausführungen des Gerichts hier die Gewalttätigkeit deutlich schwerwiegender sein als die vom § 240 vorausgesetzte Gewalt. Würde für die Strafbarkeit nach § 125 dasselbe Maß an Gewalt wie für die Strafbarkeit nach § 240 ausreichen, wäre dies unsachlich.

#### 4.3. Nötigung (§ 240 dt StGB)<sup>27</sup>

Mit Urteil vom 22. April 1968 sprach das AG Bremen einen Angeklagten, der an einer Straßenblockade anlässlich der Fahrpreiserhöhung teilgenommen hatte, bezüglich Nötigung frei.<sup>28</sup> Die Demonstrant\_innen hätten den Straßenbahnfahrer zwar genötigt, anzuhalten, allerdings wäre die Forderung der Demonstrierenden von allgemeinem öffentlichen Interesse gewesen und deren Äußerung durch Art 5 und 8 GG grundrechtlich gewährleistet. Das Gericht verwies auf Ausführungen des dt BVerfG, das festgehalten hatte, dass das Recht auf freie Meinungsäußerung auch die beabsichtigte Wirkung auf andere umfasse. Wenn es um öffentliche Anliegen ginge, müssten Interessen privater und wirtschaftlicher Natur, wie die der Fahrgäste oder Aktionär\_innen der Bremer Straßenbahn AG, dahinter zurücktreten. Da das Monopolunternehmen Bremer Straßenbahn AG jegliche Diskussion mit den betroffenen Studierenden verweigert hatte, war nach Ansicht des Gerichts die Blockade das einzige Mittel gewesen, Einfluss auf die Preisgestaltung zu erzielen. Das Gericht unterstrich sogar, dass Argumente allein oft nicht ausreichen würden, um die eigenen Forderungen durchzusetzen, und wertete das Verhalten der Demonstrant\_innen als durch die Umstände gerechtfertigt und sozial-adäquat.

Das AG Esslingen zeigte mit Beschluss vom 22. Oktober 1968 klar seine Sympathie mit den Demonstrant\_innen.<sup>29</sup> Gegenstand war die Blockade einer Druckerei nach dem At-

---

26 Vgl LG Köln 31.10.1968, 24 KLS 1/68.

27 § 240 StGB: (1) Wer einen anderen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird wegen Nötigung [...] bestraft.

(2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

28 Vgl AG Bremen, Kritische Justiz KJ 1 (1968) 78ff.

29 Vgl AG Esslingen 22.10.1968, 2 Ms 324/68.

tentat auf *Rudi Dutschke*, die gegen 20 Uhr begonnen hatte und gegen 24 Uhr von der Polizei geräumt worden war. Eine weitere Straßensperre hatte aber bis etwa 5 Uhr die Zeitungsauslieferung verhindert. Bezüglich der Verwerflichkeit verwies das Gericht auf den dt BGH, nach dem nicht jede Übertretung der StVO bereits ethisch missbilligenswert wäre. Außerdem führte das Gericht die publizistische Verantwortungslosigkeit des *Springer*-Konzerns an, auf welche die Demonstrierenden aufmerksam machen hatten wollen. Darüber hinaus hatte sich der Protest gegen die Übermacht des *Springer*-Konzerns gerichtet und nicht gegen einzelne Personen, eine Nötigung könnte jedoch nur gegenüber Personen begangen werden.

Das Schöffengericht Hannover verurteilte mit Urteil vom 28. November 1968 mehrere Angeklagte.<sup>30</sup> Diese hatten an einer Blockade vor einer Druckerei, in welcher die Zeitungen des *Springer*-Konzerns gedruckt worden waren, teilgenommen. Gegen 20 Uhr war die Ausfahrt verriegelt und ua von stehenden und sitzenden Demonstrant\_innen versperrt worden. Die Polizei hatte die Demonstrant\_innen zuerst gewähren lassen, gegen 2:30 Uhr hatte sie die Blockade durch dreimalige Aufforderung aufgelöst. Da die Demonstrierenden sich nicht entfernt hatten, hatte die Polizei schließlich die Blockade mit Wasserwerfern und Schlagstöcken geräumt. Das Gericht führte aus, dass die Demonstration von Art 5 und 8 GG garantiert würde, wovon sogar die Ausübung eines gewissen Zwangs auf Dritte umfasst wäre. Außerdem zweifelte das Gericht an, dass durch die konkrete Blockade die Pressefreiheit und das Recht anderer, aus allgemein erhältlichen Medien ungehindert Informationen zu beziehen, die Meinungsfreiheit gefährdet würde. Im Verhältnis zum *Springer*-Konzern sah es die Blockade als bloße Belästigung an, die sich im Rahmen der Demonstrationsfreiheit befände. Allerdings wäre eine derartige Blockade nicht zeitlich unbegrenzt erlaubt. Der Zeitpunkt, ab welchem eine erlaubte Demonstration rechtswidrig wurde, ließe sich nicht genau festlegen, er wäre jedenfalls dann, als die Polizei die Demonstration aufgelöst hatte, überschritten gewesen.

## 5. Nachwirkungen und Folgen

Die Massedelikte, die seit dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches 1871 weitgehend unverändert geblieben waren, wurden 1970 reformiert. § 116 dt StGB wurde aufgehoben und bei im Wesentlichen gleichbleibender Formulierung in eine Ordnungswidrigkeit umgewandelt.<sup>31</sup> Das Tatbestandsmerkmal der Zusammenrottung des § 125 dt StGB wurde geändert und § 125a dt StGB eingeführt, der den besonders schweren Landfriedensbruch normiert.<sup>32</sup> Heute enthält § 125 dt StGB Landfriedensbruch dieses Tatbestandsmerkmal nicht mehr wörtlich, zu finden ist es in § 124 dt StGB Schwerer Hausfriedensbruch, zudem ist „wer sich zusammenrottet“ uU nach § 27 Abs 2 Z 3 dt VersG

30 Vgl Schöffengericht Hannover 28.11.1968, 2 Ms 60/68.

31 BGBl I, 505.

32 Vgl Roth (1989) 204f.

strafbar. Im Zuge dessen beschloss der Bundestag auch ein Straffreiheitsgesetz, das umfassend Amnestie gewährte. Diese umfasst auch Straftaten nach den geänderten oder aufgehobenen Strafbestimmungen sowie solche, die zwischen 1. Jänner 1965 und 31. Dezember 1969 im Zusammenhang mit Demonstrationen begangen worden waren.<sup>33</sup>

## 6. Zusammenführende Analyse und Kritik der Prozesse

Trotz der Verankerung der Versammlungsfreiheit im GG waren in der Gesellschaft 1968 öffentliche Versammlungen als Mittel der politischen Einflussnahme noch nicht akzeptiert. In der postnazistischen BRD war der Wunsch nach autoritärer staatlicher Vorgehensweise stark.<sup>34</sup> Die negative Stimmung gegenüber der Studierendenbewegung war tw der Berichterstattung der *Springer*-Presse geschuldet. Davon war auch die Justiz nicht unbeeinflusst, was sich in den Urteilen für die Demonstrant\_innen teils negativ, teils positiv niederschlug. Wie gezeigt entschieden die Gerichte zum Teil iSe überholten Auffassung, die Menschenansammlungen per se als gefährlich und die reibungslose Abwicklung des Straßenverkehrs erstaunlich oft als gleichrangiges Rechtsgut zur Versammlungsfreiheit ansah. Zum Teil wurde Gewalt durch den Zweck der Demonstration gerechtfertigt. Tw kam dasselbe Gericht bei ähnlich gelagerten Fällen zu unterschiedlichen Urteilen. Darüber hinaus entschieden die oberen Instanzen oft konservativer als die Unterinstanzen.<sup>35</sup> Von Rechtssicherheit war dieser Zustand weit entfernt.

Insgesamt ist zu bezweifeln, dass das Strafrecht ein geeignetes Mittel zur Verhaltenssteuerung von Demonstrant\_innen in großen Menschenmengen ist. Das Problem bei den Demonstrant\_innenprozessen bestand zum einen darin, dass Gerichte zT vom Bestehen einer Menschenansammlung direkt auf deren Gefährlichkeit für die öffentliche Ordnung und Sicherheit schlossen, zum anderen in dem möglicherweise daraus resultierenden Unwillen, die Strafbestimmungen verfassungskonform auszulegen und die Begrifflichkeiten sorgfältig zu verwenden.

Wie oben dargelegt lag eine Zusammenrottung dann vor, wenn eine Menschenansammlung gemeinschaftlich ein bedrohliches oder gewalttätiges Handeln setzte; dafür reichte noch nicht aus, dass einzelne Teilnehmer\_innen ein derartiges Handeln setzten, wenn es von den übrigen nicht gebilligt wurde. Die Zusammenrottung wurde allerdings oft bereits aus der Menschenansammlung gefolgert. Die Friedensstörung, und somit die Zusammenrottung, wurde durch einen bedrohlichen oder gewalttätigen Zweck charakterisiert, auf den sich auch der Vorsatz beziehen musste. Eine Drohung mit Nötigungseffekt war dafür nicht tatbestandsmäßig. Gerade, wenn nach dem GG und dt VersG eine friedliche Versammlung vorlag, machten einzelne unfriedliche Teilnehmer\_innen die gesamte Versammlung nicht zu einer unfriedlichen, weshalb diese keine nach § 125 dt StGB

---

33 Vgl *Dostal* (2006) 261.

34 Vgl *Ott* (1967) 8.

35 Vgl *Tiedemann*, Beteiligung an Aufruhr und Landfriedensbruch, in: *Juristenzeitung* JZ 23/24 (1969) 717 (717f).

strafbare Zusammenrottung darstellen konnte. Bei der Bewertung von (Sitz)Blockaden als Gewalt schienen die Gerichte bezüglich des Gewaltbegriffs des § 125 dt StGB von der Zwangswirkung gegenüber den Opfern ausgegangen zu sein. Vom Wortlaut des § 125 war jedoch nur die Ausübung physischer Kraft umfasst.<sup>36</sup> Dass einer Straßenblockade das Element der Gewalttätigkeit fehlt und bspw durch das Trommeln gegen einen Bus nicht schon der friedensstörende Wille einer Menschenmasse erkennbar ist, erscheint dann evident, wenn in Menschenansammlungen nicht per se eine Gefahr gesehen wird. Dass die Gewaltbegriffe des §§ 125 und 240 dt StGB in der Rsp derart vermischt wurden, zeigt den politischen Willen, Demonstrant\_innen streng zu bestrafen. Bezüglich des Nötigungsmittels ist anzuzweifeln, ob in einer Straßenblockade Gewalt oder die Drohung mit einem empfindlichen Übel gesehen werden kann. Dass das Stehen oder Sitzen auf der Straße Gewalt ist, kann bezweifelt werden, da auch hier das Element der Ausübung physischer Kraft fehlt. Eine Drohung mit einem empfindlichen Übel kann in einer Straßenblockade ebenso nicht gesehen werden. Dies macht eine Güterabwägung zwischen der Versammlungsfreiheit und den dadurch beeinträchtigten Rechten Dritter obsolet. Bejaht man allerdings das Vorliegen von Gewalt, ist die Blockade dennoch so lange rechtmäßig, als die Rechte Dritter nicht unzumutbar beeinträchtigt werden. Abschließend ist zu unterstreichen, dass es nicht nur eine rechtliche, sondern auch eine höchst politische Frage ist, welche Rechte der Staat Versammlungen und generell beim Ausdruck von Protest gewährt und wie diese Rechte ausgelegt werden. Die unterschiedlichen Urteile resultierten auch aus den unterschiedlichen politischen Auffassungen, was als akzeptabler Protest galt. Die traurige Aktualität des Wunsches, Demonstrant\_innen durch Repression in ihre Schranken zu weisen, der die vorgestellte Rsp prägte, zeigt sich ua durch die mediale Diskussion und die Urteile der Hamburger Gerichte nach den Demonstrationen gegen den G20-Gipfel, das verschärfte ö Versammlungsrecht sowie die nie endende Diskussion, Geschäftsinteressen vor Demonstrationen schützen zu müssen.

Mag.<sup>a</sup> Anna Stiegler, BA ist Juristin und Poetin in Wien; [anna.st@setzbauer.com](mailto:anna.st@setzbauer.com)

---

<sup>36</sup> Vgl Tiedemann (1969) 720ff.

# 15 Jahre Equality Bodies – 27 Jahre Gleichbehandlungsanwaltschaft Österreich

Sandra Konstatzky / Anna Sporrer<sup>1</sup>

---

## 1. Eine Debatte zur Durchsetzung von Gleichbehandlung und Anti-Diskriminierung

Am 19. April 2018 fand unter dem Titel „15 Years of Equality Bodies – 27 Years Austrian Ombud for Equal Treatment“ am Wiener Juridicum ein Symposium als Kooperation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien und der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) statt. Heuer jährt sich die Verpflichtung zur Einrichtung sog. „Equality Bodies“ (Gleichbehandlungsstellen), die erstmals in der RL 2000/43/EG<sup>2</sup> erwähnt werden, zum 15. Mal. Die GAW wurde 1991 als „Anwältin für Gleichbehandlungsfragen“, die sich mit geschlechtsspezifischer Diskriminierung iZm einem Arbeitsverhältnis befasste, gegründet. Ihr Mandat wurde im Zuge der Umsetzung dieser Verpflichtung um weitere fünf Diskriminierungsgründe erweitert und sie stellt heute einen der wesentlichen *Equality Bodies* in Ö dar. Das Jubiläum fällt auch mit der Pensionierung von *Ingrid Nikolay-Leitner* zusammen. Als erste „Anwältin“ und spätere Leiterin der GAW prägte sie das Gleichbehandlungs- und Anti-Diskriminierungsrecht nicht nur innerstaatlich, sondern auch international, denn sie war maßgeblich am Aufbau eines europäischen Netzwerks der Gleichbehandlungsstellen (EQUINET) beteiligt. Es erscheint daher der richtige Zeitpunkt, eine Bestandsaufnahme zum Thema Anti-Diskriminierung und den zur Durchsetzung eingerichteten Gleichbehandlungsstellen zu machen.

Die EU nahm bereits in den Gründungsverträgen 1957 die Verpflichtung zur Entgeltgleichheit von Männern und Frauen als einen wesentlichen Baustein im Anti-Diskriminierungsrecht auf<sup>3</sup> und baute dieses Rechtsgebiet umfassend aus. Mit der Entscheidung „Defrenne II“<sup>4</sup> wurde Art 119 EWG-Vertrag (heute Art 157 AEUV) unmittelbare Wirkung zugesprochen und sowohl der wirtschaftliche als auch soziale Zweck der Norm betont; damit wurde der Boden für das geschlechterbezogene Gleichbehandlungsrecht geschaffen. Es folgten durch weitere Entscheidungen des EuGH eine Reihe von RL im

---

1 Den ersten Teil (1.) des Beitrags verfasste Mag.<sup>a</sup> Sandra Konstatzky. Im zweiten Teil (2.) wird die Festrede von VP<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Anna Sporrer wiedergegeben.

2 RL 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 2000/180, 22.

3 Art 119 EWG-Vertrag, heute Art 157 AEUV.

4 Rs EuGH 8.4.1976, C-43/75, *Defrenne/SABENA*, ECLI:EU:C:1976:56.

Genderbereich, die schlussendlich in der RL 2006/54/EG<sup>5</sup> konsolidiert und zusammengefasst wurden. Mit dem Vertrag von Amsterdam wurde 1999 eine weitere Kompetenzgrundlage mit Art 13 EGV (heute Art 19 AEUV) für die Diskriminierungsgründe ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter, sexuelle Orientierung und Behinderung und neue Bereiche außerhalb der Arbeitswelt geschaffen, die zur RL 2000/43/EG, der RahmenRL für Beschäftigung 2000/78/EG<sup>6</sup> sowie der RL 2004/113/EG<sup>7</sup> zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen führte. Der Gerichtshof der EU hatte bei der Auslegung des Rechts auf Gleichbehandlung immer auch einen Fokus auf die Effektivität der Durchsetzung, zB bei der Entwicklung einer Beweislasteichterung.<sup>8</sup> Diesen Fokus haben die RL zur Gleichbehandlung ab 2000 weiter verfolgt, indem sie die MS verpflichteten „mit der Förderung der Gleichbehandlung befasste Stellen“<sup>9</sup> einzurichten. Im 24. ErwG der RL 2000/43/EG wird davon ausgegangen, dass es den Schutz vor Diskriminierung verstärke, wenn es in jedem MS Stellen gäbe, die mit Diskriminierung verbundene Probleme analysieren, mögliche Lösungen prüfen und konkrete Hilfsangebote für Opfer von Diskriminierung bieten. Nach Art 13 RL 2000/43/EG besteht deren Aufgabe darin, die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Personen ohne Diskriminierung aufgrund der „Rasse“<sup>10</sup> oder ethnischer Zugehörigkeit zu fördern. Diese Stellen können dabei Teil von bereits bestehenden Ombudseinrichtungen sein. Ziel dieser Verpflichtung ist es, Opfern von Diskriminierung in unabhängiger Weise Unterstützung zu bieten und ihnen zu ermöglichen, ihre Rechte geltend zu machen. Darüber hinaus sollen sie unabhängige Untersuchungen durchführen, unabhängige Berichte und Empfehlungen zu allen Aspekten vorlegen, die mit Diskriminierung im Zusammenhang stehen. Sie sollen die Verwirklichung der Gleichbehandlung aller Personen ohne Diskriminierung fördern, analysieren, beobachten und unterstützen. RL 2006/54/EG und 2004/113/EG enthalten ebenfalls die Verpflichtung zur Einrichtung derartiger Stellen.

Die Verpflichtung zur Implementierung traf damals auf bereits bestehende Stellen, wie die GAW in Ö. Diese wurde 1991 zunächst als „Anwältin für Gleichbehandlungsfragen“

---

5 RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl L 2006/204, 23.

6 RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 2000/303, 16.

7 RL 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl L 2004/372, 37.

8 Ua EuGH 17.10.1989, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, ECLI:EU:C:1989:383, („Danfoss“).

9 Ua Art 13 RL 2000/43/EG.

10 Dieser Begriff findet sich zwar in der deutschen Fassung der RL, wurde allerdings nach lautstarker vorangegangener Kritik in der Umsetzung im Gleichbehandlungsgesetz und GBK/GAW-Gesetz durch BGBl Nr. 66/2004 nicht verwendet.

im GleichbehandlungsG<sup>11</sup>, für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in einem privatwirtschaftlichen Arbeitsverhältnis geschaffen. Zum Zeitpunkt der Implementierung wurde befunden, dass die Stelle von einer Frau besetzt werden muss, da nur diese auf Grund der Betroffenheit geschlechtsspezifische Diskriminierungen wahrnehmen könne. Zudem wurde dies mit den zahlreichen Beratungen zum Thema sexuelle Belästigung begründet, und in der Praxis festgestellt, dass betroffene Frauen in diesen Situationen kein Vertrauen in eine Stelle hätten, wenn ein Mann diese Beratungen durchführen würde. In den Erläuterungen<sup>12</sup> ist davon die Rede, dass es eine „Personifizierung“ der bereits vorhandenen Gleichbehandlungskommission (GBK) brauche, um Barrieren im Rechtszugang zu überwinden. Zu den Aufgaben der damaligen „Anwältin“ und heutigen GAW zählt es, im Vorfeld der GBK zu versuchen, den die Arbeitgeber\_in zur freiwilligen Einhaltung des Gesetzes zu bewegen: Sie kann zur Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme auffordern und Auskünfte von involvierten Personen, wie dem Betriebsrat oder weiteren Mitarbeiter\_innen, einholen. In weiterer Folge kann die GAW einen Antrag an die GBK stellen und Ermittlungen durchführen. Dabei hat die GAW zwar Sitz, aber bei Abstimmung über die Entscheidung keine Stimme in der GBK.<sup>13</sup> Gerade die Auskunfts- und die Ermittlungskompetenzen stellen wesentliche Rechte der GAW dar, effektiv bei der Rechtsdurchsetzung zu unterstützen. Sie soll allerdings nicht nur individuell für Rechtsdurchsetzung sorgen, sondern die Einzelfälle verwenden, um in der Prävention Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben. Es geht also allgemein darum als Institution dafür Sorge zu tragen, Diskriminierung zu bekämpfen und Gleichstellung zu fördern. In den MS kam es im Zuge der Umsetzung der Verpflichtungen zur Einrichtung dieser *Equality Bodies* vor 15 Jahren auch zu Neugründungen und Zusammenlegungen von Institutionen. Die GAW schloss sich zum damaligen Zeitpunkt einem europäischen Projekt – „Towards a uniform and dynamic implementation of EU Anti-Discrimination legislation: the role of specialised bodies“ – an, das von 2001 bis 2006 durch das European Community Programme „to combat discrimination“ finanziert wurde. Dieses Projekt wurde zu einem europäischen Netzwerk der Gleichbehandlungsstellen (EQUINET) und feierte letztes Jahr sein 10-jähriges Bestehen. Ziel dieses Netzwerks ist es, die einheitliche Auslegung des Anti-Diskriminierungsrechts sicherzustellen, aber auch die institutionellen Voraussetzungen der *Equality Bodies* zu stärken und diese sichtbar zu machen. In den RL kommen weder konkrete Angaben zur Unabhängigkeit, zur Effektivität, noch zur Frage, wie weit das Mandat reichen oder innerhalb welcher innerstaatlichen Architektur diese Stellen eingerichtet werden sollen. EQUINET hat dafür Standards entwickelt, zur Durchsetzung und Einhaltung dieser nachhaltig lobbyiert und kann nun

---

11 Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft – GBK/GAW-Gesetz, BGBl 1979/108 idF BGBl 1990/410.

12 AB 1411 BlgNR 18. GP Art I 5.

13 Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft – GBK/GAW-Gesetz, BGBl 1979/108 idF BGBl I 2013/107, § 5 GBK-GAW-Gesetz.

einen ersten großen Erfolg verbuchen. Die *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI) hat am 7.12.2017 eine General Policy Recommendation<sup>14</sup> erlassen, die auf völkerrechtlicher Ebene Standards für Gleichbehandlungsstellen fordert. Die Kernbotschaften sind die Einrichtung von starken unabhängigen Gleichbehandlungsstellen, die effektiv arbeiten können. Die Gleichbehandlungsstellen haben dabei zwei wesentliche Funktionen: Gleichstellung fördern und Diskriminierung bekämpfen sowie die Unterstützung von Menschen wahrnehmen, die von Diskriminierung und Intoleranz betroffen sind und diese zu vertreten.

Beim Symposium in Wien wurde eine Bestandsaufnahme zu *Equality Bodies* vorgenommen. Dabei haben sich zunächst Fragen von Benchmarks der nun implementierten ECRI-Standards in Bezug auf die GAW und weitere Gleichbehandlungsinstitutionen gestellt. Außerdem wurde ein Blick auf die mögliche Zusammenlegung von Gleichbehandlungsstellen, zB mit allgemeinen Menschenrechtsinstituten, gelegt und die darin beinhalteten Herausforderungen besprochen. Die aufgeworfenen Fragestellungen bieten eine Chance zu einer Debatte darüber, inwiefern Gleichbehandlungsstellen mit den Fähigkeiten und Möglichkeiten ausgestattet werden, um Diskriminierungsschutz nachhaltig sicher zu stellen. Das *juridikum* ermöglicht es, diese Diskussion im Rahmen einer mit diesem Heft beginnenden *debatte* aufzugreifen. In der Folge werden drei weitere Beiträge von *Anne Gaspard* und *Niall Crowley* (*Minding Equality Bodies*), *Silvia Ulrich* (*ECRI-Standards: A Benchmark for Austrian Equality Bodies*) und *Colm O’Cinneide* (*Human Rights and Equality: What are the different Aspirations and Mandates*) erscheinen.

Das Symposium war aber auch mit einem Festakt für die erste Gleichbehandlungsanwältin, *Nikolay-Leitner*, verbunden, die 27 Jahre ihres Berufslebens die GAW geprägt und ausgefüllt hat. Sie hat damit zu Beginn als *die* Anwältin für Gleichbehandlungsfragen erstmals klar gemacht, dass das Gleichbehandlungsrecht auf der individuellen Ebene nur dann nachhaltig durchgesetzt werden kann, wenn die Betroffenen eine Institution „im Rücken“ haben, die den Zusammenhang zwischen der persönlichen Diskriminierung und – durch die Befassung mit vielen Einzelfällen – den dahinterliegenden strukturellen Diskriminierungsmustern aufzeigt und so einen möglichen Kausalitätszusammenhang zwischen Diskriminierungsgrund und Ungleichbehandlung darlegt. Bedingt durch das damalige, nur auf das Geschlecht gerichtete Mandat der GAW, forderte *Nikolay-Leitner* auch die Bezugnahme auf die damalige GeschlechtergleichbehandlungsRL 2002/73/EG (heute RL 2006/54/EG) und beteiligte sich am bereits erwähnten Projekt, das schließlich zum Netzwerk EQUINET führte. Es ist ihr Verdienst, dass dieses von Anfang an alle in den RL enthaltenen Diskriminierungsgründe umfasste. Eine umfassende Darstellung über die Entwicklung des Gleichbehandlungsrechts und der Gleichbehandlungsanwaltschaft bietet eine Festschrift, die im Zuge des Festaktes<sup>15</sup> präsentiert wurde.

14 ECRI, ECRI General Policy Recommendation Nr 2, <http://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-02rev-2018-006-ENG> (23.4.2018).

15 *Feigl/Konstatzky* (Hrsg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung – Festschrift für Ingrid Nikolay-Leitner (2018).

Menschen prägen Institutionen. Aus diesem Grund soll an dieser Stelle auch die Laudatio, welche die Vizepräsidentin des VwGH, *Anna Sporrer*, im Zuge des Symposiums hielt, wiedergegeben werden.

Mag.<sup>a</sup> Sandra Konstatzky arbeitet seit 2003 als Gleichbehandlungsanwältin und übernahm mit 1.5.2018 die Leitung der Gleichbehandlungsanwaltschaft; sandra.konstatzky@bka.gv.at

## 2. Laudatio auf Frau Mag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Ingrid Nikolay-Leitner

*Sehr geehrte Festgäste!*

*Liebe Frau Magistra Doktorin Ingrid Nikolay-Leitner!*

*Heute kommt mir die Ehre zuteil, auf Dich, liebe Ingrid, eine Lobrede zu halten – ein einfaches Unterfangen, weil Dich zu loben gab und gibt es Gründe genug.*

*Anlass ist heute das formelle Ende Deiner Berufslaufbahn, der Übertritt in den „Ruhestand“, wie es bei den Beamtinnen und Beamten heißt. Von Deinen Berufsjahren habe ich einige auch durch gemeinsame Arbeit persönlich erlebt und kann in aller Kürze sagen, dass sie gleichermaßen von Engagement und Innovation geprägt sind, getragen vom Streben nach Gleichheit und Gerechtigkeit.*

*Ob Dir das Soziale und der Ausgleich zwischen Schwächeren und Stärkeren bereits in die Wiege gelegt wurde, weil Du in eine Familie mit insgesamt sieben Kindern hineingeboren wurdest, sechs davon Mädchen, ist zu vermuten. Qualifiziert hast Du Dich dafür jedenfalls durch Deine Matura am Humanistischen Gymnasium im 13. Bezirk und durch Deine Studien der Philosophie, Geschichte, Pädagogik und Psychologie an der Universität Wien und Deine Dissertation in den beiden letztgenannten Fächern. Später kam noch ein Jus-Studium dazu, das Du berufsbegleitend betrieben und gleichfalls mit Erfolg abgeschlossen hast.*

*Höhepunkt Deiner bemerkenswerten Berufslaufbahn ist bekanntlich folgender: Du wurdest im Dezember 1990 zur ersten Gleichbehandlungsanwältin in Österreich ernannt, gleichzeitig mit der Gründung dieser Institution, und hast diese Stelle in den letzten 27 Jahren organisatorisch aufgebaut, weiter entwickelt und geleitet. Die Bedeutung der Gleichbehandlungsanwaltschaft für die Durchsetzung der Rechte von ArbeitnehmerInnen auf Gleichbehandlung wurde im Symposium heute Nachmittag bereits erörtert.*

*Deine unverzichtbare Rolle dabei möchte nun ich hervorheben. Für die Übernahme dieser Funktion hast Du Dich quasi selbst hervorragend prädestiniert: So hast Du bereits während Deines Studiums Erfahrungen im Bereich der Interessensvertretung im Bildungsreferat des Zentralausschusses der Österreichischen Hochschülerschaft gewonnen und bist nur zwei Jahre nach Beendigung Deines Studiums im Dezember 1980 in den Bundesdienst eingetreten. Erste Station im Bundeskanzleramt war Deine Tätigkeit für das Staatssekretariat für allgemeine Frauenfragen, Staatssekretärin und dann Ministerin war bekanntlich Johanna Dohnal. Du bist zu einem Zeitpunkt zu Johanna Dohnal ge-*

*stoßen, als selbst das Staatssekretariat noch relativ jung war, wurde es doch erst 1979 gegründet. Der Aufgabenbereich Johanna Dohnals als erste Frauen-Staatssekretärin war denkbar breit, sie war im Grunde für alles zuständig, was Frauen in sozialer, wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Sicht betraf – und dementsprechend umfassend durftest bzw. musstest Du Dich mit allen Aspekten der Lebenssituation von Frauen und diversen Formen von Benachteiligungen beschäftigen; vor allem aber warst Du im Frauen-Staatssekretariat mit Fragen des Arbeitsmarktes befasst.*

*Nach sieben Jahren bei und mit Johanna Dohnal hast Du Dich vom Bundesdienst karenzieren lassen, um gleich wieder eine Institution mit aufzubauen, nämlich das Institut für Arbeitsmarktbetreuung und Arbeitsmarktforschung in Wien. Nach den grundlegenden Einblicken in die politische Seite des Arbeitsmarktes bei Johanna Dohnal folgten damit sowohl praktische Erfahrungen als auch theoretisch-wissenschaftliche Erkenntnisse.*

*Kommen wir zurück auf das Jahr 1990 und die Gründung der Gleichbehandlungsanwaltschaft, mit der – so die Gesetzesmaterialien – das „Durchsetzungsinstrument zur faktischen Gleichstellung von Frau und Mann“ verbessert werden sollte. Notwendig erschien die Schaffung dieser Institution der Gesetzgebung damals, weil die geringe Anzahl von Frauen, die sich bis dahin an die Gleichbehandlungskommission gewandt hatten, die Vermutung nahe legte, dass die betroffenen Arbeitnehmerinnen Barrieren gegenüber der anonymen „Gleichbehandlungskommission“ empfänden. Eine gewisse „Personifizierung“ der Kommission in der Öffentlichkeit könne, so die Ansicht der Gesetzgeberinnen, dazu beitragen, diese Schwellenangst zu überwinden. Die einzelne Arbeitnehmerin solle dabei das Gefühl bekommen, ein gleichsam „persönliches Verhältnis“ zur Kommission herstellen zu können.*

*Du, liebe Ingrid, solltest also die Gleichbehandlung in Österreich personifizieren und rückblickend kann gesagt werden, eine Bessere hätte man dafür nicht finden können. Aber ganz einfach war diese Aufgabe nicht angelegt: Mit Gesetzesänderung im Jahr 1990 wurden – über Fragen der Lohngleichheit hinaus – außerdem weitere Phänomene des Arbeitslebens in den Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgesetzes einbezogen, nämlich die Begründung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie der berufliche Aufstieg. Dazu wurden Schadenersatzregelungen bei Verstößen gegen das Gleichbehandlungsgebot, eine besondere Beweislastregelung zugunsten der ArbeitnehmerInnen sowie die rechtliche Grundlage für betriebliche Frauenförderung eingeführt.*

*Damit wurde die neu geschaffene Einrichtung, die Du ab diesem Zeitpunkt zu leiten hattest, sogleich mit einem breit gefächerten Bündel an zusätzlichen Aufgaben versehen – nicht jedoch mit den diesem großen Auftrag entsprechenden Ressourcen: So wurde in den Materialien nicht nur festgehalten, dass die Anwältin für Gleichbehandlungsfragen „direkte Ansprechstelle für die Frauen“ sein soll – man merke: damals für alle Arbeitnehmerinnen in ganz Österreich (!) – sondern auch, dass dafür lediglich „zwei Planstellen“ eingerichtet werden, nämlich für die Anwältin für Gleichbehandlungsfragen und eine Stellvertreterin.*

*Zu zweit habt Ihr 1990 begonnen und heute kannst Du auf ein zehnmal größeres Team von engagierten Frauen – österreichweit – blicken. Auch beim Wachsen und Gedeihen der Gleichbehandlungsanwaltschaft verhielt es sich abermals so, dass sich nicht nur die Zahl der Gleichbehandlungsanwältinnen vervielfacht hat, sondern auch die Aufgaben, die zu bewältigen waren. So wurde 1992 das Verbot der sexuellen Belästigung eingeführt, was zu einem enormen Anstieg an Fällen, die an die Gleichbehandlungsanwaltschaft und an die Gleichbehandlungskommission herangetragen wurden, geführt hat, von der Komplexität der Aufgabe, dieses Verbot in die Praxis zu bringen, ganz zu schweigen. Darüber hinaus wurde der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsrechts im Zuge seiner Verdichtung auf Ebene der Europäischen Union auf weitere Diskriminierungsmerkmale erstreckt, nämlich die Merkmale der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters und der sexuellen Orientierung. Dazu kam die Erweiterung über die unselbständige Beschäftigung hinaus auf alle Sparten der Arbeitswelt, so auch auf die selbständige Erwerbstätigkeit. Bei den Merkmalen des Geschlechts und der ethnischen Herkunft wurde der Anwendungsbereich zudem auch auf den Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen erstreckt.*

*Du hast der Gleichbehandlungsanwaltschaft Leben eingehaucht und hast ihr ein erstes Gesicht gegeben. Du und Dein Team, Ihr habt trotz ständig knapper Ressourcen stets mit sehr viel Engagement das enorm wichtige Bindeglied zwischen den Rechtsuchenden und der Gleichbehandlungskommission gebildet. Dafür gebührt Dir und Deinem Team ganz großer Dank und jede erdenkliche Anerkennung.*

*Die Gleichbehandlungskommission ist auch jene Stelle, in der wir uns im Jahr 1995 näher kennengelernt haben, da ich damals knapp vier Jahre lang die Ehre und durchaus auch das Vergnügen hatte, als Vorsitzende dieser Kommission zu fungieren und dabei Entscheidungen in Diskriminierungsfällen herbeizuführen, die vor allem die Gleichbehandlungsanwaltschaft an die Kommission herangetragen hat.*

*Du hast natürlich auch über den Tellerrand hinausgeblickt und Dich mit gleichartigen Institutionen in ganz Europa vernetzt. So hast du im Jahr 2005 zusammen mit anderen europäischen Gleichstellungsinstitutionen das European Network of Equality Bodies (EQUINET) gegründet, das 46 Organisationen aus 34 europäischen Staaten zusammenbringt, um Diskriminierungen verschiedenster Art zu bekämpfen. Du warst aber nicht nur Mitbegründerin dieses Netzwerks sondern auch vier Jahre lang Vorstandsmitglied und hast zuletzt maßgeblich an der Erarbeitung von einheitlichen Standards für Gleichbehandlungsstellen mitgearbeitet. Schließlich warst Du auch seit dem Jahr 2009 Mitglied des ExpertInnenforums des Europäischen Instituts für Geschlechtergleichstellung der Europäischen Union.*

*Liebe Ingrid!*

*Selbst bezeichnest Du Dich als „typische Feministin der 1970er-Jahre“ und siehst Dich durch Johanna Dohnal und Bruno Kreisky politisiert. In einem Interview hast Du vor*

wenigen Jahren gesagt, Du seist heute froh, nicht den extrem belastenden Weg als Politikerin eingeschlagen zu haben. Aber als ein Spaziergang im Sonnenschein kann Dein beruflicher Lebenslauf auch nicht gerade bezeichnet werden. Stets ist es Dir darum gegangen, die von Diskriminierung betroffenen Frauen (und auch Männer) in den Mittelpunkt zu rücken und ihnen jene Unterstützung zukommen zu lassen, die sie für die Bewältigung ihres Konfliktes am Arbeitsplatz benötigen. Oft war es nicht nur wichtig, die Betroffenen rechtlich und strategisch zu beraten, sondern sie für die juristische Eskalation, die die Verfahren vor der Kommission und den Gerichten ja zumeist bedeuten, erstmal „fit“ zu machen, also war und ist es ja auch eine zutiefst psychologische Aufgabe, weit über das Juristische hinaus, die Du und Dein Team hier vollbringt.

Der Umstand, dass Frauen, die sich gegen Diskriminierung rechtlich wehren wollen, zunächst einmal „empowered“ werden müssen, zeigt sich sehr deutlich anhand von Fällen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, jenem Diskriminierungsfeld, das, wie ich eingangs erwähnt habe, kurz nach der Gründung der Gleichbehandlungsanwaltschaft rechtlich verankert wurde. Und auch hier hast Du die Rolle der Pionierin übernommen: Anlässlich der Präsentation eines Deiner ersten Tätigkeitsberichte im Jahr 1995 hast Du geradezu naturwissenschaftlich die präsumtiven Täter, ihre Rolle, ihre Machtmechanismen und ihre Psyche gleichsam seziiert und auf einem Präsentierteller sichtbar gemacht: So sei der häufigste Täter sexueller Belästigung am Arbeitsplatz der Vorgesetzte, der im Unternehmen als „unentbehrlich“ gilt, von Dir anschaulich als „Betriebskaiser“ bezeichnet, der von ihm abhängige Frauen „auf eine sehr direkte und machtdemonstrierende Art und Weise“ belästige. Etwas differenzierter gehe „der auf Diskretion bedachte väterliche Chef“ vor, der seiner Untergebenen „betont freundlich“ begegne und der Frau dabei „schleichend näher“ rücke, ohne gleich eine direkte Handlung zu setzen. Du hast auch bereits sehr früh erkannt, dass der „klassische“ Belästiger „keine ausgeprägten Merkmale“ mit sich tragen muss und daher oft nicht sofort zu erkennen ist. Auch hast Du darauf hingewiesen, dass sexuelle Belästigung auch in Form verbaler Demütigungen stattfindet, zB wenn Frauen durch Witze öffentlich herabgesetzt werden, sowie, dass massive körperliche Übergriffe hauptsächlich Frauen treffen, die in der Hierarchie eines Betriebes „ganz unten“ angesiedelt sind, wie Hilfskräfte, nicht gemeldete, ausländische oder Arbeitnehmerinnen mit besonderen Bedürfnissen. Heute mag uns das alles sehr vertraut und bekannt vorkommen, aber vor 25 Jahren stellte es einen Tabubruch dar, diese Phänomene öffentlich anzusprechen und als Rechtsbrüche zu qualifizieren. Die Aktualität deiner Erkenntnisse wird auch durch die „Me too“-Debatte deutlich, hast Du zu dieser doch treffend bemerkt, dass jede Aktion wie diese wichtig ist und das Signal aussendet, dass Frauen nicht mehr schweigen und die gesellschaftlichen Strukturen hinter den Übergriffen sichtbar machen.

Ein weiterer Gegenstand Deiner Arbeit, der zu Beginn Deiner Tätigkeit als Gleichbehandlungsanwältin bereits virulent war und bis heute leider nichts an Aktualität eingebüßt hat, sind die Einkommensungleichheiten zwischen Frauen und Männern. Dabei

*hast Du zunächst natürlich die einzelnen Fälle von Lohndiskriminierung aufgegriffen und vor die Kommission gebracht, hast aber stets auch die undurchschaubaren Gehaltssysteme und die mangelnde Entgelttransparenz kritisiert. Und weil steter Tropfen bekanntlich den Stein höhlt, haben auch deine Forderungen im Jahr 2011 dazu beigetragen, dass mit einer Novelle zum Gleichbehandlungsgesetz die Unternehmen zur Erstellung von Einkommensberichten und zur Veröffentlichung von Entgeltinformationen in Stelleninseraten verpflichtet werden, wodurch nun die Scheinwerfer der Einkommensberichte die Düsternis der intransparenten Entlohnungssysteme etwas erhellen.*

*Ob Lohnungleichheiten oder jede andere Form der Diskriminierung, stets hast Du es hervorragend verstanden, die hinter den „Einzelfällen“ stehenden strukturellen, gesellschaftlichen Ursachen und Phänomene zu identifizieren und zu benennen, nämlich, dass Diskriminierungsmechanismen auf gesellschaftlichen Machtungleichheiten beruhen, die es auch bzw primär zu beseitigen gilt.*

*Zur Funktion des Rechts in der Gesellschaft siehst Du dessen klare Stärke vor allem auch in der Bewusstseinsbildung, wenn Du sagst: „Das Gleichbehandlungsrecht nimmt den Betroffenen die Last, ihr Gefühl des Unrechts und der Benachteiligung erst definieren zu müssen und macht Diskriminierung zum Problem derer, die ein Gesetz verletzen.“*

*Die Wechselwirkungen zwischen der Position der Einzelnen und dem gesamtgesellschaftlichen Gefüge waren somit bei Deiner Arbeit stets im Fokus: So hast Du anlässlich der Verleihung des Wiener Frauenpreises, den Du wohlverdient bereits im Jahr 2003 bekommen hast, die Bedeutung der ökonomischen Unabhängigkeit von Frauen für die gesellschaftliche Weiterentwicklung hervorgehoben, indem Du sagst, „wenn es die ökonomische Unabhängigkeit der Frauen nicht gibt, kommt der Feminismus in Schwierigkeiten“. Mit diesen Worten stehst Du letztlich wieder ganz in der Tradition unserer ersten Frauenministerin Johanna Dohnal, die daran erinnerte, dass die Vision des Feminismus nicht eine „weibliche Zukunft“ ist, sondern eine menschliche, ohne Rollenzwänge, ohne Macht- und Gewaltverhältnisse, ohne Männerbündelei und ohne Weiblichkeitswahn.*

*Mit der Hoffnung für uns alle auf eine solche Zukunft möchte ich nun schließen und Dir, liebe Ingrid, alles Gute und Schöne zu Deinem ganz besonderen Geburtstag wünschen, für die „große Freiheit“, die nun vor Dir liegt, viel Freude und spannende Erlebnisse, und zwischendurch auch einmal Ruhe und Gelassenheit!*

*Und dem Team der Gleichbehandlungsanwaltschaft, das Du nun verlässt, wünsche ich jeden erdenklichen Erfolg, die Energie und vor allem auch die Ressourcen, die es braucht, um die vor ihr liegenden Aufgaben weiterhin so bravourös zu meistern!*

Dr.<sup>in</sup> Anna Sporrer ist Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichtshofes; vizepraesidentin@vwgh.gv.at

# Thema: Wissen im Recht

## Vorwort der Gastherausgeber\_innen

Andrea Kretschmann / Christoph Stoll / Caroline Voithofer

---

### 1. Das Thema: Wissen im Recht

Ob explizit in Form von wissenschaftlichen Theoretisierungen, implizit in geteilten professionellen (Vor-)Verständnissen oder aber als Alltagstheorien von Lai\_innen – rechtliches und rechtsbezogenes Wissen prägt rechtliches Denken und Handeln innerhalb der Rechtswissenschaften und bestimmt die Rechtspraxis. Den Dingen in rechtlicher Hinsicht sinngebend, verleiht es den Akteur\_innen eine Art praktische Sicherheit darüber, wie Recht anzuwenden und zu verstehen ist. Dabei ist dieses Wissen nicht einfach gegeben, sondern es wird in seiner Gültigkeit und Geltungskraft erst durch die Akteur\_innen selbst, durch ihr regelmäßiges Sagen und Tun, hervorgebracht. Jedes noch so voraussetzungslos universal, rational oder richtig erscheinende rechtliche Wissen ist insofern durch ein kulturelles Verständnis dessen geprägt, was jeweils als Recht gilt und welche rechtliche Bearbeitung als richtig erachtet wird.

Das betrifft zum einen ihrer Bedeutungszuschreibung nach innerjuristische Wissensbestände wie etwa herrschende Rechtsmeinungen, Auslegungsweisen und Auslegungsmethoden, deren implizite Menschenbilder, Auffassungen über richtige und falsche Staatsverständnisse oder Wirtschaftsweisen – Wissensbestände, die innerhalb der Rechtswissenschaften und Rechtsanwendung in der Regel unreflektiert bleiben. Zum anderen betrifft dies aber auch solche Typen des Wissens, die für die Rechtswissenschaften und die Rechtspraxis relevant werden. Aus einer juristischen Innenperspektive heraus werden sie für gewöhnlich als außerrechtlich qualifiziert: Obwohl etwa ein psychiatrisches Gutachten zweifellos einen von der Rechtsdogmatik zu unterscheidenden Typ von Wissen darstellt, sind dessen Schlussfolgerungen oftmals zentral für den Ausgang eines (Straf-)Prozesses. Auch etwa als soziologisch, ökonomisch oder psychoanalytisch bestimmbares Wissen über soziale Normen fließt wie selbstverständlich in den Gesetzgebungsprozess, die legitistische Ausgestaltung bestimmter Normen und in die Rechtsanwendung mit ein.<sup>1</sup>

---

1 Zum Verweis auf soziale Normen etwa § 346 UGB (Handelsbrauch) oder § 40 TAG (Bühnengewohnheiten).

Wenn Recht aus einem kritischen Verständnis heraus als „geronnene Politik“ bezeichnet wird, so bedeutet dies immer auch, es als eine Form von „geronnenem Wissen“ zu verstehen,<sup>2</sup> wobei sich die juristische Praxis – abgesehen von bestimmten (inner-)rechtlich vorhandenen Ausnahmen wie etwa der Guten-Sitten-Klausel des § 879 Abs 1 ABGB – in der Regel darum bemüht, die „Reinheit“ einer von verschiedenem Wissen und Interessen durchtränkten Norm herauszustellen. Es handelt sich hierbei zum einen um intendierte Abschottungsversuche der Rechtswissenschaft und der Rechtspraxis, zum anderen aber auch um unbewusste Grenzsetzungen, wie sie – der Absicherung der Sphäre des Rechts als eigenem Sinnzusammenhang mit eigenen Problemdefinitionen und -lösungsstrategien dienend – seit der Ausdifferenzierung des Rechts als eigenem sozialen Mikrokosmos bestehen.

Welchem Wissen im Recht welche Funktionen und Effekte zukommen und wie sich im Recht vermeintlich externe Rechtsbestände behaupten können, dies ist Gegenstand des vorliegenden Themenschwerpunkts.

## 2. Die Beiträge des Schwerpunkts

Im ersten Beitrag mit dem Titel „Rechtssoziologie versus ‚Recht in der Soziologie‘“ untersucht *Doris Schweitzer* die Effekte der gegenwärtigen soziologischen Betrachtung von Recht entweder entlang der Frage nach der „Gesellschaft im Recht“, oder aber nach dem „Recht der Gesellschaft“. *Schweitzer* kritisiert beide Herangehensweisen, da sie dazu zwingen, „eine Position entweder zu Lasten der Soziologie oder aber zu Lasten des Rechts und der Rechtswissenschaft (als Reflexionstheorie des Rechts) einnehmen zu müssen“; dabei unter Hierarchisierung der Wissensarten in der Rechtssoziologie entweder in Form der Bezugnahme auf die Soziologie als Hilfsdisziplin bzw der erneuten Forderung nach einer Soziologisierung der Rechtswissenschaft. Im vor diesem Hintergrund vielfach postulierten Ruf nach mehr trans- oder interdisziplinärer Forschung sieht sie jedoch keinen Ausweg. Vielmehr formuliert sie in Anschluss an ältere Perspektiven der Soziologie auf das Recht eine „dritte“ Herangehensweise, die die herkömmlichen Perspektiven der Rechtssoziologie verkehrt. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass sie von dem heutigen eher begrenzten und meist eher empirisch geprägten Anspruch der Rechtssoziologie als einer lediglich soziologischen Teildisziplin Abstand nimmt und die Auseinandersetzung mit Recht in den Zusammenhang der Entwicklung von genuin soziologischer Theorie stellt. Sie sieht durch eine solche Auseinandersetzung mit Recht die Möglichkeit gegeben, auch allgemeine gesellschafts- und sozialtheoretische Erkenntnisse erzielen zu können.

*Judith Kohlenberger* geht in ihrem Beitrag mit dem Titel „Ist das Wissen oder kann das weg? Wissenschaftstheoretische Ansätze zur Produktion von (rechtlichem) Wissen“ der

---

2 Die Bezeichnung des Rechts als „geronnene Politik“ stammt vom dt Verfassungsrichter *Dieter Grimm*.

historischen, räumlichen und sozio-kulturellen Einbettung von wissenschaftlichem Wissen nach und thematisiert dessen zunehmende Bedeutung als Ressource, ua im Umgang mit und in der Ausgestaltung und Anwendung von Recht. Dabei erörtert sie, wie die Legitimationskrise der Wissenschaft wesentlich zur Problematisierung eines absoluten, universellen Wissensbegriffs, wie er auch dem Recht inhärent ist, beiträgt. Der Verlust des Glaubens an die Existenz und Möglichkeit des Zugriffs auf eine objektiv zugängliche Welt birgt ihr zufolge jedoch die Möglichkeit, scheinbar neutrales Wissen auf seine Entstehungsbedingen und damit auch auf ihm inhärente Machtverhältnisse hin zu befragen. Externem Wissen in der spezifischen Form von Sachverständigengutachten widmet *Monika Stempkowski* ihren Beitrag mit dem Titel „Gefährlichkeitsprognosen im Strafverfahren“. Sie beschäftigt sich dabei mit jenen Gutachten, die die Gefährlichkeit von „geistig abnormen Rechtsbrecher\_innen“ nach § 21 StGB beurteilen sollen und dabei die Basis für Gefährlichkeitsprognosen darstellen. Dabei problematisiert sie die Methoden, die gegenwärtig in Ö bei der Gutachtenerstellung Anwendung finden. Im Anschluss skizziert sie Verbesserungsvorschläge für die Gutachtenspraxis in diesem Bereich.

Dem Unbewussten im Recht versucht *Dominik Schäfers* mit dem Beitrag „Die unbewusste Dimension der Rechtsdiskurse. Ein Beitrag zur psychoanalytischen Rechtstheorie“ auf die Spur zu kommen. Dabei bietet *Schäfers* Einblicke in die kaum beachteten Bereiche der psychoanalytisch geprägten Rechtstheorie und Rechtspsychologie – und versucht das Unmögliche: Bewusstsein für das Unbewusste zu schaffen. Er geht dabei davon aus, dass sowohl Denken als auch Handeln in Rechtswissenschaft und -praxis durch explizites und implizites Wissen und durch unbewusste Prozesse beeinflusst werden. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie den rechtlich handelnden Akteur\_innen nicht zugänglich sind. Aus Sicht der Rechtsanwendung stellt sich diese Problematik verschärft, da Unbewusstes mit rechtsdogmatischen Methoden nicht aufgedeckt werden kann. Daher plädiert *Schäfers* für eine Bewusstmachung des Unbewussten anhand von psychologischen und psychoanalytischen Untersuchungen. Im Beitrag reflektiert er etwa am Bsp der Irrtumsanfechtung, wie Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft mittels einer psychoanalytischen Betrachtung reflektiert werden können.

*John Comaroff* stellt im Interview „The Legalization of Everyday Life. Reflections on Law/fare, Politics, and the History of the Present“, das *Andrea Kretschmann* mit ihm führte, die Perspektive des Wissens von Lai\_innen auf das Recht und ihre Bezugnahme auf selbiges dar. Beides verortet er dabei wesentlich im Kontext der gegenwärtigen Strukturiertheit des Rechts unter kapitalistischen Vorzeichen.

*Caroline Voithofer* widmet sich in ihrem Beitrag „Generalklauseln als Mittel der Eingliederung von ‚externem Wissen‘ im Recht. Überlegungen am Beispiel der Guten-Sitten-Klausel des Schuldrechts“ dem legistischen Mittel der „Generalklausel“. Ermöglicht es als Verweisungsnorm, externes Wissen ins Recht aufzunehmen, sofern sie einerseits auf externes Wissen verweisen und sofern andererseits – im Rahmen ihrer Auslegung in Form einer Konkretisierung des Bedeutungsinhaltes – externes Wissen herangezogen wird. Zu-

nächst präzisiert sie die dem Text zugrunde gelegten Verständnisse von „externem Wissen“ und „Generalklausel“ und erörtert anschließend, unter welchen Voraussetzungen Generalklauseln als Mittel der Eingliederung von „externem“ Wissen im Recht fungieren können. Abschließend beleuchtet *Voithofer* das Beispiel der Guten-Sitten-Klausel des Schuldrechts (§ 879 Abs 1 ABGB).

Zahlreiche weitere Themen harren im Zusammenhang mit der Frage nach dem „Wissen im Recht“ der Bearbeitung. Viele davon werden im Rahmen des Vierten Kongresses der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, der von 13.–15. September 2018 in Basel stattfinden wird, behandelt, dessen Programm unter [www.recht-und-gesellschaft/info/basel2018](http://www.recht-und-gesellschaft/info/basel2018) ab Juni 2018 zugänglich ist, sodass bereits jetzt eine Weiterbeschäftigung mit dem Themenfeld gesichert ist.

Dr.<sup>in</sup> Andrea Kretschmann ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Leiterin des Forschungsschwerpunkts „Krise und Konstitution gesellschaftlicher Ordnungen“ am deutsch-französischen Wissenschaftszentrum Centre Marc Bloch, Institut der Humboldt Universität zu Berlin, sowie Redaktionsmitglied des *juridikum*; [andrea.kretschmann@cmb.hu-berlin.de](mailto:andrea.kretschmann@cmb.hu-berlin.de)

MMag. Christoph Stoll ist Doktorand am Institut für Römisches Recht und Rechtsgeschichte an der Universität Innsbruck und Redaktionsmitglied des *juridikum*; [christoph.stoll@uibk.ac.at](mailto:christoph.stoll@uibk.ac.at)

Dr.<sup>in</sup> Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck, wo sie derzeit an ihrer Habilitation arbeitet und Redaktionsmitglied des *juridikum*; [caroline.voithofer@uibk.ac.at](mailto:caroline.voithofer@uibk.ac.at)

# Rechtssoziologie versus „Recht in der Soziologie“

Anmerkungen zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Soziologie aus soziologiegeschichtlicher Perspektive

Doris Schweitzer

---

## 1. Einleitung

Fragt man nach dem Verhältnis zwischen rechtlichem und soziologischem Wissen, so wird man im deutschsprachigen Raum gemeinhin auf die Rechtssoziologie verwiesen.<sup>1</sup> Damit betritt man kein unproblematisches Terrain. Denn abgesehen von dem Verortungsproblem im Kanon der Fächer – sei es als Grundlagenfach der Rechtswissenschaft oder sei es als eine spezielle Soziologie – wird man mit dem Umstand konfrontiert, dass die Rechtssoziologie in beiden Disziplinen heute eine nur marginale Rolle spielt. Dies liegt – so die These – in den idealtypischen Perspektiven der Rechtssoziologie selbst begründet. Denn sowohl die „soziologische Jurisprudenz“ als auch die „Soziologie des Rechts“ bauen auf spezifischen Asymmetrien des Wissens im Sinne einer Ungleichgewichtung der Wissensarten der beiden beteiligten Fächer auf (2).<sup>2</sup> Geht man historisch zum Ursprung dieser Asymmetrien zurück, so zeigt sich gerade in der Gründungsphase der Soziologie als eigenständige Disziplin demgegenüber eine dritte Art und Weise der Verhältnisbestimmung von rechtlichem und soziologischem Wissen: im Recht gesellschafts- und sozialtheoretische Implikationen ausfindig zu machen (3). In dieser Perspektive wird zum einen gewährleistet, dass die gegenwärtigen Entwicklungen im Recht und des Rechts auf seinen verschiedenen Ebenen ernst genommen werden. Zum anderen birgt dieser Ansatz ein spezifisches kritisches Potential. Denn wenn solche Implikationen aufgezeigt werden, lässt sich zugleich das rechtlich produzierte Wissen aus einer gesellschafts- und sozialtheoretischen Perspektive kritisch hinterfragen (4).

---

1 Dies gilt nicht unbedingt für die anglophone Tradition, in der sich die „law and society“-Forschung mit ihrer starken Verankerung an den Law Schools methodisch und thematisch auch jenseits rechtssoziologischer Forschung bewegt, vgl. *Wrase*, Rechtssoziologie und Law and Society – Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch, *ZfRSoz* 2006, 289. Ebenso ist eine Differenz zum rechtssoziologischen Feld in Frankreich zu markieren, in dem die Frage der Interdisziplinarität gerade auch mit Blick auf das Recht viel offener korreliert wird, vgl. *Condé*, Droit et Société – oder der Pluralismus einer Zeitschrift für Theorie und Sozialwissenschaften des Rechts, *ZfRSoz* 2017, 160. Um jedoch meinen Punkt klar herausarbeiten zu können, beziehe ich mich explizit auf die Situation der Rechtssoziologie im deutschsprachigen Raum.

2 Zu der in der deutschen Rechtssoziologie geläufigen Unterscheidung zwischen dem Paradigma der „soziologischen Jurisprudenz“ und demjenigen der „Soziologie des Rechts“ vgl. *Machura*, Stand und Perspektiven der deutschen Rechtssoziologie in *Orth/Schwietering/Weiss* (Hrsg.), *Soziologische Forschung* (2003) 415.

## 2. Die Asymmetrien in den herkömmlichen Rechtssoziologien

In den traditionellen rechtssoziologischen Ansätzen wird „das Recht“ mittels „der Gesellschaft“ problematisiert – wenn man etwa versucht, die sozialen Einflüsse auf das Recht zu bestimmen, oder aber darauf abzielt, eine explizit gesellschaftstheoretische Bestimmung des Rechts zu geben. Diese doppelte Art und Weise, das Recht soziologisch infrage zu stellen, findet seine Entsprechung in den beiden – va im deutschen Sprachraum – paradigmatischen Perspektiven der traditionellen Rechtssoziologie, dh in der „soziologischen Jurisprudenz“ und in der „Soziologie des Rechts“.

### 2.1. „Soziologische Jurisprudenz“ und „Soziologie des Rechts“ ...

Die „soziologische Jurisprudenz“ untersucht in ihrer idealtypischen Form die Einflüsse der gesellschaftlichen Sphäre im Prozess der Herstellung des Rechts. Einsatzpunkt solcher zumeist rechtskritischen Ansätze ist die Konfrontation des juristischen Ideals der juristischen Entscheidungsfindung mit dessen Realität. So haben gerade im Bereich der Justizforschung eine Reihe von Untersuchungen der gerichtlichen Urteilsfindung auf die Distanz der Darstellung des Urteils zu den tatsächlichen Einflussfaktoren in seiner Herstellung hingewiesen.<sup>3</sup> Die Studien gelangten zu dem Ergebnis, dass politische Ideologien, Rücksicht auf existierende Macht- und Ungleichheitsstrukturen wie insb Klassen- oder Schichtmerkmale, Geschlechtszugehörigkeit, karrierepragmatische Gründe,<sup>4</sup> sonstige Grundüberzeugungen oder Gemeinplätze das gerichtliche Urteil (mit-)bestimmen.<sup>5</sup> In diesen justiz- und gesellschaftskritischen Untersuchungen wird insb geltend gemacht, dass die Urteile auf außerrechtlichen und damit aus rechtsinterner Perspektive auf illegitimen Entscheidungsgründen basieren.<sup>6</sup> In einem gewissen Sinne wird also nach der „Gesellschaft im Recht“ gefragt – allerdings als etwas, das von außen eindringt und die rechtlichen Abgrenzungsbemühungen unterwandert.

Zu ganz anderen soziologischen Problematisierungen des Rechts führt demgegenüber die Perspektive der „Soziologie des Rechts“. Hierbei wird das Recht in erster Linie als gesellschaftliches Phänomen beschrieben, es wird in der Gesellschaft verortet und aus gesellschaftstheoretischer Perspektive auf seine Funktionen für die Gesellschaft und seine Funktionsweisen innerhalb der Gesellschaft hin untersucht bzw problematisiert.<sup>7</sup> Ge-

---

3 Im deutschsprachigen Raum ist die Studie von *Lautmann*, *Justiz – die stille Gewalt* aus dem Jahre 1972 am bekanntesten, in der er nachwies, dass die methodischen Ideale der Jurisprudenz, also die Vorgaben der juristischen Methodenlehre, und die alltägliche Realität der richterlichen Arbeit weit auseinanderklaffen.

4 Vgl die Nachweise bei *Schweitzer*, *Wie das Recht dem Ethnographen im Gerichtssaal abhanden kam* in *Tellmann* (Hrsg), *Wissen, wie Recht ist* (2016) 145 (147f).

5 Zum Einfluss von Grundüberzeugungen vgl *Segal/Spaeth*, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited* (2002), zu dem der Gemeinplätze *Sisk/Heise/Morriss*, *Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning*, *New York University Law Review* 1998, 1377.

6 Diesem explizit kritischen Gestus, der in den Rechtswissenschaften vielfach auf Widerstand gestoßen ist, wird eine entscheidende Rolle für Probleme der Entwicklung der Rechtssoziologie zugeschrieben.

7 Vgl *Röhl*, *Rechtssoziologie*. Ein Lehrbuch (1987) 575ff mwN.

fragt wird nach dem „Recht in der Gesellschaft“ bzw – in den Worten *Luhmanns*, einem der Hauptvertreter dieser Perspektive – nach dem „Recht der Gesellschaft“.<sup>8</sup> Ziel ist es also, eine gehaltvolle soziologische Theorie des Rechts zu entwickeln, die eine Fremdbeschreibung eines Rechts liefert, das sich im Zuge der Moderne gegenüber anderen Funktionssystemen ausdifferenziert hat.<sup>9</sup>

## 2.2 ... und ihre impliziten Asymmetrien des Wissens

Diesen beiden idealtypischen Perspektiven der Rechtssoziologie sind jedoch spezifische Asymmetrien im Sinne einer Ungleichgewichtung der Wissensarten der beiden beteiligten Fächer inhärent. Das zeigt sich insb in den Forderungen, die an die jeweilige Disziplin herangetragen werden:

Wird im Rahmen der „soziologischen Jurisprudenz“ nach den gesellschaftlichen Einflüssen auf das Recht oder der Relevanz außerjuridischen Wissens im Recht gefragt, so wird dies zumeist mit der Forderung nach einer Rechtswissenschaften „mit mehr Soziologie“ verbunden. Denn die Soziologie stehe „vor den Toren der Jurisprudenz“, wie *Lautmann* in der Hochphase der bundesrepublikanischen Rechtssoziologie in den 1970er Jahren proklamierte, und verlangt den ihr gebührenden Einlass.<sup>10</sup>

Dieser Forderung wiederum liegt die Annahme fundamentaler Divergenzen zugrunde: Einerseits wird von einer Inkongruenz zwischen dem „gelebten Recht“, dh der tatsächlich empirisch anzutreffenden Rechtswirklichkeit, und dem rechtsdogmatischen Wissen, das sich aus dem Gesetz herleitet, ausgegangen.<sup>11</sup> Denn wie *Sinzheimer* bereits 1909 anmerkte: „Die Rechtsordnung braucht sich mit der Rechtswirklichkeit nicht zu decken und deckt sich auch tatsächlich mit ihr in vielen Beziehungen nicht. Denn nicht alles geltende Recht ist wirksam und nicht alles wirksame Recht ist ausgesprochen.“<sup>12</sup>

8 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993).

9 ME muss man hierzu aber ebenso die gegenwärtigen Ansätze zählen, die Recht zunehmend als soziale Praxis verstehen (vgl bspw *Banakar*, Reflections on the Methodological Issues of the Sociology of Law, *Journal of Law and Society* 2000, 273; *Morlok/Kölbe/Launhardt*, Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre, *Rechtstheorie* 2000, 15; *Wrase*, Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie in *Cottier/Estermann* (Hrsg), *Wie wirkt Recht?* (2010) 113) bzw parallel zu den Entwicklungen in der Soziologie seine performativen, operationalen und medialen Existenzweisen in den Vordergrund rücken (vgl *Scheffer*, Rechtssoziologie in *Endruweit/Trommsdorff/Burzan* (Hrsg), *Wörterbuch der Soziologie* (2014) 396). Auch wenn es dabei nicht um den Entwurf neuer soziologischer Großtheorien geht (ebenso wie den Großtheorien im Zuge dieser Theorieentwicklungen eine Absage erteilt wurde), wird Recht als soziales bzw kulturelles Phänomen verstanden, das sich den neuen Erklärungsansätzen für die kontingenten und konstruierten gesellschaftlichen bzw kulturellen Phänomene zu stellen hat. Also wird auch „das“ Recht mittels den gesellschaftstheoretischen Überlegungen problematisiert.

10 *Lautmann*, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Zur Kooperation der beiden Disziplinen (1971); zur Geschichte der Rechtssoziologie in Deutschland vgl *Wrase*, *ZfRSoz* 2006 mwN.

11 Bereits *Eugen Ehrlich*, einer der renommiertesten Vertreter der Freirechtsschule, legte den Fokus auf die Herstellung des Rechts. Seine Überlegungen zum „lebenden Recht“ wurden im englischsprachigen Raum zum Ausgangspunkte der *law in action*-Bewegung (vgl *Cotterrell*, Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in *Legal Studies in Hertogh* (Hrsg), *Living law. Reconsidering Eugen Ehrlich* (2009) 75). Im Mittelpunkt steht dabei die Untersuchung der Rechtswirklichkeit in ihrer Diskrepanz zur Rechtstheorie und -dogmatik (*law in the books*) (vgl *Pound*, *Law in the Books and Law in Action*, *American Law Review* 1910, 354).

12 *Sinzheimer*, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (1909) 5 HiO.

Andererseits geht man von einer wissenschaftstheoretischen Divergenz zwischen soziologischer und rechtswissenschaftlicher Erkenntnisweise aus, wie sie in der erkenntnistheoretischen Scheidung von Sein und Sollen zum Ausdruck kommt. Das führt zu einer Differenzierung von soziologischer Seins- oder „Kausalwissenschaft“ und Rechtswissenschaften als spezifisch normativer oder „Normwissenschaft“.<sup>13</sup>

Diese Inkongruenzen und Divergenzen führen zu einer spezifischen Konkurrenzsituation, der mit einer Hierarchisierung der Wissensarten in der Rechtssoziologie begegnet wird. Dabei wird auf der einen Seite von einer dominierenden Rolle der rechtsdogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaften ausgegangen, die die Soziologie zu einer zuarbeitenden „Hilfswissenschaft“<sup>14</sup> degradiert, selbst wenn ein Bezug auf die Erkenntnis der empirischen Rechtswirklichkeit als notwendig angesehen wird.<sup>15</sup> Das gilt aber letztlich auch für die entgegengesetzte Position, dh für die Forderung nach der Soziologisierung der Rechtswissenschaften.<sup>16</sup> Selbst wenn nun der Soziologie eine führende Rolle zugesprochen wird, indem sich die Rechtsdogmatik und -methode deren Erkenntnissen anzupassen habe, zielt auch diese Forderung nach einem „mehr Soziologie“ letztlich auf die Rechtswissenschaften. So gilt etwa für so einen prominenten Verfechter der Rechtssoziologie wie *Kantorowicz*, dass sie „fruchtbringend nur von Fachmännern der Jurisprudenz, gewissermaßen im Nebenamt, betrieben werden könne [...]“.<sup>17</sup> Die Kompetenz zur Problemdefinition wird also bei der Rechtswissenschaft verortet, und die soziologische Theorie als solche erweist sich im Rahmen einer solchen Rechtssoziologie nur bedingt als irritationsfähig in dem Sinne, dass von ihr Anregungen, Kritiken oder Problembestimmungen für die Rechtswissenschaften ausgehen könnte.<sup>18</sup> Der Fokus liegt auf der Beschreibung der Rezeption von Soziologie durch das Recht, oder anders formuliert: auf der Bestimmung der rechtlichen Relevanz der Soziologie.<sup>19</sup> Soziologische Jurisprudenz und ihre heutigen Ausläufer der „Kritischen Systemtheorie des Rechts“ geben dabei – so *Bora* – „die Stringenz soziologischer Theorie des Rechts zugunsten einer normativ ‚brauchbaren‘ soziologisierten Rechtstheorie tendenziell auf.“<sup>20</sup> Insofern erweist sich selbst hier die Soziologie als der unterlegene Pol: Sie kommuniziert nicht auf Augenhöhe mit der

13 Vgl etwa *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911) VI.

14 Das wird auch nicht dadurch relativiert, dass man den Status der „Hilfswissenschaft“ zu einer Art „Ehrentitel“ umzudeuten versucht, vgl *Rehbinder*, Rechtssoziologie<sup>3</sup> (2003) 8; zur Kritik statt vieler *Machura*, Die Aufgabe(n) der Rechtssoziologie. Eine Antwort an Theo Rasehorn, *ZfRSoz* 2001, 293.

15 *Nußbaum*, Über Aufgabe und Wesen der Jurisprudenz, *Zeitschrift für Socialwissenschaft* 1906, 1 (5).

16 Vgl *Lautmann*, Soziologie vor den Toren, 7; *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft (1995). Wie die empirischen Untersuchungen des richterlichen Entscheidungsverhalten zeigten, sind die rechtlichen Abgrenzungsbestrebungen zum Scheitern verurteilt. Daher wird eine Hinwendung zur Soziologie gefordert, um die relevanten Faktoren wissenschaftliche zugänglich zu machen.

17 *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie. Separatarausgabe (1911) 4.

18 Das gilt auch für die rechtssoziologischen Arbeiten der neueren Systemtheorie. Diese Position nimmt – so *Bora* – „eine fundamentale Inkongruenz, dh ein „Resonanzgefälle“ an, bei dem die Soziologie für die Umweltbeobachtungen der Funktionssysteme willkommene Unterstützung liefere, im Verhältnis zu deren Selbstbeschreibung allerdings stets inkongruente Fremdbeschreibung bleibe“ vgl *Bora*, Responsive Rechtssoziologie, *ZfRSoz* 2016, 261 (263).

19 Vgl *Bora*, *ZfRSoz* 2016, 264.

20 *Bora*, *ZfRSoz* 2016, 266.

Rechtswissenschaft, weshalb ihre genuinen Problemfelder (wie etwa die Frage der Stringenz eines soziologischen Entwurfs) keinerlei Irritationspotential entfalten können.

Ganz anders stellt sich das Ungleichgewicht der Disziplinen in der „Soziologie des Rechts“ dar: Fragt man idealtypisch nach der Funktion des Rechts für die bzw innerhalb der Gesellschaft, um eine gesellschaftstheoretische Bestimmung des Rechts zu liefern, so erweist sich gerade der Pol des Rechts als unterlegen. Denn selbst wenn es dabei um die Frage nach der soziologischen Relevanz des Rechts geht, ist die soziologische Theorie des Rechts, wie *Bora* eindrücklich darstellt, gegenüber der Rechtspraxis weithin sprachlos.<sup>21</sup> Paradoxerweise scheint der Rechtssoziologie eine eigentümliche Ignoranz gegenüber ihrem Gegenstand inhärent zu sein. Das hatte *Luhmann* schon gegenüber den Strömungen der empirischen Rechtssoziologie, va in Form der Richtersozilogie und Justizforschung, in den 1970er und 1980er Jahren geltend gemacht: „Es fehlt ihnen das Recht selbst.“<sup>22</sup> Und in der Folge wird die (mittlerweile bereits alte) Forderung nach einer (Rechts-)Soziologie „mit mehr Recht“ erhoben.

Dies betrifft aber nicht nur die empirischen Untersuchungen des Entscheidungsverhaltens, sondern auch die genuin gesellschaftstheoretischen Bestimmungen des Rechts. Denn hier wird nun aus soziologischer Perspektive eine BeobachterInnenposition bezogen, die kein Vokabular für Anschlussfähigkeit im Gegenstandsbereich besitzt.<sup>23</sup> Das bewirkt nicht nur, dass man einer solchen Soziologie des Rechts zu großen Teilen das Potential einer irritationsreichen Anregung absprechen muss, bewegt sie sich jenseits der rechtlichen Diskurse.<sup>24</sup> Vielmehr wird auch Gefahr gelaufen, am Gegenstand selbst vorbeizuzielen. Und in der Tat erweist sich die Rechtssoziologie nicht nur gegenüber der Rechtspraxis weithin sprachlos, sondern hat auch insb mit der Rechtsdogmatik, dh der in der hiesigen insitutionalisierten Form des Rechts so zentralen Reflexionstheorie des Rechts, allergrößte Probleme. Was fehlt, ist eine eigenständige genuin soziologische Beschäftigung mit Rechtsdogmatik.<sup>25</sup> Die Forderung nach einer Rechtssoziologie „mit mehr Recht“ richtet sich also genau gegen jene Ignoranz gegenüber dem Gegenstand, die sich in der Irrelevanz rechtlicher Praktiken und Diskurse, aber auch in der Irrelevanz der juristischen Selbstreflexionsebene in Form dogmatischen Wissens für die soziologische Theoriebildung des Rechts zeigt. Und nicht zuletzt deshalb erweist sich die derzeitige Soziologie des Rechts für die Rechtswissenschaften nur schwer anschlussfähig.

---

21 *Bora*, ZfRSoz 2016, 261.

22 *Luhmann*, Rechtssoziologie<sup>4</sup> (2008) 6.

23 *Bora*, ZfRSoz 2016, 263.

24 Dieses Problem betrifft sicherlich nicht nur die Rechtssoziologie. Im Gegensatz zu anderen Wissensfeldern nimmt das Wissen über gesellschaftliche Zusammenhänge des Rechts jedoch eine besondere Stellung ein. Denn die Frage nach dem Lebensbezug des Rechts bildet ein klassisches Problem der Rechtswissenschaften selbst.

25 *Schulz-Schaeffer*, Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie. Für eine Rechtssoziologie ‚mit noch mehr Recht‘, ZfRSoz 2004, 141 (142); *Benda-Beckmann*, Unterwerfung oder Distanz: Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer Sicht, ZfRSoz 1991, 97.

### 3. Das Recht in der Soziologie

Die Bestimmung des Verhältnisses von Rechtswissenschaft und Soziologie erweist sich also in den herkömmlichen paradigmatischen Rechtssoziologien als durchaus problematisch, scheint man doch gezwungen zu sein, eine Position entweder zu Lasten der Soziologie oder zu Lasten des Rechts und der Rechtswissenschaften (als Reflexionstheorie des Rechts) einnehmen zu müssen. Dieses Problem wird auch gegenwärtig deutlich erkannt: An Stelle der Bezugnahme auf die Soziologie als Hilfsdisziplin bzw der erneuten Forderung nach einer Soziologisierung der Rechtswissenschaften wird der Inkongruenz der wissenschaftlichen Perspektiven mit dem Ruf nach mehr trans- oder interdisziplinärer Forschung begegnet.<sup>26</sup>

Demgegenüber versucht etwa *Bora* aus Sicht der „Soziologie des Rechts“ eine responsive Rechtssoziologie zu entwerfen, die als soziologisch gehaltvolle responsive Außenbeobachtung die jeweiligen Autonomie- und Praxisdiskurse so kombiniert, dass externe Anschlussmöglichkeiten mit einbezogen werden.<sup>27</sup> Va aber geht es darum, eine soziologische Theorie des Rechts zu entwickeln, die sich gerade auf der soziologischen Seite mit den konkurrierenden juristischen Rechtstheorien, mit Wissenstransfer und „Eigennormativität“ auseinandersetzt und daher gerade nicht am Gegenstand vorbeizieht.<sup>28</sup>

Eine weitere Möglichkeit eröffnet sich in meinen Augen, wenn man zum historischen Ursprung der beschriebenen Asymmetrien zurückgeht, also zu der epistemischen Lage, in der die Rechtssoziologie in den wissenschaftlichen Diskurs eingebracht wurde. Dieser Ursprung ist um die Wende zum 20. Jahrhundert zu suchen. Denn die Forderung nach einer Soziologisierung der Rechtswissenschaften,<sup>29</sup> nach deren Grundlegung in der Soziologie<sup>30</sup> bzw nach einer Hinwendung zur empirischen Rechtswirklichkeit<sup>31</sup> wurde insb im juristischen Methodenstreit erhoben, wie er nach dem Inkrafttreten des BGBs im Jahr 1900 zwischen den Vertretern der Freirechtsschule und der Interessenjurisprudenz sowie den Verfechtern der nun kritisch als Begriffsjurisprudenz bezeichneten herrschenden Rechtsdogmatik entbrannte. Es ist dies aber auch die Zeit der Gründungsphase der So-

---

26 Vgl etwa *Baer*, Rechtssoziologie: eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung<sup>3</sup> (2017); *Kocher*, Die transdisziplinäre Rechtsforschung braucht die Rechtssoziologie – und umgekehrt, *ZfRSoz* 2016, 245; *Kirste* (Hrsg), Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften. Ein interdisziplinärer und internationaler Dialog (2016). Allerdings muss man in meinen Augen anmerken: Die Forderung nach mehr Interdisziplinarität mag zwar vordergründig einer Hierarchisierung der Disziplinen entgegensteuern. Gleichzeitig wird aber deutlich, dass dieser Ruf a) zumeist einseitig, nämlich von rechtswissenschaftlicher Seite, erhoben wird, was den Verdacht nahe legt, dass hier erneut Hilfsdienste gesucht werden; und b) ist damit noch nicht entschieden, ob die gefundenen Erkenntnisse Rückwirkungen auf die Rechtsdogmatik haben können oder ob damit vielmehr empirische Problemlagen erfolgreich in die Interdisziplinarität externalisiert werden sollen, um den Kernbereich der Rechtsdogmatik „rein“ zu halten.

27 *Bora*, *ZfRSoz* 2016, 269.

28 Vgl ebd.

29 Auf methodischer Ebene vgl etwa die Arbeiten von *Fuchs* (etwa *Fuchs/Foukles/Kaufmann*, Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre (1965), auf rechtstheoretischer Ebene vgl *Kornfeld*, Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage (1911).

30 *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913).

31 Etwa *Sinzheimer*, Die soziologische Methode.

ziologie als eigenständige Disziplin. Und hier zeigt sich noch eine weitere Art der soziologischen Adressierung des Rechts, die einerseits das Recht in seinen aktuellen Ausformungen ernst nimmt, zum anderen aber auf die Bildung einer stringenten soziologischen Theorie gerichtet ist: im Recht gesellschafts- und sozialtheoretische Implikationen auffindig zu machen.

Unzweifelhaft haben AutorInnen wie *Tönnies*, *Durkheim* oder *Weber* – um drei namhafte Vertreter zu nennen – in ihren Arbeiten auch soziologische Bestimmungen des Rechts und der Rechtsentwicklung in der Moderne vorgenommen, die in der Rechtssoziologie bis heute eine prominente Stellung einnehmen.<sup>32</sup> Aber gerade in der sich ausdifferenzierenden Soziologie spielte das Recht eine noch viel fundamentalere Rolle. Bekanntermaßen stellte es einen zentralen Gegenstand in der Entwicklung einer genuin soziologischen Theorie dar, oder, wie *Schluchter* schreibt: „[T]he founders of sociology as a discipline regarded the sociology of law as an integral part of social theory.“<sup>33</sup> Das Recht und seine historischen Variationen wurden insofern nicht als ein Teilphänomen der Gesellschaft betrachtet, dem man sich im Rahmen einer Bindestrich-Soziologie dann zuwenden mag oder auch nicht, sondern als konstitutive Komponenten des sozialen Lebens.<sup>34</sup> Und gerade bei *Durkheim*, *Tönnies* und *Weber* kann man diesen Perspektivenunterschied im Vergleich zu den heutigen prominenten rechtssoziologischen Ansätzen markieren:

Der zentrale Stellenwert des Rechts lässt sich bei *Ferdinand Tönnies* insb in seinem für die Soziologie grundlegenden Werk *Gemeinschaft und Gesellschaft* aus dem Jahr 1887 aufzeigen. Für die Herausbildung seiner titelgebenden Grundbegriffe ist die Adressierung gerade des Rechts aus mehreren Gründen zentral: Erstens entwickelt *Tönnies* „Gemeinschaft“ und „Gesellschaft“ ausgehend vom „Gegensatz der historischen gegen die rationalistische Auffassung“.<sup>35</sup> Er rekurriert also auf die Rechtstheorie, nämlich für den Gemeinschaftsbegriff einerseits auf den Historismus in der Historischen Rechtsschule, welche über die Idee des organischen Volksgeistes das Gegebene aus dem Gewordenen bzw Gewohnten (Gewohnheitsrecht) herleitet.<sup>36</sup> Andererseits bezieht er die Gesellschaft auf den Rationalismus im liberal-individualistischen Naturrecht (insb nach *Hobbes*), dessen eigentliche Handlungsform *Tönnies* allerdings jenseits des Gesellschaftsvertrags in den privatrechtlichen Vertragsschlüssen erkennt.<sup>37</sup> Zweitens geht es *Tönnies* primär um die Frage der Bindungswirkung sozialer Beziehungen, und gerade das Recht entfaltet diese Wirkung –

32 Vgl zum Folgenden auch *Schweitzer*, Die digitale Person: Die Anrufung des Subjekts im „Recht auf Vergessenwerden“, *ÖZS* 2017, 237 (239ff).

33 *Schluchter*, The Sociology of Law as an Empirical Theory of Validity, *Journal of Classical Sociology* 2002, 257.

34 Vgl ebd.

35 *Tönnies*, Gemeinschaft und Gesellschaft. Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen (1887) XVII.

36 *Tönnies*, Historismus und Rationalismus [1895] in *Lichtblau* (Hrsg), *Soziologische Schriften: Studien zu Gemeinschaft und Gesellschaft* (2012) 79.

37 Vgl *Tönnies*, Das Wesen der Soziologie [1907] in *Lichtblau* 111 (114ff); *ders*, Gemeinschaft und Individuum [1914] in *Lichtblau* 203 (203f).

sowohl als Naturrecht als auch als natürliches Gewohnheitsrecht. Drittens macht das Recht als Abbild der Sozialverhältnisse diese sowohl lesbar wie vergleichbar.<sup>38</sup> Und schließlich ermöglicht ihm die Hinwendung zum Recht – respektive zur Rechtstheorie des Naturrechts –, ein enttheologisiertes Begriffsarsenal heranzuziehen,<sup>39</sup> das sich im Privatrecht über den Vertrag mit dem Grundtyp der sozialen Verhältnisse auseinandersetzt. Denn „[d]as soziale Verhältnis zu begreifen ist die *erste* wissenschaftliche Aufgabe, die zum Wesen der Soziologie gehört. Wir können diese Aufgabe nicht erörtern, ohne auf diejenigen Verhältnisse Bezug zu nehmen, die als *rechtliche Verhältnisse* Gegenstand einer reinen Theorie des Privatrechts oder, wie es seinem alten und echten Sinne nach zu verstehen ist, des ‚Naturrechts‘ sind.“<sup>40</sup> Rechtliches Denken ist daher selbst als eine Art des soziologischen Denkens anzusehen: „Ich behaupte, daß es soziologisch außerordentlich wichtig ist, das juristische Denken und seine Figmente als eine Art des soziologischen Denkens zu verstehen, das freilich zu anderen als soziologischen Zwecken sich ausgebildet hat“<sup>41</sup>. Es ist also *va* die begrifflich-theoretische Auseinandersetzung mit dem Recht, das es nach *Tönnies* für die Soziologie anschlussfähig macht, liefert es doch eine Begriffs- und Theoriearsenal, das sich auf die Grundtypen der sozialen Beziehungen bezieht.

Demgegenüber rekurriert *Durkheim* eher auf das gesatzte Recht. Wenn er in seinen frühen Arbeiten darauf abzielt, die Soziologie als eine neue, eigenständige Disziplin im wissenschaftlichen Fächerkanon zu begründen,<sup>42</sup> dann spielt das Recht für dieses Unterfangen in doppelter Hinsicht eine zentrale Rolle. Zum einen findet er die Vorläufer dieser neuen Disziplin zu einem gewichtigen Teil bei den Rechtsphilosophen bzw. -theoretikern: Neben *Montesquieu*, der im Recht die Gesellschaft als eigenständige Sphäre entdeckte,<sup>43</sup> sticht bei *Durkheim* insb. *von Jhering* hervor, der mit seiner funktionalen Analyse des Rechts in der zweibändigen Abhandlung *Der Zweck im Recht* das Recht, aber darüber hinaus auch die Moral als soziales Phänomen *sui generis* empirisch untersuchbar und damit soziologisch lesbar gemacht hatte.<sup>44</sup> In dieser Bezugnahme auf die wissenschaftlich etablierten Ansätze aus der Rechtswissenschaft sieht *Durkheim* die Garantie für die Wissenschaftlichkeit der neuen Disziplin der Soziologie, verliert sie doch dadurch „schlagartig den Charakter der Improvisation, der ihr bisher angehaftet hatte und der manchmal Zweifel an ihrer Zukunft aufkommen ließ“.<sup>45</sup>

38 Vgl. *Tönnies*, 1912. *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe einer reinen Soziologie*<sup>2</sup> (1912) XIV.

39 Vgl. ebd. XIII.

40 *Tönnies* in *Lichtblau* 114 HiO.

41 *Tönnies*, Mein Verhältnis zur Soziologie [1932] in *Clausen* (Hrsg.), *Ferdinand Tönnies Gesamtausgabe. 1932 – 1936: Geist der Neuzeit, Schriften, Rezensionen* (1998) 327 (343).

42 Statt vieler *Lukes*, *Émile Durkheim: His life and work* (1973) 66ff.

43 *Durkheim*, *Montesquieus Beitrag zur Begründung der Soziologie* [1892] in *Heisterberg* (Hrsg.), *Frühe Schriften zur Begründung der Sozialwissenschaft* (1991) 85.

44 *Durkheim*, *Über positive Moralwissenschaft in Deutschland* [1887] in *Schultheis/Gipper* (Hrsg.), *Über Deutschland: Texte aus den Jahren 1887 bis 1915* (1995) 85 (107ff). Das ändert jedoch nichts an Durkheims Kritik an Jherings Utilitarismus (vgl. ebd. 111).

45 *Durkheim*, *Einführung in die Sozialwissenschaft. Eröffnungsvorlesung* [1888] in *Heisterberg* 25 (43).

Zum anderen stellt für *Durkheim* das Recht als eine moralische Tatsache den zentralen Gegenstand einer Soziologie dar, die angesichts eines zunehmenden Krisenbewusstseins die Entwicklungen und Tendenzen der gegenwärtigen arbeitsteiligen Gesellschaft als eine positive, empirische „Wissenschaft der Moral“<sup>46</sup> zu entwerfen sei.<sup>47</sup> Im Rahmen einer solchen Moralwissenschaft erfüllt das Recht insb eine forschungsstrategische Funktion mit Blick auf die Schwierigkeiten der Erkennbarkeit moralischer Tatsachen. Denn nach *Durkheim* muss man eine solche „innere Tatsache, die sich uns entzieht, durch eine äußere Tatsache ersetzen, die sie symbolisiert und die erste vermittelt der zweiten erforschen. Dieses sichtbare Symbol ist das Recht.“<sup>48</sup> Die im positiven Gesetz geregelten Rechtsinstitute wie etwa Eigentum oder Vertrag sind für ihn die objektiven Daten, über die er Zugang zu den diese Rechtsnormen tragenden sozialen Verhältnissen sucht.<sup>49</sup> Daher dient seine Rechtssoziologie, die primär auf das gesetzte Recht gerichtet ist, der allgemeinen Sozialtheorie.<sup>50</sup>

Noch einmal anders gelagert ist die Bedeutung des Rechts bei *Weber*. Auf der einen Seite wird es zum Gegenstand spezieller Untersuchungen, was bei dem promovierten und habilitierten Juristen *Weber* nicht verwunderlich ist. Dies gipfelt in seiner sog Rechtssoziologie als einer universalhistorischen Untersuchung der Entwicklungsbedingungen des modernen Rechts.<sup>51</sup> Auf der anderen Seite aber rekurriert *Weber* in allen Aufsätzen und Schriften seiner sog *Wissenschaftslehre* an zentralen Stellen auf das Recht und die Rechtswissenschaften. Dabei wendet er sich zunächst in kritischer Manier gegen den Emanationsgedanken (explizit auch) der Historischen Rechtsschule, wie er im Volksgeistgedanken zum Ausdruck kommt.<sup>52</sup> Zunehmend aber dient ihm das Recht bzw die Rechtswissenschaften als ein positiver Orientierungspunkt, der methodologische Probleme der historischen Kulturwissenschaften und später der verstehenden Soziologie zu lösen hilft.<sup>53</sup> Das gipfelt in der Bestimmung der disziplinären Konkurrenz zwischen Soziologie und Rechtsdogmatik über die Scheidung von soziologischer und juristischer Betrachtungsweise des Rechts.<sup>54</sup> Diese Scheidung erscheint für *Weber* insofern nötig, als seine mit begrifflichen Idealtypen operierende Soziologie in hohem Maße auf die Rechtswissenschaften angewiesen ist. Denn

46 *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung: Studie über die Organisation höherer Gesellschaften<sup>2</sup> (1996 [1902]).

47 Vgl *Müller*, Wertkrise und Gesellschaftsreform. Emile Durkheims Schriften zur Politik (1983).

48 *Durkheim*, Arbeitsteilung 111.

49 *König*, Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme in *Hirsch/Rebbinder* (Hrsg), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie<sup>2</sup> (1971) 36 (49f). Dies wird als *Durkheims* „Indexthese“ des Rechts bezeichnet (vgl *Lukes/Prabhat*, Durkheim über Recht und Moral. Die Desintegrationsthese in *Bogusz/Delitz* (Hrsg), Emile Durkheim: Soziologie – Ethnologie – Philosophie (2013) 150 (156)), die mE zu Recht von Anfang an einer harschen Kritik unterzogen wurde.

50 Vgl *Cotterrell*, Emile Durkheim: Law in a moral domain (1999) 31f.

51 Vgl *Gephardt/Hermes* (Hrsg), Max Weber Gesamtausgabe I/22-3: Wirtschaft und Gesellschaft. Teilband 3: Recht (2010).

52 *Weber*, Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie [1903-1906] in *Winckelmann* (Hrsg), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre<sup>7</sup> (1988) 1 (22).

53 zB *Weber*, Kritische Studien auf dem Gebiet der kulturwissenschaftlichen Logik [1906] in *Winckelmann* 215.

54 *Weber*, Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie [1913] in *Winckelmann* 427 (439).

er sieht nämlich das „unvermeidliche Schicksal aller Soziologie: daß sie für die Betrachtung des überall stetige Uebergänge zwischen den ‚typischen‘ Fällen zeigenden realen Handelns sehr oft die scharfen, weil auf syllogistischer Interpretation von Normen ruhenden, juristischen Ausdrücke verwenden muß“.<sup>55</sup> Erst über die Unterscheidung der soziologischen von der juristischen Betrachtungsweise ist garantiert, dass die Soziologie auf die Begriffe und Sinnermittlungen der Rechtsdogmatik zurückzugreifen kann, ohne einer „rechtsdogmatischen Verfälschungen des empirischen Denkens“<sup>56</sup> anheimzufallen. Und dann kann die Soziologie den Begriffen auch „ihren eigenen, von dem juristischen der Wurzel nach verschiedenen, Sinn unter[schieben]“.<sup>57</sup> Wenn man in *Webers* Wissenschaftslehre also eine zentrale Rolle des Rechts ausmachen kann, so muss man diese vor dem Hintergrund der strikten Differenzierung der wissenschafts- und erkenntnistheoretischen Betrachtungsweisen des Rechts erklären, wie sie in der Rechtswissenschaft seiner Zeit anzutreffen ist. Denn erst dann zeigt sich die Spezifik der Soziologie in der Behandlung der „typischen Fälle“ des Handelns, lässt sie sich doch nun gegenüber der Rechtswissenschaft abgrenzen, mit der sie diesbzgl auf der Gegenstandsebene in Konkurrenz steht.

Gemein ist diesen frühen soziologischen Perspektiven auf das Recht, dass sie weit über den Bereich der sich ausdifferenzierten Rechtssoziologie hinaus Effekte für das Disziplinenverständnis und die genuin soziologische Theoriebildung zeitigen. Recht spielt nicht nur im Rahmen einer Rechtssoziologie als Teildisziplin der Soziologie eine Rolle, sondern ebenso auf der Ebene der allgemeinen Soziologie, dh der Gesellschafts- und Sozialtheorie. Es gibt sozusagen einen Konnex zwischen der Bestimmung und der Analyse der rechtlichen Phänomene und der Entwicklung einer genuin soziologischen Theorie. Damit werden die Perspektiven der Rechtssoziologie verkehrt. Weder geht es um die Rolle der Soziologie in den Rechtswissenschaften, noch um die soziologische Bestimmung des Rechts, vielmehr steht die Rolle des Rechts (inklusive der Rechtswissenschaften) in der Soziologie zur Debatte. Über die Klärung dieser Frage wird die Soziologie als eigenständige Disziplin entworfen. Und das bedeutet, dass nicht mehr „das Recht“ mittels „der Gesellschaft“, sondern *vice versa* „die Gesellschaft“ letztlich auch mittels „des Rechts“ problematisiert wird.

#### 4. Schluss

Wenn man also nach dem Verhältnis von rechtlichem und soziologischem Wissen, von Soziologie und Rechtswissenschaften respektive von Gesellschaft und Recht fragt, wird man also nicht zwangsläufig auf die Rechtssoziologie verwiesen. Vielmehr zeigt ein Blick in die Geschichte der Soziologie noch eine weitere, va in der Gründungsphase der Disziplin relevante Art der soziologischen Adressierung des Rechts, nämlich im Recht gesellschafts-

---

55 Ebd 440.

56 Weber, R. Stammers „Überwindung“ der materialistischen Geschichtsauffassung [1907] in *Winckelmann* 291 (345).

57 Weber [1913] in *Winckelmann* 440.

und sozialtheoretische Implikationen ausfindig zu machen. In den frühen Ansätzen ging es dabei in der Kopplung von Recht und Sozial- respektive Gesellschaftstheorie um das Ganze, um „die Soziologie“, „die Gesellschaft“ oder die Fundamente oder fundamentalen Mechanismen „des Sozialen“. So konstituiert sich bei *Durkheim* der Gegenstand „Gesellschaft“ mithin auch über das Recht, so dass seine Rechtssoziologie, die sich mit den Rechtsinstituten im Gesetz beschäftigt, der allgemeinen Sozialtheorie dient; *Tönnies* erkennt in den existierenden Rechtstheorien seiner Zeit die Prototypen der soziologischen Grundbegriffe „Gemeinschaft“ und „Gesellschaft“; und bei *Weber* dient die erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Auseinandersetzung mit dem Recht in Form der Rechtswissenschaften der Verortung der Soziologie als eigenständige Disziplin.

Man kann – und muss – den Anspruch dieser Perspektive auf rechtliche Phänomene aber reduzieren, will man sich nicht einer berechtigten Kritik an der Überbewertung des Rechtlichen für die Gesellschaft aussetzen. Dann sucht man nach gesellschafts- und sozialtheoretischen Impulsen im Recht. Wenn man nämlich das Recht zunehmend als Ort der Herstellung und der Emergenz sozial relevanten und wirksamen Wissens<sup>58</sup> bzw als Ort der Produktion von Wissen über gesellschaftliche Zusammenhänge adressiert,<sup>59</sup> dann kann man sich fragen, welche Implikationen dieses Wissen für soziologische Theorieangebote hat bzw haben kann. Der Konnex zwischen rechtlichem Phänomen und soziologischer Theorie kann letztlich auch dahingehend untersucht werden, dass nach Effekten und Implikationen des im rechtlichen Kontext erzeugten Wissens für soziologische Theorieannahmen gefragt wird.<sup>60</sup>

Damit werden nicht unbedingt die Asymmetrien des Wissens aufgelöst, zielt diese Art der Behandlung des Rechts doch nun auf die Soziologie. Es geht weder um den interdisziplinären Zwischenraum, noch um eine gehaltvolle soziologische Theorie des Rechts, sondern um eine soziologische Theorie, die sich durch das Recht irritieren lässt. Gefragt wird also nach der Relevanz des Rechts für die Soziologie. Allerdings verschieben sich in meinen Augen durch diese Verkehrung der Perspektive die Problemlagen, zu denen die paradigmatischen Ansätze in den herkömmlichen Rechtssoziologien geführt haben. Hierzu möchte ich abschließend einige kurze Thesen formulieren:

Zum einen erfährt die Frage nach der Kritik eine Umdeutung. Diese zielt nicht mehr primär auf den Aufweis der Unmöglichkeit der Abschottungsversuche einer wie immer definierten juristischen Binnenperspektive, indem das Verhältnis von Innen und Außen des

---

58 Vgl, um nur einige Bsp zu nennen, *Pottage/Mundy*, Law, anthropology, and the constitution of the social: Making persons and things (2004); *Valverde*, A New Entity in the History of Sexuality: The Respectable Same-Sex Couple, *Feminist Studies* 2006, 155; *Baer*, Juristische Biopolitik: Das Wissensproblem im Recht am Beispiel „des“ demografischen Wandels in *Cottier/Estermann*, 181; *Krasmann*, Law's knowledge: On the susceptibility and resistance of legal practices to security matters, *Theoretical Criminology* 2012, 379.

59 Vgl *Nelken*, Beyond the Study of „Law and Society“? Henry's „Private Justice“ and O'Hagan's „The End of Law?“, *American Bar Foundation Research Journal* 1986, 323 (325); *Cotterrell*, Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? *Journal of Law and Society* 1998, 171 (175ff).

60 Wenn man etwa – um ein Bsp zu nennen – nach den Implikationen des „Rechts auf Vergessenwerden“ auf die Subjektivierungsform des „unternehmerischen Selbst“ fragt, vgl *Schweitzer*, ÖZS 2017.

Rechts problematisiert wird. Es wird aber auch nicht – wie in neueren empirischen Untersuchungen zum gerichtlichen Entscheidungsverhalten – zugunsten einer reinen Beschreibungsperspektive auf eine kritische Analyse des Rechts verzichtet.<sup>61</sup> Vielmehr richtet sich der kritische Blick nun auf die gesellschaftstheoretischen Implikationen rechtlicher Phänomene. Denn letztlich lässt sich eine Kritik des Rechts, die das Recht als ein soziales Phänomen (und nicht als reines Vernunftprodukt) fasst, nur vor dem Hintergrund der Gesellschaft respektive einer Theorie der Gesellschaft formulieren. Erst dann kann man seine Wirkung bestimmen, erst dann zeigen sich Effekte und Implikationen mit Blick auf das Subjekt, den sozialen Zusammenhalt, die Regierungskünste<sup>62</sup> und das kapitalistische Gefüge. Und erst dann lässt sich das rechtlich produzierte Wissen aus einer gesellschafts- und sozialtheoretischen Perspektive kritisch hinterfragen.

Zum anderen aber muss man sich dem Recht in seinen konkreten Ausformungen (und zwar auf allen Ebenen) zuwenden, wenn man die gesellschaftstheoretischen Implikationen bestimmen will – und das, obwohl es sich ja gerade nicht um rechtssoziologische Untersuchungen in einem engeren Sinne handelt. Denn fragt man nach Effekten und Implikationen des im rechtlichen Kontext erzeugten Wissens für soziologische Theorieannahmen, dann stehen die konkreten Wissensproduktionen und nicht abstrakt-soziologische Bestimmungen des Rechts im Mittelpunkt. Man muss also die gegenwärtigen Entwicklungen im Recht und des Rechts auf seinen verschiedenen Ebenen ernst nehmen. Letztlich wird man also – entsprechend der Forderung nach „mehr Recht“ – zu einem Gang ins Recht gezwungen, auch wenn es nun nicht mehr nur um die Rechtssoziologie, sondern um die allgemeine soziologische Theorie geht.

Ob eine Revitalisierung einer solchen soziologischen Perspektivierung des Rechts der Marginalisierung der Rechtssoziologie entgegenzuwirken vermag, kann ich nicht vorhersagen. Allerdings vermag diese Perspektive einer zunehmenden Irrelevanz des Rechts für die Soziologie entgegenzuwirken, wird doch nach der tatsächlichen Relevanz der gegenwärtigen rechtlichen Entwicklungen für eine kritische Theorie der Gesellschaft gefragt. Und das zeitigt vielleicht Rückwirkungen auf die juristische Bezugnahme auf die Soziologie – wenn nämlich gehaltvolle kritische Analysen des Rechts geliefert werden, die sich einer einfachen Degradierung zur Hilfswissenschaft widersetzen.

Dr.<sup>in</sup> phil., Ass.<sup>in</sup> jur. Doris Schweitzer vertritt für das Sommersemester 2018 die Professur für Soziologie mit dem Schwerpunkt Soziologische Theorie und Theoriegeschichte an der Goethe-Universität Frankfurt am Main; D.Schweitzer@soz.uni-frankfurt.de

---

61 Gegenwärtige Untersuchungen aus dem Bereich der Justizforschung haben sich von einem explizit kritischen Gestus verabschiedet, vgl etwa *Stegmaier*, Wissen, was Recht ist. Richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologisch-ethnografischer Sicht (2009); *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts (2010); *Latour*, The making of law. An ethnography of the Conseil d'Etat (2010).

62 Vgl etwa *Ewald*, Der Vorsorgestaat (1993).

# Ist das Wissen oder kann das weg?

Wissenschaftstheoretische Ansätze zur Produktion von (rechtlichem) Wissen

Judith Kohlenberger\*

---

## 1. Immer mehr Wissen, immer weniger Gewissheit

Im Jahr 1926 plaudern zwei Physiker, wohl bei Kaffee und einem Stück selbstgebackenen Kuchen, über die neuen und immer noch umstrittenen Theorien der Relativität und der Quantenmechanik. Sie stolpern dabei, wie es jede\_r echte Wissenschaftler\_in tun würde, über die Frage der Objektivität, der Reproduzierbarkeit und der Beweisbarkeit. Ein Problem des revolutionären neuen Wissenschaftsparadigmas, das durch die Relativitätstheorie eingeläutet wurde, bestand darin, dass wesentliche Bestandteile, wie etwa Elektronenbahnen innerhalb des Atoms, weder mit freiem Auge noch mit damals zur Verfügung stehenden technischen Hilfsmitteln beobachtet werden konnten, was die experimentelle Kontrolle stark einschränkte. Der jüngere der beiden Forscher ist der gängigen Lehrmeinung seiner Zeit verhaftet und propagiert, so wie er es gelernt hat, dass das wissenschaftliche Prinzip der empirischen Beobachtung um jeden Preis eingehalten werden müsse; nur direkt beobachtbare Phänomene können sinnvoller Teil einer Theorie sein. Folglich sollten alle dem Menschen nicht zugänglichen Parameter ignoriert werden, da eine fundierte und bewährte Theorie notwendigerweise nur Aussagen über tatsächlich beobachtbare Größen machen kann. Der ältere und wohl ein wenig erfahrenere Forscher tut die augenscheinlich stringenten, tatsächlich jedoch haltlosen Einwände des jüngeren ab und weist seinen Gesprächspartner auf die Relativität jeglichen Wissens hin: „In reality the very opposite happens. It is the theory which decides what we can observe.“<sup>1</sup>

Die beiden Wissenschaftler, die heftig über die Grundlagen ihrer Disziplin debattierten, waren *Werner Heisenberg* und *Albert Einstein*. Die unorthodoxe Sicht des Letzteren, welcher damit die Bedingtheit und Vorläufigkeit jeglichen Wissens unterstrich, nahm wichtige Lehren der späteren Wissenschaftsgeschichte und -philosophie vorweg, wie sie später ua von *Thomas Kuhn* und *Paul Feyerabend* vorangetrieben wurden.<sup>2</sup> Von *Einsteins* Einwand ist es nur ein kleiner Schritt zum heutigen Verständnis von Wissen in der modernen Wissenschaftstheorie als historisch und räumlich bedingt und eingebettet

---

\* Die Autorin dankt *Oliver Scheiber* für die Diskussionsbereitschaft sowie wertvolle Hinweise und Anmerkungen zum Manuskript. Die Forschung für diesen Artikel wurde teilweise vom Wissenschaftsfonds (FWF) finanziert: Z171-G11.

1 *Heisenberg*, *Physics and Beyond: Encounters and Conversations* (1969, engl 1971) 63.

2 Vgl dazu *Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962) und *Feyerabend*, *Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge* (1970).

in ein sozio-kulturelles Gefüge, einen Nationalstaat und ein Wirtschaftssystem. Die Produktionsbedingungen von Wissen sind, wie auch andere Güter des täglichen Gebrauchs, von diversen Faktoren abhängig, nicht zuletzt vom Zugang zu und der Verteilung von finanziellen, zeitlichen und personalen Ressourcen. Ob ein Laborexperiment im Teilchenbeschleuniger des Genfer CERN oder im wesentlich kleineren ELSA der Universität Bonn durchgeführt wird (so die Wahlmöglichkeit denn überhaupt gegeben ist), hat Auswirkungen darauf, welche Art von Forschungsfragen gestellt und beantwortet werden können, und auf welche Weise Ergebnisse den Weg in die Öffentlichkeit finden. Bereits zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts wies der polnische Mikrobiologe und Erkenntnistheoretiker *Ludwig Fleck* durch seine Unterscheidung zwischen „Denkstil“ und „Denkkollektiv“ auf den Beitrag sozialer Strukturen, von der internationalen *scientific community* zur lokalen Laborgruppe, zur *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache* hin, so der Titel seines 1935 erschienen Hauptwerks. Denn Wissen entsteht keineswegs im sozialen Vakuum.

Diese Aussage trifft nicht nur auf naturwissenschaftliches Wissen, sondern auch auf sozial- und humanwissenschaftliches Wissen – und damit auch auf Wissen über das Recht – zu. Rechtliches Wissen (darunter fällt etwa Expert\_innenwissen über Recht, Rechtspraxis, rechtliche Institutionen, rechtliche Methoden) ist damit immer auch vom kollektiv geteilten und sich stetig verändernden Verständnis dessen geprägt, was als Recht gilt. Damit sind der „Kampf um den Begriff des Rechts“<sup>3</sup> und die Grundfrage, wie Recht von anderen sozialen und ethischen Normen abgrenzbar ist,<sup>4</sup> berührt. Das, was wir als Fakten über unsere Welt, vom höchstpersönlichen bis zum öffentlichen Bereich, zu wissen meinen, ist nicht einfach „da“, sondern muss erst in teils sichtbaren, teils unsichtbaren Verhandlungsprozessen<sup>5</sup> anerkannt, disseminiert und legitimiert werden.

In der Wissensgesellschaft des frühen 21. Jahrhunderts erlangen diese Prozesse eine zunehmende Bedeutung. Wissen ist nicht mehr nur eine Frage der beruflichen Entwicklung und des sozialen Status, sondern auch eine wesentliche wirtschaftliche Ressource, die unsere sozialen Beziehungen, die Verteilung von Vermögen, oder eben auch die Rsp mitbestimmt. Unabhängig davon, ob man nun den Begriff der *Wissens-*, oder doch jenen der *Informations-, postindustriellen* oder *Netzwerkgesellschaft* bevorzugt,<sup>6</sup> ob man bspw

3 In Anlehnung an *Jhering*, *Der Kampf ums Recht* (1872) und *Kantorowicz* als *Gnaeus Flavius*, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) – s dazu auch *Voithofer*, *Bemerkungen zur Situation „der“ Grundlagen der Rechtswissenschaft*. Zwischen Innsbruck & Wien, *juridikum* 2015, 278–280.

4 Vgl zur Diskussion um den Rechtsbegriff etwa *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (2002) oder *Wagrandl*, *Hinter dem Schleier des Rechts*. Ausprägungen der Sein-Sollen-Dichotomie in Hans Kelsens Rechtsdenken, *juridikum* 2015, 485–494.

5 Vgl in diesem Heft: *Schäfers*, *Die unbewusste Dimension der Rechtsdiskurse*. Ein Beitrag zur psychoanalytischen Rechtstheorie, *juridikum* 2018, 244–256.

6 Während in der angloamerikanischen Tradition primär der Begriff *information society* Verwendung findet, hat sich im deutschen Sprachraum das Konzept der Wissensgesellschaft durchgesetzt. Vgl dazu *Böhme/Stebrs* (Hrsg), *The Knowledge Society* (1986) sowie *Weingart*, *Die Stunde der Wahrheit* (2001), *Castells*, *The Information Age* (1996–1998) und *van Dijk*, *The Network Society* (1991).

eher an soziologischen, philosophischen oder ökonomischen Analysen Gefallen findet – im Grunde widmen sie sich alle demselben Phänomen: Der Durchdringung aller Aspekte unseres täglichen Lebens, sei es der politischen, persönlichen, sozialen, kulturellen oder wirtschaftlichen Sphäre, mit sich immer schneller entwickelnder Spitzentechnologie und dem damit einhergehenden Bedeutungszuwachs für Wissensproduktion und -anwendung. Für das Recht wird diese Entwicklung unter dem Schlagwort „Legal Tech“ aktuell diskutiert. Da fundiertes, kodifiziertes und gesichertes Wissen unerlässlich für Politik, Wirtschaft, Medien und unser tägliches Leben geworden ist, sind die daran gestellten Anforderungen exponentiell gestiegen.<sup>7</sup> In der Wissensgesellschaft sollen Forschung und Entwicklung möglichst rasche und sichere Lösungen für Probleme aller Art bieten, von der Gesundheit hin zu ökologischen, finanziellen und sogar ethisch-philosophischen Anliegen; sie sollen aber nicht ausschließlich die Antworten für die „großen Fragen der Menschheit“ liefern, sondern darüber hinaus auch unserem Dasein Sinn und Bedeutung verleihen.

Gleichzeitig steigen im 21. Jahrhundert nicht nur Erwartungen an das Wissen selbst, sondern auch an jene, die es produzieren und konsumieren. Dementsprechend ist das Konzept einer wissensbasierten Gesellschaft weniger als Be-, denn als Zuschreibung zu verstehen, wodurch sich die bestehenden gesellschaftlichen Gegensätze verstärken können.<sup>8</sup> Die stilisierte Unterscheidung zwischen einer „Bildungselite“, also jenen Akteur\_innen, die die umkämpfte Ressource Wissen besitzen, und den diametral entgegengesetzten „Bildungsverlierer\_innen“, basiert auf dem Diskurs einer scheinbar chancengleichen Gesellschaft, in welcher Geburtseliten an Status und Bedeutung verloren haben. Omnipräsente Aufforderungen der Arbeitswelt zur „Innovation“ oder zum „lebenslangen Lernen“ sind dabei auch als Gebote zur immerwährenden Selbstoptimierung der Betroffenen zu verstehen, legitimiert durch die öffentliche Diagnose Wissensgesellschaft, die „eine überragende ‚Deutungsmacht‘“<sup>9</sup> gewonnen hat.

Es nimmt daher nicht wunder, dass diese hohe Erwartungshaltung an Wissensproduktion und Wissensarbeiter\_innen zu einer veritablen „Krise der wissenschaftlichen Legitimation“ geführt hat, wie sie bekannterweise von der Postmoderne proklamiert wurde.<sup>10</sup> Gleichzeitig entlarvte die Postmoderne die vornehmliche Neutralität und Objektivität empirisch gewonnenen Wissens als tröstlichen, aber haltlosen Mythos: Wissen erklärt nicht nur Mensch und Umwelt, sondern erzeugt auch normative Vorstellungen ebendieser (mit). Nicht nur medizinisches, auch rechtliches Wissen bestimmt somit unsere Auffassungen von Normalität und Devianz, nimmt bestehende gesellschaftliche Normen auf

7 Ash, Wissenschaft(en) und Öffentlichkeit(en) als Ressourcen füreinander: Weiterführende Bemerkungen zur Beziehungsgeschichte, in Nikolow/Schirmacher (Hrsg), Wissenschaft und Öffentlichkeit als Ressourcen füreinander: Studien zur Wissenschaftsgeschichte im 20. Jahrhundert (2007) 349–362.

8 Kajetzke/Engelhardt, Leben wir in einer Wissensgesellschaft? Aus Politik und Zeitgeschichte 18–20 (2013) 28–35.

9 Schützeichel, Deutungsmacht: ‚Wissensgesellschaft‘ als self-fulfilling prophecy? in Engelhardt/Kajetzke (Hrsg) Handbuch Wissensgesellschaft: Theorien, Themen und Probleme (2010) 326.

10 Lyotard, The Postmodern Condition: A Report on Knowledge (1979 ND 1984).

und trägt zur Etablierung neuer bei.<sup>11</sup> Diese notwendige Problematisierung eines häufig für „natürlich“ hingenommenen Wissensbegriffs liegt *Jean-François Lyotards* berühmter philosophischer Diskussion des Legitimationsproblems in *The Postmodern Condition* (1979) zu Grunde, die eindrucksvoll zeigt, wie sich frühere humanistische, ethische oder zweckorientierte Legitimationen von Wissen und Wissensproduktion im modernen Informationszeitalter als überholt herausstellen. Die sog *grand récits* oder Metanarrative der Moderne verleihen der postindustriellen Wissensgesellschaft weder Sinn noch spenden sie dieser Trost.

## 2. Wie universell ist Wissen? Wissenproduktion in der Krise

Mit *The Postmodern Condition* (1979)<sup>12</sup> etablierte *Lyotard* die Legitimationskrise der Wissenschaft als ein bestimmendes Merkmal der Postmoderne. Laut seiner bahnbrechenden Veröffentlichung konstituierte die Tatsache, dass wir gegenüber dem „metanarrativen Legitimationsapparat“<sup>13</sup> als einem Kernmerkmal der Moderne „unseren Glauben verloren haben und keine Erlösung mehr von ihm erwarten“<sup>14</sup>. Die Postmoderne, ein Begriff, den *Lyotard* aus den Bereichen der Architektur und Kunstkritik adaptierte und auf philosophische Betrachtungen anwandte, wird so in seiner einfachsten Form als „Ungläubigkeit gegenüber Metanarrativen“<sup>15</sup> definiert. Zu den überholten Metanarrativen gehören einerseits die moderne Vorstellung von voranschreitender, kumulativer Wissensproduktion als Zeichen des Fortschritts, der Aufklärung und der Emanzipation, die im humanistischen Denken und der Französischen Revolution begründet ist. Andererseits gilt aber auch die *Hegelsche* Tradition der „Wissenschaft um der Wissenschaft“ willen, in der „Wissen primär Legitimität in sich selbst findet“,<sup>16</sup> als überholt und ähnelt damit dem Motto des Ästhetizismus des späten 19. Jahrhunderts, der sich auf „art for art’s sake“ berief.

*Lyotard* sah die postmoderne Legitimationskrise vor allem in der umfassenden Gegenreaktion auf das fast messianische Bild von Wissen und den damit verbundenen gesellschaftlichen Fortschritt in der Moderne begründet. Besonders für die USA und ihrem nationalen Anspruch des *American Dream* passte dieses verklärte Bild perfekt in die Ideale des sog *jazz age*, dem Höhepunkt der amerikanischen *progressive era* in den 1920er Jahren. Wissenschaft, Empirie und rationales Denken wurden als Säulen der amerikanischen Demokratie und als „Bollwerke gegen die Ausbreitung des Totalitarismus“<sup>17</sup> dargestellt. Ein hehrer Wunsch, der in Zeiten von *Trump* und dessen Vorwürfe der *fake news* gegenüber

---

11 Vgl *Ortmann*, Vor dem Gesetz. Was Menschen vom Gang zum Gericht abhält, *juridikum* 2012, 53–64.

12 *Ebda* xxiv.

13 *Ebda* xxiv.

14 *Ebda* xxiv.

15 *Ebda* xxiv.

16 *Lyotard*, *Condition* 34.

17 *Thurs*, *Science Talk: Changing Notions of Science in American Popular Culture* (2007) 95.

Wissenschaft und Medien fast abstrus anmutet. Aber auch in Europa war die Wissenschaft Anfang des 20. Jahrhunderts mit einem Heiligenschein umgeben, was durch die enorme Popularität einzelner Forschender gestützt wurde, einschließlich des bereits erwähnten Physikers und später weltbekannten *Albert Einstein*. Im Fokus des öffentlichen Interesses standen die als ausschließlich positiv wahrgenommenen Auswirkungen vermehrter Wissens(re)produktion auf die menschliche Existenz. Der Grund für den endgültigen Niedergang des damals allgegenwärtigen Narrativs vom wissenschaftlichen Fortschritt lag in den postindustriellen, technologischen Entwicklungen, va in den Bereichen der Informations- und Kommunikationstechnologien, und der damit einhergehenden Aushöhlung früherer hierarchischer Strukturen, auch im Kontext der traditionellen Universität.<sup>18</sup> Der Zweite Weltkrieg und die damit verbundenen Gräueltaten, die in diesem Ausmaß auch durch Fortschritte auf den Gebieten der Physik und der Biochemie realisiert werden konnten, trugen nicht unwesentlich dazu bei. Auch aufgrund des zunehmenden Beharrens auf der letztendlichen Anwendbarkeit wissenschaftlicher Forschungsergebnisse „hört Wissen auf, ein Selbstzweck zu sein“<sup>19</sup>, muss aber auf spezifische Bedürfnisse antworten; es ist das wichtigste Wirtschaftsgut geworden. Humanistische Legitimationsnarrative des Wissens werden aus diesem Grund zunehmend durch solche der Effizienz und Nützlichkeit ersetzt. Übertragen auf das spezialisierte Feld der Rechtswissenschaft ist diesbezüglich auf die zunehmende Rezeption der ökonomistischen Analyse des Recht zu verweisen, die sich – trotz bestimmter Vorbehalte – zunehmend als eigener Rechtswissenschaftszweig („Rechtsökonomie“) zu etablieren vermag.<sup>20</sup> Die humanistischen Legitimationsnarrative werden aber nicht nur durch das Denken in wirtschaftlichen Kategorien verdrängt. Auch der Fokus auf die performative Funktion von Wissen und Wissensproduktion spiegelt wider, wie das Konzept der Legitimationskrise eng mit der generellen Krise der Repräsentation im postmodernen Zeitalter verbunden ist, dh dem Verlust des Glaubens an die Existenz und Möglichkeit einer getreuen Reproduktion einer objektiv zugänglichen, materiellen Welt. Im Informationszeitalter nach 1970 soll Wissensproduktion „kein adäquates Modell oder Abbild einer äußeren Realität erzeugen, sondern einfach mehr Arbeit produzieren, neue wissenschaftliche *énoncés* oder Statements erzeugen“.<sup>21</sup>

Ähnlich wie *Judith Butlers* spätere Theorien zu performativer (Gender-)Identität<sup>22</sup> greift *Lyotard* mit seiner Charakterisierung von postmodernem Wissen als „performativ“ auf die Arbeiten der Linguisten *John L. Austin* und *John R. Searle* zurück,<sup>23</sup> die das Performative als spezielle Form eines *speech acts* beschrieben, welche eine Situation oder Tat-

18 *LaFollette*, *Making Science Our Own: Public Images of Science 1910–1955* (1990).

19 *Lyotard*, *Condition 5*.

20 *Eberhard/Kodek/Lienbacher/Spitzer*, *Einführung in die Rechtswissenschaften* (2017) 2.

21 *Jameson*, Foreword in *Lyotard*, *Condition ix*.

22 *Butler*, *Gender Trouble* (1990 ND 2006).

23 *Austin*, *How To Do Things With Words* (1962) und *Searle*, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (1969).

sache nicht nur beschreibt, sondern tatsächlich erzeugt.<sup>24</sup> Ein Bsp für neue, performative Arten des Wissens, die die Forschung produziert, wären sog „Sprachspiele“, ein von *Ludwig Wittgenstein* übernommenes Konzept. Die Pluralität dieser Sprachspiele fungiert als Ersatz für übergeordnete Legitimationsdiskurse, sodass die zeitgenössische Wissenschaft selbst zu einer Reihe von Erzählungen wird. Narratives Wissen, insb seine lokale, heterogene Dimension, wird damit als zentrale Denkweise „so legitim wie die der abstrakten Logik“<sup>25</sup> und ein möglicher Ersatz für veraltete Quellen der Legitimation. *Ekkehard Felder* und *Friedemann Vogel* betonen unter der Berücksichtigung rechtslinguistischer Aspekte, dass solche Situationsbedingungen auch konkret „auf das Sprachspiel der juristischen Entscheidungsfindung“ übertragbar seien und dieses mitbestimmen.<sup>26</sup>

### 3. Die Grenze zwischen Wissen und Nichtwissen

Mit der Konzeptualisierung des Narrativs als kleinräumiger, lokal abgegrenzter Form des Wissens wollte sich *Lyotard* auch von den wissenschaftstheoretischen Schriften seines Kollegen *Jürgen Habermas*<sup>27</sup> abgrenzen, dessen Beharren auf Rationalität und Konsens als einzigem Rettungsanker für die krisenbehaftete Wissenschaft er als totalitär, veraltet und „suspekt“ kritisierte.<sup>28</sup> Ähnlich wie *Theodor W. Adorno* sah *Lyotard* einen unmittelbaren Konnex zwischen den Idealen der Aufklärung, allen voran der *ratio* als bestimmende menschliche Kraft, und den totalitären Regimen des 20. Jahrhunderts: Wissenschaftliche „Fakten“ sind eben nicht (nur) das Ergebnis rationaler, empirischer und reproduzierbarer Prozesse, sondern gehen immer aus bestehenden Machtverhältnissen hervor und spiegeln die Präferenzen, Motive und erkenntnistheoretischen Annahmen einer bestimmten sozialen Gruppe wider.<sup>29</sup> Diese sozialkonstruktivistische Sicht auf Wissen konnte sich als Kern der modernen Wissenschaftssoziologie etablieren.<sup>30</sup>

In der Tat waren soziologische Analysen von Wissensarbeit von jeher bestrebt, alternative, kausal stringente Erklärungen für die konkreten Ergebnisse bestimmter Praktiken der Wissensproduktion und -reproduktion, von der Grundlagenforschung hin zu Sach-

24 Klassische Beispiele sind die Formel des<sub>der</sub> Standesbeamten<sub>in</sub>: „Hiermit erkläre ich euch zu Mann und Frau [...]“ sowie der Urteilsspruch vor Gericht „Im Namen der Republik: X ist schuldig.“ Damit tritt die Vermählung der beiden Brautleute in Kraft bzw wird der<sub>die</sub> Angeklagte zum<sub>zur</sub> vor dem Recht Schuldigen. S *Austin*, *How To Do Things With Words* (1962) und *Searle*, *Speech Acts* (1969).

25 *Jameson*, Foreword in *Lyotard*, *Condition xi*.

26 *Felder/Vogel*, *Sprache im Recht*, in *Felder/Vogel* (Hrsg), *Handbuch Sprache und Wissen* (2014) 363.

27 *Habermas*, *Legitimation Crisis* (1973).

28 *Lyotard*, *Condition 66*.

29 Damit wiederum antizipiert *Lyotard* die späteren Thesen des *Michel Foucault*, der prominent dafür eintrat, die Formation von Wissensdiskursen primär „in Bezug auf Taktiken und Strategien der Macht“ zu analysieren. Vgl *Foucault* (1980) 77.

30 Vgl *Fisher*, *Boundary Work and Science: The Relation between Power and Knowledge*, in *Cozzens/Gieryn* (Hrsg), *Theories of Science in Society* (1990) und *Collins*, *Public Experiments and Displays of Virtuosity: The Core-Set Revisited*, *Social Studies of Science* 18.4 (1988) 725–748.

verständigengutachten, zu liefern. Ein besonders vielsprechendes theoretisches Konzept stellt jenes der Grenz(ziehungs)arbeit dar.<sup>31</sup> Als *boundary work* wird die diskursive Zuschreibung bestimmter Merkmale an qualitativ hochwertige, insb wissenschaftliche Wissensproduktion, und ihr entsprechende Methoden und Praktiker\_innen bezeichnet, um diese von nicht-wissenschaftlich produziertem und somit weniger wertvollem Wissen abzugrenzen. Damit wird eine zumindest rhetorische Grenze zwischen wahrem, echtem, gesichertem Wissen und dem weniger autoritären Rest gezogen.<sup>32</sup>

In der modernen Wissensgesellschaft, in welcher evidenzbasiertes Handeln in nahezu allen Bereichen des täglichen Lebens zentral geworden ist, wird diese Grenzziehungsarbeit durch gegenseitige „Ressourcenmobilisierungen“<sup>33</sup> zusehends erschwert. Nicht zuletzt aufgrund fortschreitender Technisierung und Digitalisierung hat bspw die Bedeutung der Beiziehung von Sachverständigen vor Gericht in den letzten Jahren stetig zugenommen.<sup>34</sup> Im modernen Informationszeitalter können Richter\_innen alleine kaum über das nötige, in die Breite und Tiefe gehende Wissen verfügen, um hochspezialisierte Sachfragen verschiedenster Art kompetent zu beurteilen. Gleichzeitig benötigen die Parteien eines Verfahrens oft schon zur Formulierung ihrer Anträge sachverständige Unterstützung durch Privatgutachten, die wiederum auf unterschiedliche, wissenschaftliche Quellen zurückgreifen.

Um der zunehmenden Komplexität des Alltags gerecht zu werden, gehen kulturwissenschaftliche Ansätze wie auch die modernen *Science and Technology Studies* (STS) einen Schritt weiter und versuchen, die binäre und nur scheinbar saubere Unterscheidung zwischen Wissen und Nichtwissen zu problematisieren. Unterschiedliche menschliche Erklärungssysteme wie Wissenschaft und Religion stehen in der Analyse wertfrei nebeneinander; nicht ihr absoluter Wahrheitsanspruch, sondern ihr Bedeutungs- und Sinnstiftungswert für menschliches Zusammenleben werden beleuchtet.<sup>35</sup> Wesentlich dabei ist der historische, soziale, geographische und kulturelle Kontext jeglicher Wissensproduktion: Schon aufgrund der Tatsache, dass Wissensarbeiter\_innen, Gutachter\_innen und Expert\_innen immer auch Konsument\_innen kultureller Diskurse sind, können Fakten

---

31 Der Begriff des „Boundary Work“ scheint erstmals in *Barnes, Scientific Knowledge and Sociological Theory* (1974) aufzutauchen und wurde von *Gieryn, Boundary-Work and the Demarcation of Science from Non-Science: Strains and Interests in Professional Ideologies of Scientists, American Sociological Review* Vol 48 No 6 1983, 781–795; ders, *Boundaries of Science, in Jasanoff/Markle/Peterson/Pinch* (Hrsg), *Handbook of Science and Technology Studies* (1995), 393–443 und ders, *Cultural Boundaries of Science: Credibility on the Line* (1999), bedeutend weiterentwickelt. Seitdem sind eine Vielzahl von soziologischen Studien (*Shapin, History of Science and its Sociological Reconstructions, History of Science* 1982, 157–211) sowie empirischen Analysen wissenschaftshistorischer Ereignisse, die durch die Brille der Grenzarbeit neu bewertet wurden, erschienen (*Shapin/Schaffer, Leviathan and the Air Pump: Hobbes, Boyle, and the Experimental Life* (1985); *Jasanoff, The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers* (1990)).

32 *Gieryn, American Sociological Review* Vol 48 No 6 1983; ders in *Jasanoff/Markle/Peterson/Pinch*; ders, *Boundaries of Science* (1995); ders, *Cultural Boundaries* (1999).

33 *Ash in Nikolow/Schirrmacher* 352.

34 S zur Relevanz von Gutachten im Strafverfahren: *Stempkouski, Gefährlichkeitsprognosen im Strafverfahren, Juridikum* 2018, 231–243.

35 *Reid/Traweek, Doing Science and Culture* (2000).

nie in gesellschaftlicher Leere und vollkommener Objektivität entstehen.<sup>36</sup> Diesem Spannungsfeld widmet sich die noch junge Disziplin *Cultural Studies of Science*, indem sie die Entstehung wissenschaftlicher Fakten, ob im Labor, im Feld oder im Archiv, ob für die Biochemie, Soziologie oder Rechtswissenschaften, kritisch beobachtet und reflektiert.

#### 4. Die Theorie entscheidet, was wir beobachten können

Ein bekanntes Bsp dieser *Cultural Studies of Science* sind die Studien der Biologin und Wissenschaftshistorikerin *Donna Haraway*, die eindrucksvoll belegen, wie die Verwendung bestimmter Metaphern die disziplinäre Ausrichtung der Primatologie und die Erkenntnisse, die sie hervorbringt, maßgeblich beeinflussen. So zeigt sich, dass Interpretationen männlicher Forschender oft den Wettbewerb unter aggressiven Männchen und ihre Eroberung passiver Weibchen betonen, während (wenige) weibliche Primatologinnen teils stark divergierende Schlüsse aus den gleichen Beobachtungen ziehen, die die Überlebens- und Kommunikationsstrategien in der Gruppe über die Themen der Paarung und Fortpflanzung stellen.<sup>37</sup> Damit findet sich auch in der Primatenforschung die in der feministischen Rechtswissenschaft bereits altbekannte Androzentrismus- und Heterosexismuskritik<sup>38</sup> wieder. Ähnliches lässt sich auch in der Embryologie feststellen, die im Laufe des 20. Jahrhunderts dazu überging, den Embryo als Organismus und nicht länger als Mechanismus zu beschreiben.<sup>39</sup> Die Verwendung bzw der Austausch von Metaphern trägt somit wesentlich zur Weiterentwicklung von Forschungsfeldern und dem daraus abgeleiteten, populären Wissen bei.

Diese Einschätzung gilt nicht nur für wissenschaftliche, sondern auch für die strukturell damit gekoppelten rechtlichen oder ökonomischen Systeme: Die Art und Weise, wie Ökonom\_innen, Wirtschaftsjournalist\_innen und die Öffentlichkeit über die Finanzkrise schreiben, sagt viel darüber aus, was wir über die internationale Finanzwirtschaft zu wissen meinen, was wir darin als „normal“ und „abnormal“ betrachten, und welche Handlungsanweisungen wir daraus ableiten. Eine rezente Studie der JKU Linz<sup>40</sup> zeigt, dass die Verwendung gängiger Metapher wie „Tsunami“, „Krankheit“ oder „Erdbeben“ die Krise als außergewöhnliches, überraschendes und externes Ereignis rationalisiert hat, welchem kein menschliches Verschulden zugrunde lag und welches somit zu keinem Paradigmenwechsel in der internationalen Finanzwelt führen musste.

---

36 Rouse, *What are Cultural Studies of Scientific Knowledge*, Configurations 1.1 (1993).

37 Haraway, *Primate Visions: Gender, Race, and Nature in the World of Modern Science* (1989).

38 Vgl dazu etwa Greiff/Schobesberger, *Einführung in die Feministische Rechtswissenschaft. Ziele, Methoden, Theorien?* (2007) 112ff.

39 Haraway, *Crystals, Fabrics, and Fields: Metaphors That Shape Embryos* (1976).

40 Pühringer/Hirte, *The financial crisis as a heart attack: Discourse profiles of economists in the financial crisis*, Journal of Language and Politics 14.4 (2015) 599–625, doi 10.1075/jlp.14.4.06puh.

Im Bereich der Justiz zeigt sich die konstitutive Wirkung von Begrifflichkeiten ua im Umgang mit psychiatrischen Erkrankungen. Das 2. Erwachsenenschutzgesetz<sup>41</sup> etwa signalisiert auch auf sprachlicher Ebene einen Paradigmenwechsel von „Sachwaltern“ zu „Erwachsenenvertretern“. Diese Zuschreibungen generieren bereits vor inhaltlicher Evaluierung spezifische Annahmen und ein intuitives „Wissen“ über Betroffene, etwa was ihren körperlichen und geistigen Gesundheitszustand betrifft. Vertreten zu werden unterscheidet sich aber nicht nur assoziativ, sondern auch im emotionalen, affektiven Bedeutungsinhalt des sprachlichen Ausdrucks von einer Besachaltung. Der nun zentrale Begriff „Erwachsenenvertreter“ vermittelt durch die Konnotation von „Vertreter“ nämlich, dass es in erster Linie darum geht die Wünsche und Bedürfnisse – zusammengefasst die Interessen – der Betroffenen zu vertreten und diesen gegenüber als „Erwachsenen“ mehr dienend als bevormundend aufzutreten.

## 5. Alles relativ

In der sprachlichen Beschreibung gesellschaftlicher Verhältnisse, die vielfach eher konstitutive als deskriptive Wirkung hat, zeigt sich beispielhaft der rege Austausch zwischen empirischer Wissensfindung und jenen kulturellen Praktiken, die oft als exogen und daher irrelevant betrachtet werden. Bei der Entstehung und Etablierung von Wissen spielen kulturelle Narrative, Metaphern und Verbildlichungen eine nicht zu unterschätzende Rolle, gerade auch in jenen pionierhaften Bereichen der Medizin, der Biochemie, der Neurologie oder der Physik, die uns ohne menschengemachte Visualisierungen nicht zugänglich und vermittelbar wären. Dazu zählen auch die Elektronenbahnen im Atom, die der eingangs erwähnte *Werner Heisenberg* so gerne beobachten und empirisch erfassen wollte. Aus heutiger Sicht müssen wir aber seinem Gesprächspartner *Einstein* Recht geben: Nicht nur Raum und Zeit, auch unser universell anmutendes (rechtliches) Wissen ist relativ.

Dr.<sup>in</sup> Judith Kohlenberger ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Sozialpolitik der Wirtschaftsuniversität Wien und lehrt an der Sommerhochschule *International and European Studies* der Universität Wien; [judith.kohlenberger@wu.ac.at](mailto:judith.kohlenberger@wu.ac.at)

---

41 BGBl I 2017/59; Vgl. *Koza*, Wo ein Wille, da ein Weg. Déjà-Vus und Chancen des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes, *juridikum* 2018, 154–163.

# Gefährlichkeitsprognosen im Strafverfahren

Monika Stempkowski

---

## 1. Einleitung

Im Rahmen strafgerichtlicher Entscheidungen spielt mitunter nicht nur die Vergangenheit eine Rolle, sondern häufig sind Erwartungen über zukünftige Ereignisse ausschlaggebend. In diesen Fällen muss eine Prognose darüber erstellt werden, wie sich die betroffene Person in Zukunft verhalten wird und aufgrund dieser Erwartungen muss eine Entscheidung getroffen werden. Von besonderer Bedeutung sind solche Prognosen im Rahmen der Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher/innen nach § 21 StGB.<sup>1</sup> Entscheidend für die Einweisung bzw. Aufrechterhaltung einer solchen Unterbringung ist die zu erwartende Gefährlichkeit der betroffenen Person, weshalb in der Lit häufig der Terminus „Gefährlichkeitsprognose“ zur Anwendung kommt. *Dable* und *Schneider-Njepel* definieren diese als „wissenschaftlich fundierte individuelle Wahrscheinlichkeitsaussage über zukünftige erhebliche Rechtsbrüche bei bereits strafrechtlich mit erheblichen Taten in Erscheinung getretenen Personen“<sup>2</sup>. Die Erstellung einer solchen Prognose bedarf umfänglichen Fachwissens aus den Bereichen der forensischen Psychologie oder Psychiatrie, sodass die Gerichte hier auf entsprechend fachkundige Sachverständige angewiesen sind.<sup>3</sup>

Die Idee, dass psychisch kranke Personen strafrechtlich nicht wie psychisch Gesunde behandelt werden sollten, geht bereits auf *Aristoteles* zurück.<sup>4</sup> Erste gesetzliche Verankerungen, dass das Gericht ärztliche Sachverständige zu konsultieren hat, finden sich bspw. in der preußischen Kriminalordnung aus 1805.<sup>5</sup> In Ö werden seit 1840 regelmäßig psychiatrische Begutachtungen im Strafverfahren durchgeführt.<sup>6</sup>

Dieser Beitrag beschäftigt sich vom österr. Strafverfahren ausgehend mit der Frage, wie die Erstellung einer Gefährlichkeitsprognose psychisch kranker Personen erfolgen kann und welchen Stellenwert dabei verschiedene empirische Erkenntnisse einnehmen können.

---

1 Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60 idF BGBl I 2015/154.

2 *Dable/Schneider-Njepel*, Rückfall- und Gefährlichkeitsprognose bei Rechtsbrechern in *Bliesener/Lösel/Köhnken* (Hrsg), Lehrbuch der Rechtspsychologie (2014) 422.

3 *Hinterhofer* in *Fuchs/Ratz* WK-StPO § 126 Rz 7.

4 *Nedopil*, Forensische Psychiatrie<sup>3</sup> (2007) 4.

5 *Haack*, Zur Geschichte der forensischen Psychiatrie in *Häßler/Kinze/Nedopil* (Hrsg), Praxishandbuch Forensische Psychiatrie (2015) 11.

6 *Stompe/Schanda*, Strafrechtliche Aspekte der forensischen Psychiatrie in Österreich in *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass* (Hrsg), Handbuch der forensischen Psychiatrie (2010) 702.

## 2. Rechtliche Grundlagen

Das österreichische Strafrecht beruht auf dem Schuldprinzip, wie bereits § 4 StGB „[k]eine Strafe ohne Schuld“ erkennen lässt. Dieser Grundsatz stößt allerdings dort an seine Grenzen, wo Menschen etwa aufgrund einer psychischen Störung keine oder nur eine wesentlich verminderte Kontrolle über ihr Verhalten haben und ihnen dieses somit nicht oder nur eingeschränkt vorzuwerfen ist. Um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass Menschen mit psychischen Erkrankungen Verhaltensweisen setzen, die, in einem gesunden Zustand begangen, als Straftaten gelten würden, sieht das StGB die sog. „vorbeugenden Maßnahmen“ in den §§ 21–23 vor, wobei die „Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher“ nach § 21 StGB die größte praktische Bedeutung hat.<sup>7</sup> Die Grundlage für die Anordnung einer solchen Maßnahme stellt nicht die Schuld, sondern die Gefährlichkeit der/des Betroffenen dar.<sup>8</sup> Es wird zwischen jenen Personen unterschieden, die zum Tatzeitpunkt zurechnungsunfähig (Abs 1), und jenen, die zurechnungsfähig (Abs 2) waren. In beiden Fällen sind eine schwere psychische Erkrankung, das Setzen einer Anlasstat und eine negative Gefährlichkeitsprognose notwendige Voraussetzungen für die Unterbringung.<sup>9</sup> Unter der Gefährlichkeitsprognose wird aus juristischer Sicht verstanden, dass nach der Person oder ihrem Zustand bzw nach der Beschaffenheit der Tat befürchtet werden muss, dass die betroffene Person ohne Unterbringung eine mit Strafe bedrohte Handlung mit schweren Folgen begehen würde. Gemäß § 25 StGB werden vorbeugende Maßnahmen auf unbestimmte Zeit angeordnet und sind so lange zu vollziehen, bis sich die einweisungsrelevante Gefährlichkeit ausreichend verringert hat.<sup>10</sup> Die Notwendigkeit einer weiteren Anhaltung muss jährlich überprüft werden.<sup>11</sup> § 47 Abs 2 StGB definiert die Kriterien, anhand derer die Gefährlichkeitsprognose erstellt werden muss. Neben der Persönlichkeit der/des Betroffenen und ihrem/seinem Gesundheitszustand müssen das gesamte Vorleben bis zur strafbaren Handlung, das Verhalten während der Unterbringung und va die persönliche Entwicklung während dieser Zeit berücksichtigt werden. Die Gefährlichkeitsprognose bildet somit die Basis der gerichtlichen Entscheidung über die bedingte Entlassung aus der Unterbringung.

## 3. Praxis der Durchführung einer Prognose

Gefährlichkeitsprognosen werden im Allgemeinen von forensischen Psycholog/innen und Psychiater/innen erstellt.<sup>12</sup> Die österr Strafprozessordnung normiert in manchen Fällen

7 So befanden sich zum 1.9.2016 knapp 800 Personen in einer Unterbringung nach § 21 StGB, *Bundesministerium für Justiz*, Sicherheitsbericht – Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz 2016, 113.

8 *Fuchs*, Strafrecht – Allgemeiner Teil P 20 f.

9 *Ratz* in *Höpfel/Ratz* WK-StGB<sup>2</sup> § 21 Rz 3 ff.

10 *Nimmervoll* in *Triffterer* Sbg Kommentar zum StGB § 25 Rz 2; *Ratz* in *Höpfel/Ratz* WK-StGB<sup>2</sup> § 25 Rz 1.

11 EBRV 1971, 112; *Nimmervoll* in *Triffterer* Sbg Kommentar zum StGB § 25 Rz 5; *Ratz* in *Höpfel/Ratz* WK-StGB<sup>2</sup> § 25 Rz 3.

12 *Rasch*, Forensische Psychiatrie (1986/1999) 370.

zwingend das Tätigwerden einer/eines Sachverständigen<sup>13</sup> der Psychiatrie. So ist für das Unterbringungsverfahren nach § 21 Abs 1 StGB in § 429 Abs 2 Z 2 StPO vorgesehen, dass die/der Betroffene von mindestens einer/einem Sachverständigen aus dem Gebiet der Psychiatrie untersucht werden muss.<sup>14</sup> § 436 StPO erweitert diese Notwendigkeit auch für das Ermittlungsverfahren nach § 21 Abs 2 StGB. Im Entlassungsverfahren ist die Beiziehung einer/eines Sachverständigen hingegen nicht verpflichtend. Die Untersuchung durch eine/einen psychologische/n Sachverständige/n ist aktuell in keinem Verfahrensabschnitt zwingend vorgesehen.

§ 126 StPO normiert: „Sachverständige sind zu bestellen, wenn für Ermittlungen oder für Beweisaufnahmen besonderes Fachwissen erforderlich ist, über welches die Strafverfolgungsbehörden [...] nicht verfügen.“ Diese Konstellation ist bezüglich der Beurteilung der künftigen Gefährlichkeit einer Person eindeutig gegeben, da hier detailliertes Wissen über Persönlichkeitsstrukturen, Psychopathologien und mögliche Interventionsformen notwendig ist. Da es sich dabei um hochkomplexe Materien handelt, ist zu erwarten, dass das Gericht in den meisten Fällen den Vorschlägen und Empfehlungen der/des Sachverständigen folgen wird. Obgleich das Gutachten durch das Gericht auf Widersprüche bzw auf seine Nachvollziehbarkeit zu überprüfen ist, ist damit zu rechnen, dass sich diese Überprüfung gerade aufgrund des fehlenden Fachwissens des Gerichts regelmäßig auf eine bloße Kontrolle der Plausibilität beschränken wird.<sup>15</sup> Gleichzeitig muss aber darauf geachtet werden, dass durch die Sachverständigen ausschließlich Tatsachenfragen geklärt werden, während rechtliche Bewertungen stets durch das Gericht vorgenommen werden müssen.<sup>16</sup>

Am Beginn einer Begutachtung steht ein Auftrag durch das Gericht oder die Staatsanwaltschaft, der die konkrete Fragestellung enthält.<sup>17</sup> Als Basis der weiteren Untersuchung dienen der/dem Sachverständigen primär die verfügbaren Akten, wobei neben den Unterlagen der Strafverfolgungsbehörden und eventuell bereits vorhandener Vollzugsakten auch bspw bisherige Krankenakten der/des Betroffenen von Interesse sind. Eine möglichst umfangreiche Erhebung der vorhandenen Materialien ist von großer Bedeutung, da diese die Ausgangsbasis der weiteren Untersuchungen darstellen.<sup>18</sup>

Die/der Sachverständige hat die Akten zu sichten und die für die konkret zu bearbeitende Fragestellung relevanten Fakten und Ergebnisse daraus zusammenzutragen. Aufbau-

13 Die StPO enthält in § 125 Z 1 eine Legaldefinition des Begriffes: „Sachverständiger [ist] eine Person, die auf Grund besonderen Fachwissens in der Lage ist, beweisrelevante Tatsachen festzustellen (Befundaufnahme) oder aus diesen rechtsrelevante Schlüsse zu ziehen und sie zu begründen (Gutachtenserstattung)“. S auch *Schröder*, Gutachten des medizinischen Sachverständigen aus Sicht des Richters, DAG 2015, 114 (115).

14 *Venier* in *Bertel/Venier* Kommentar zur StPO § 429 Rz 3.

15 *Schumacher*, Sachverständiger und Richter: Sachverstand schlägt Rechtsverstand? RdM 2017, 170 (171); *Hinterhofer* in *Fuchs/Ratz* WK-StPO § 125 Rz 32.

16 *Grafl*, Die Rolle der Sachverständigen im Prozess, juridikum 2008, 24 (26).

17 *Brugger*, Psychologische und psychiatrische Sachverständigengutachten zur bedingten Entlassung Untergebrachter nach § 21 Abs 2 öStGB in *Gutiérrez-Lobos* (Hrsg), 25 Jahre Maßnahmenvollzug – eine Zwischenbilanz (2002) 31 ff.

18 *Kröber*, Gang und Gesichtspunkte der kriminalprognostischen psychiatrischen Begutachtung, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1999, 593 (594).

end auf diesen Informationen stellt die Exploration, also ein tiefgehendes persönliches Gespräch mit der/dem Betroffenen, ein Herzstück der Untersuchung dar, weshalb hierfür ausreichend Zeit eingeplant werden soll. So sollen alle wesentlichen Themen angesprochen werden, wie das aktuelle Delikt, die Einstellung der/des Betroffenen dazu, ihre/seine Lebensgeschichte, wesentliche Bezugspersonen, die momentane Situation und ihre/seine Ziele. Hierbei ist also nicht nur die Erhebung von Fakten von Interesse, sondern es soll ein spezielles Augenmerk auf die Werthaltungen und die Emotionen gelegt werden.<sup>19</sup> Ergeben sich in der Darstellung Diskrepanzen zu aus den Akten entnommenen Informationen, soll die/der Betroffene damit konfrontiert werden, sodass gegebenenfalls eine Aufklärung möglich ist.

In einem nächsten Schritt können psychometrische Testverfahren zum Einsatz gelangen.<sup>20</sup> In manchen Fällen kann die Durchführung von Fremdanamnesen wertvolle Informationen liefern: Sowohl Personen aus dem sozialen Umfeld der/des Betroffenen als auch Angehörige des Justiz- und Gesundheitssystems, welche in der Vergangenheit Kontakt zu der/dem Betroffenen hatten, können für ein solches Gespräch in Frage kommen. Abschließend soll das Erhobene zusammengefasst und einer Bewertung unterzogen werden, wobei es hier zentral ist, die konkreten Fragen der Staatsanwaltschaft bzw des Gerichts zu beantworten.<sup>21</sup>

#### 4. Kritik an der Prognosepraxis in Österreich

Seit vielen Jahren gibt es Kritik an der Praxis der Gefährlichkeitsprognosen in Ö, wobei sich diese primär gegen die Qualität der Gutachten richtet.<sup>22</sup> So konnte etwa eine umfangreiche Untersuchung der Qualität österr Gutachten zur Zurechnungsfähigkeit und zur Gefährlichkeitsprognose von Sexualstraftätern<sup>23</sup> erhebliche Missstände aufzeigen, die sich auf die unterschiedlichsten Bereiche der Begutachtung beziehen.<sup>24</sup> Es zeigte sich bspw, dass in mehr als der Hälfte der Fälle keine Sexualanamnese durchgeführt wurde, obwohl die untersuchte Population ausschließlich Sexualstraftäter umfasste. Erhebliche Mängel zeigten sich bei der Erstellung psychiatrischer Diagnosen, da etwa in 14 % der Gutachten eine „Diagnose“ angeführt wurde, welche keinem anerkannten klinischen Störungsbild eines international gültigen Klassifikationsschemas – wie etwa der „International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems“, welche ak-

19 Kröber, Kriminalprognostische Begutachtung in *Kröber/Dölling/Leygraf/Saß*, Handbuch der Forensischen Psychiatrie (2006) 69ff.

20 Vgl sogleich unter Pkt 6.

21 *Dable/Schneider-Njepel* in *Bliesener/Lösel/Köbnken* 439 ff.

22 *Gutiérrez-Lobos*, Psychiatrische Gutachten im Spannungsfeld zwischen Medizin, Recht und Gesellschaft, *juridikum* 2004, 203 ff.

23 Die Stichprobe setzte sich ausschließlich aus männlichen Untersuchungspersonen zusammen.

24 *Kunzl/Pfäfflin*, Qualitätsanalyse österreichischer Gutachten zur Zurechnungsfähigkeit und Gefährlichkeitsprognose, *Recht & Psychiatrie* 2011, 152 ff; *Kunzl*, Qualitätsanalyse österreichischer Gutachten zur Zurechnungsfähigkeit und Gefährlichkeitsprognose (2011) 28 ff.

tuell in der 10. Fassung vorliegt (ICD-10)<sup>25</sup> – entspricht. Die Gefährlichkeitsprognose kam in 32 % der Fälle ausschließlich auf intuitive Weise zustande, ihr lag somit nur der „Menschenverstand“ der Gutachterin/des Gutachters zugrunde.<sup>26</sup> 41 % der Arbeiten und damit nicht einmal die Hälfte enthielten Maßnahmenvorschläge, wie eine Reduktion der Gefährlichkeit erreicht werden könnte. 14 % der Gutachten enthielten in sich logische Widersprüche. Außerdem konnten Moralisierungen durch die Sachverständigen und intransparente Darstellungsweisen der Sachverhalte festgestellt werden.

Im Zuge der Untersuchung zeigte sich, dass manche Sachverständige wesentlich häufiger mit einem Gutachten beauftragt wurden als andere. Es wurde daher untersucht, ob die Qualität dieser Gutachten über jener der seltener tätigen Gutachter/innen lag. Es zeigte sich jedoch, dass dies nicht der Fall war, sondern sogar ein negativer Zusammenhang gefunden werden konnte. Die Aussagen der häufig tätigen Sachverständigen waren öfter wissenschaftlich nicht fundiert, sie argumentierten öfter mit ihrem „psychiatrischen Sachverstand“ anstatt mit einer wissenschaftlichen Begründung, verwendeten häufiger tautologische Formulierungen als Argumentation und wiesen öfter Redundanzen auf.<sup>27</sup>

Eine Erklärung für dieses doch überraschende Ergebnis könnte ein Phänomen darstellen, welches in der Lit an vielen Stellen unter dem Stichwort der „Hausgutachter/innen“ diskutiert wird.<sup>28</sup> Darunter wird verstanden, dass eine kleine Gruppe von Gutachter/innen sehr häufig von den Gerichten bestellt wird, während der Großteil der eingetragenen Sachverständigen nie oder nur sehr selten eine Begutachtung durchführt. Die schlechte Honorierung der Begutachtung könnte eine Rolle dabei spielen, immer wieder dieselben Personen einzusetzen, da diese bei häufigerer Tätigkeit höhere Skalierungseffekte ihrer Arbeit erzielen können. *Stangl et al* begründen diese Vermutung damit, dass die Gutachter/innen dann auf ein „einmal entwickeltes ‚Baukastensystem‘“ zurückgreifen können.<sup>29</sup> Tatsächlich ist die Honorierung der Leistung forensisch-psychiatrischer Gutachter/innen mit EUR 195,40 (plus Aufwandsentschädigung)<sup>30</sup> pro Gutachten äußerst gering, berücksichtigt man den Zeitaufwand, welcher für eine professionelle Untersuchung notwendig ist, sowie die ausgesprochen komplexen Fragestellungen und Fallkonstellationen.<sup>31</sup> Ein anderer Grund könnte sein, dass die Gerichte mit Vorliebe auf Gutachter/innen zurück-

---

25 *World Health Organisation*, ICD-10: International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems: Tenth Revision (1992); vgl die entsprechende deutsche Übersetzung: *Dilling/Freyberger*, Taschenführer zur ICD-10-Klassifikation psychischer Störungen<sup>8</sup> (2016).

26 *Kunzl*, Qualitätsanalyse 83.

27 Ebd. 84 f.

28 *Nowak/Krisper*, Der österreichische Maßnahmenvollzug und das Recht auf persönliche Freiheit, *Europäische Grundrechtezeitschrift* 2013, 645 (654); *Birkbauer*, Der Umgang mit psychisch kranken Rechtsbrechern: Auf dem Weg zur lebenslangen Sicherungsverwahrung? *Journal für Strafrecht* 2013, 141 (148).

29 *Stangl/Neumann/Leonhardmair*, Welcher organisatorischen Schritte bedarf es, um die Zahl der Einweisungen in den Maßnahmenvollzug zu verringern? (2012) 58.

30 S hierzu § 43 Abs 1 Z 1e Gebührenanspruchsgesetz, BGBl 1975/136 idF BGBl I 2007/111.

31 *Grafl/Gratz/Höpfel/Hovorka/Pilgram/Schroll/Soyer*, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! Vorschläge Nr 4, *Journal für Rechtspolitik* 2009, 152 (154).

greifen, die sie bereits aus früheren Verfahren kennen und von denen sie uU ein bestimmtes Ergebnis der Begutachtung erwarten (können).<sup>32</sup>

Ein weiterer Kritikpunkt bezieht sich darauf, dass in Ö keine spezifischen Ausbildungsvorschriften für den Bereich der forensischen Psychiatrie existieren.<sup>33</sup> In weiterer Folge findet auch keinerlei Qualitätssicherung der erstellten Gutachten statt, sodass die Einhaltung von Mindeststandards durch die Gutachter/innen nicht kontrolliert wird.<sup>34</sup>

## 5. Prognosemethoden

Im Folgenden soll nun anhand internationaler Lit darauf eingegangen werden, welche Formen von Prognosemethoden unterschieden werden und mit welchen Vor- bzw. Nachteilen diese Methoden jeweils verbunden sind.<sup>35</sup> Dieser Beitrag orientiert sich an der Einteilung von *Dahle*, der die intuitive, die statistische und die klinische Prognose unterscheidet.<sup>36</sup>

In den verschiedenen Zugängen der Methoden bildet sich der vorhandene Zielkonflikt deutlich ab. So sollen der Prognose möglichst allgemeingültige, objektive Beurteilungskriterien zugrunde gelegt werden, gleichzeitig aber auch auf die Besonderheiten des individuellen Einzelfalles eingegangen werden.<sup>37</sup>

### 5.1. Die intuitive Prognose

Unter der intuitiven Methode wird eine Vorgehensweise verstanden, bei der keinerlei Regeln oder handlungsleitenden Theorien zur Anwendung kommen, sondern die prognostizierende Person sich vollständig auf ihre Intuition verlässt. *Dahle* spricht in diesem Zusammenhang von einer „Prognose als Prophezeiung“. <sup>38</sup> Der Fokus liegt auf der/dem Begutachteten, die/der auf individueller Ebene beurteilt werden soll. Diese Methode entspricht in keiner Form wissenschaftlichen Standards, da sie weder an empirischen Ergebnissen und Gesetzmäßigkeiten orientiert ist, noch Möglichkeiten der Überprüfung bietet.<sup>39</sup> Das ausschließliche Abstellen auf die Erfahrung von Expert/innen erweist sich auch in Untersuchungen als unzureichend, die erzielten Ergebnisse entsprechen häufig

32 *Brugger*, Sachverständigengutachten 33; *Arbeitsgruppe Maßnahmenvollzug*, Bericht an den Bundesminister für Justiz über die erzielten Ergebnisse, BMJ-V70301/0061-III 1/, 67 ff.

33 *Grafl/Gratz/Höpfel/Hovorka/Pilgram/Schroll/Soyer*, Initiative 154.

34 *Brugger*, Sachverständigengutachten 37 f.

35 *Meier*, *Kriminologie* (2007) 185 ff; *Rettenberger*, Aktuelle Entwicklungen und Perspektiven psychologisch fundierter Kriminalprognosen, *Praxis der Rechtspsychologie* 2015, 135 (136 ff); *Dahle/Schneider-Njepel* in *Bliesener/Lösel/Köhnken* 430 ff.

36 *Dahle*, Psychologische Begutachtung zur Kriminalprognose in *Kröber/Steller* (Hrsg), *Psychologische Begutachtung im Strafverfahren* (2005) 140 ff.

37 *Göppinger*, *Kriminologie* (2008) 230.

38 *Dahle* in *Kröber/Steller* 146.

39 *Meier*, *Kriminologie* 190 f.

der Treffsicherheit des Zufalls.<sup>40</sup> Grund dafür sind Fehler und Verzerrungen in der Wahrnehmung und Beurteilung, die zu einer Überbewertung einzelner Merkmale führen.<sup>41</sup> Studienergebnisse zeigen, dass daran auch ein großer Erfahrungsschatz auf Seiten der Begutachterin/des Begutachters nichts ändert.<sup>42</sup> Dennoch zeigen verschiedene Untersuchungen auf, dass diese Form der Prognoseerstellung weiterhin verbreitet zum Einsatz kommt.<sup>43</sup>

## 5.2. Die statistische Prognose

Die statistische Prognosemethode versucht diese Schwächen zu überwinden und orientiert sich daher an klaren Regeln und den Erkenntnissen empirischer Untersuchungen. Ausgangsbasis bilden meist empirische Rückfalluntersuchungen, deren Ergebnisse Indizien dafür liefern sollen, anhand welcher Merkmale Personen, die erneut eine Straftat begangen haben, von jenen unterschieden werden können, die straffrei geblieben sind. Diese Merkmale werden zu sog Prognosetafeln zusammengefasst und es werden Regeln für deren Anwendung definiert. In den meisten Fällen erfolgt nach einer Beurteilung, ob das jeweilige Kriterium bei einer konkreten Person vorliegt, eine Addition der Werte der zutreffenden Merkmale. In manchen Fällen erfolgt eine Gewichtung, sodass Kriterien, welche eine höhere Aussagekraft über künftige Straffälligkeit haben, in der Berechnung mehr Bedeutung erlangen. In den meisten Fällen werden anhand der Normstichprobe Gruppen gebildet, welche jeweils über ein durchschnittliches Rückfallrisiko verfügen. Den Gruppen wird ein gewisser Prozentsatz der Rückfallwahrscheinlichkeit zugewiesen. Die untersuchte Person wird schließlich aufgrund der vorgefundenen Kriterien einer dieser Gruppen zugeordnet.<sup>44</sup> Erste Instrumente dieser Art wurden bereits in den 1920er-Jahren entwickelt.<sup>45</sup>

An dieser Vorgehensweise ist positiv zu bewerten, dass sie sich an empirischen Erkenntnissen orientiert und so im Gegensatz zur intuitiven Prognosemethode kein Risiko einer Urteilsverzerrung aufgrund der subjektiven Sichtweise der Untersuchenden gegeben ist. Die erzielten Ergebnisse können transparent nachvollzogen werden und Prognosetafeln erweisen sich in ihrer Anwendung als ressourcenschonend.

---

40 Rettenberger, *Praxis der Rechtspsychologie* 2015, 136 mwN.

41 Tröbinger/Kitzberger, Standardisierte Risikobeurteilung in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), StGB 2015 und Maßnahmenvollzug: RichterInnenwoche 2014 in Saalfelden am Steinernen Meer 19.–23. Mai 2014 (2015) 185 (188 f).

42 Grove/Zald/Lebow/Snitz/Nelson, Clinical versus mechanical prediction: a meta-analysis, *Psychological Assessment* 2000, 19 (24).

43 Haubner-MacLean/Eber, Nicht mehr gefährlich und doch rückfällig? Die ungenügende Abbildung gefährlichkeitsrelevanter Merkmale bei rückfälligen ehemals untergebrachten Sexualstraftätern, *Recht & Psychiatrie* 2014, 69 (75).

44 Dable in Kröber/Steller 142 ff.

45 Burgess, Factors determining success or failure on parole in *Bruce/Harno/Burgess/Landesco*, *The workings of the indeterminate sentence law and the parole system in Illinois* (1928) 221.

Allerdings ist die Methode mit dem großen Nachteil behaftet, dass es sich bei dem erzielten Ergebnis nicht um eine Individualprognose der konkret untersuchten Person handelt. Durch die Zuordnung zu einer aus der Normstichprobe gebildeten Gruppe, der sie in gewissen Merkmalen ähnlich ist, lässt sich keine fundierte Aussage darüber treffen, ob das in der Gruppe gefundene Risiko tatsächlich jenem der zu untersuchenden Person entspricht. Weiters bieten die beschriebenen Verfahren keine Erklärung bzw handlungsleitende Hintergrundtheorie an, sondern gründen ihre Vorhersage rein auf den Korrelationen zwischen verschiedenen Merkmalen und der späteren Straffälligkeit. Nicht zuletzt lässt sich aus der Zuordnung einer Person zu einer Gruppe auch keinerlei Behandlungsindikation ableiten, obwohl der Fokus auf erfolgversprechende Behandlungsmaßnahmen ein Schwerpunkt jeder Kriminalprognose sein sollte.<sup>46</sup>

Verschiedene Untersuchungen, darunter auch Meta-Analysen, zeigen dennoch, dass durch die Anwendung statistischer Prognosemethoden deutlich bessere Ergebnisse erzielt werden als durch ein rein intuitives Vorgehen.<sup>47</sup>

### 5.3. Die klinische Prognose

Im Rahmen der klinischen Prognose erfolgt eine Integration der positiven Aspekte der beiden bereits vorgestellten Methoden. So erfolgt eine Orientierung an wissenschaftlich belegbaren Erkenntnissen und es werden auf empirischen Ergebnissen beruhende Prognoseinstrumente und Kriterienlisten eingesetzt, während gleichzeitig auf die Besonderheiten des Einzelfalles eingegangen und die zu begutachtende Person in ihrer Individualität wahrgenommen wird. Der Fokus wird speziell auf die in diesem konkreten Fall relevanten Risikofaktoren gelegt. Hierfür ist von entscheidender Bedeutung, dass wissenschaftliche Theorien zum Einsatz kommen, auf denen aufbauend eine für den Einzelfall zugeschnittene Hypothese gebildet wird, die das zu untersuchende Phänomen zu erklären versucht. Es wird daher nicht nur auf vorhandene Korrelationen geschaut, wie dies bei der statistischen Methode der Fall ist, sondern durch die Auseinandersetzung mit dem Fall wird ein individuelles Erklärungsmodell der Kriminalität und der sonstigen Vorkommnisse entwickelt.<sup>48</sup>

Bei diesem Modell soll es sich um ein Konstrukt handeln, welches den Qualitätsstandards wissenschaftlicher Theorien entspricht. Es soll daher in sich widerspruchsfrei sein und in einem logischen Verhältnis zu den vorhandenen Erkenntnissen des konkreten Falls stehen. Darüber hinaus soll es in einem konsistenten Verhältnis zu den etablierten

---

46 Douglas/Kropp, A prevention-based paradigm for violence risk assessment – Clinical and research applications, *Criminal Justice and Behavior* 2002, 617 (627 ff).

47 Hanson/Morton-Bourgon, The accuracy of recidivism risk assessments for sexual offenders: A meta-analysis of 118 prediction studies, *Psychological Assessment* 2009, 1 (6 ff).

48 Dahle/Lehmann, Klinisch-idiografische Kriminalprognose in Rettenberger/von Franqué, *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren* (2013) 347 (348).

Theorien stehen, welche für diesen Bereich von Relevanz sind, hier also etwa Kriminalitäts-, Entwicklungs- oder Persönlichkeitstheorien.<sup>49</sup>

Beispielhaft für klinische Prognosemethoden soll im Folgenden das Modell „strukturierter, professioneller Risikobeurteilungen“<sup>50</sup> komprimiert vorgestellt werden. Der Prozess der Prognoseerstellung wird in mehrere Teilschritte unterteilt, für die jeweils konkrete Handlungsanleitungen vorgegeben werden. Eine genaue Erfassung und Beschreibung des zu beurteilenden Problems bildet den Ausgangspunkt. Anschließend sollen die für das vorliegende Verhalten relevanten Risikofaktoren eruiert werden, hierbei können Ergebnisse aus der Lit oder Checklisten genützt werden. In einem nächsten Schritt werden alle für die Beurteilung des Falles wesentlichen Informationen zusammengetragen. Besonders bedeutsam ist die Delinquenzgeschichte. Darüber hinaus ist eine Vielzahl von Informationen relevant, wie etwa physiologische oder psychologische Erkrankungen, persönliche Einstellungen oder soziale Faktoren (Familienstand etc). Es sollen stets mehrere Quellen Berücksichtigung finden. Sodann kann von der Vielzahl an Checklisten und Testverfahren, die empirisch untersuchte Risikofaktoren auflisten, Gebrauch gemacht werden, um die einzelnen Risikofaktoren dahingehend zu bewerten, ob sie in dem konkret zu untersuchenden Sachverhalt vorliegen, und falls ja, wie groß ihre Bedeutung für den vorliegenden Fall ist.

Herzstück einer klinischen Prognose ist dann die Entwicklung einer individuellen Deliktshypothese, die eine Erklärung für das vorgefallene Geschehen liefern und die Weichen für die Behandlungs- und Präventionsmaßnahmen stellen soll. Die vorhandenen Informationen, die in den vorherigen Schritten gesammelt wurden, sollen hier derart verknüpft werden, dass sie sich möglichst umfassend und widerspruchsfrei in dem erarbeiteten Modell wiederfinden und für eine vollständige Erklärung so wenig wie möglich auf ungesichertes Wissen zurückgegriffen werden muss. Das Modell soll Auskunft darüber geben, in welcher Beziehung die relevanten Risikofaktoren zueinander stehen, sowie über ihre Interaktionen mit der Umwelt, da hierdurch wesentliche Informationen zur Delinquenzentstehung gewonnen werden können. Weiters soll Augenmerk auf die Funktion gelegt werden, die die delinquenten Handlungen im Leben der untersuchten Person haben. Dem liegt die Idee zugrunde, dass durch das strafbare Verhalten ein übergeordnetes Ziel verfolgt wird und die Zielerreichung durch das Verhalten ermöglicht werden soll. Aus diesen Informationen ergeben sich wesentliche Anknüpfungspunkte für die Behandlung, zumal alternative, nicht strafbare Vorgehensweisen und Strategien erörtert werden müssen, durch die das Ziel ebenfalls erreicht werden kann.

Schließlich sollen im Rahmen eines Präventionsplans jene Maßnahmen erarbeitet und aufgelistet werden, die ein künftiges strafbares Verhalten verhindern sollen. Hierbei kann

---

49 Gadenne, Theoriebewertung in *Hermann/Tack*, Methodologische Grundlagen der Psychologie – Enzyklopädie der Psychologie (1994) 389.

50 Von Franqué, Strukturierte, professionelle Risikobeurteilungen in *Rettenberger/von Franqué*, Handbuch kriminalprognostischer Verfahren (2013) 357 mwN.

es sich je nach Fallkonstellation um medikamentöse Therapien, psychologische Behandlung, Fortbildungsmaßnahmen oder ähnliches handeln. Zum Schluss soll eine „integrative Gesamteinschätzung“<sup>51</sup> vorgelegt werden, welche möglichst komprimiert ein abschließendes Urteil darlegt. Das zu diesem Zeitpunkt vorliegende Risiko kann in den Abstufungen „gering“, „mittel“ oder „hoch“ eingeschätzt werden.

In Untersuchungen zeigt sich, dass die Anwendung eines Modells der „professionellen Urteilsbildung“ zu valideren Ergebnissen bezüglich der Vorhersage künftigen Verhaltens gelangt als eine Verwendung von ausschließlich statistischen Methoden.<sup>52</sup>

## 6. Prognoseinstrumente

Für die praktische Erstellung einer Gefährlichkeitsprognose sind sog Prognoseinstrumente von großer Bedeutung. Hierbei handelt es sich um psychometrische Verfahren, die unter Berücksichtigung testtheoretischer Grundlagen eine Annäherung an die Gefährlichkeit einer Person in Form einer Messung liefern sollen und die von Sachverständigen im Zuge der Prognoseerstellung herangezogen werden können.

Bei der Strukturierung der vorhandenen Prognoseinstrumente wird idR von Generationen gesprochen, allerdings entspricht dies meist der eben dargestellten Einteilung in intuitive, statistische und klinische Prognosen. Die erste Generation umfasst die unstrukturierte klinisch-intuitive Prognosemethode, wobei dafür auch die Bezeichnung *professional judgement* verwendet wird, da es sich hierbei rein um die Beurteilung einer Expertin/eines Experten handelt.<sup>53</sup>

Die zweite Generation entspricht der statistischen Prognose. Die diesen Verfahren gegenüber geäußerte Kritik bezieht sich im Wesentlichen einerseits darauf, dass sie nicht theorieleitet sind, sondern lediglich auf empirisch festgestellten Korrelationen beruhen, andererseits auf die konkret enthaltenen Kriterien, anhand derer eine Gefährdung eingeschätzt werden soll. Hierbei handelt es sich nämlich beinahe ausschließlich um sog statische Variablen. Darunter werden Faktoren verstanden, die keiner Veränderungsmöglichkeit unterliegen, wie bspw die Anzahl der Vorstrafen. Eine Kumulation ausschließlich dieser Faktoren führt daher dazu, dass es für die Betroffenen praktisch keine Möglichkeit einer Verbesserung ihrer Zukunftsaussichten gibt. Um ein solches Verfahren handelt es sich etwa bei dem „Violence Risk Appraisal Guide“ (VRAG)<sup>54</sup>, welcher im

51 Von Franqué in Rettenberger/von Franqué 373.

52 Dable in Kröber/Steller 157; Douglas/Ogloff/Hart, Evaluation of a Model of Violence Risk Assessment Among Forensic Psychiatric Patients, *Psychiatric Services* 2003, 1372 (1375 ff).

53 Gretenkord, Warum Prognoseinstrumente?, in Rettenberger/von Franqué, *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren* (2013) 21.

54 Tröbinger/Kitzberger in Bundesministerium für Justiz (Hrsg) 187.

Bereich der Gewalt- und Sexualstraftaten eingesetzt werden kann und das Risiko einer erneuten einschlägigen Delinquenz abschätzen soll.<sup>55</sup>

Dieses Defizit der reinen Fokussierung auf statische Faktoren versuchen Verfahren der dritten Generation zu beseitigen, indem zusätzlich sog dynamische Faktoren in die Prognostik miteinbezogen werden, also Merkmale, die grundsätzlich veränderbar sind und somit Ziel einer Intervention sein können. Darunter werden bspw die Einstellungen der/des Betroffenen oder ihr/sein soziales Umfeld verstanden.<sup>56</sup> Die Berücksichtigung von dynamischen Variablen ist von großer Bedeutung, haben Studien doch gezeigt, dass durch gezielte Maßnahmen und individuelle Behandlung reale Veränderungen möglich sind.<sup>57</sup> Eines der wichtigsten Verfahren dieser Generation ist das „Historical-Clinical-Risk Management-20 Violence Risk Assessment Scheme“ (HCR-20).<sup>58</sup> Studien haben ergeben, dass hierdurch im Vergleich mit Instrumenten der zweiten Generation ein größerer Erklärungswert gewonnen werden kann.<sup>59</sup>

Schließlich zeigt sich in der Entwicklung der letzten Jahre eine Tendenz zu ausführlichen und differenzierten Erhebungsinstrumenten. Diese haben nicht nur eine Prognose der zukünftigen Gefährlichkeit im Fokus, es sollen darüber hinaus Informationen gewonnen werden, die unmittelbar in die Behandlungsplanung einfließen. Veränderungen bezüglich einzelner Risikofaktoren sollen möglichst detailliert abbildbar sein, um bei einer Steigerung des Risikos umgehend reagieren zu können. Andererseits können begonnene Maßnahmen fortgesetzt werden, wenn sie sich als zielführend erweisen. Beispielhaft wäre hier das „Forensische Operationalisierte Therapie-Risiko-Evaluationssystem“ (FOTRES) zu nennen.<sup>60</sup>

Ein umfassendes Forschungsinteresse hat dazu geführt, dass sich die Zahl der entwickelten Prognoseverfahren seit ihren Anfängen in den 1920er-Jahren vervielfacht hat. Bereits vor etwa zehn Jahren wurden im Zuge einer Zählung 457 Verfahren erhoben, die sich für die Prognose der Gefährlichkeit einsetzen lassen.<sup>61</sup> Daher muss im Bedarfsfall eine Auswahl getroffen werden. *Guy* listet die folgenden fünf Grundsätze für diese Auswahl auf:

---

55 *Rossegger/Urbaniok/Danielsson/Endrass*, Der Violence Risk Appraisal Guide (VRAG) – ein Instrument zur Kriminalprognose bei Gewalttätern, *Fortschritte der Neurologie Psychiatrie* 2009, 577 (578 ff); *Quinsey/Harris/Rice/Cormier*, Violent offenders: Appraising and managing risk<sup>2</sup> (2006) 171ff.

56 *Rettenberger*, *Praxis der Rechtspsychologie* 137; *Tröbinger/Kitzberger* in *Bundesministerium für Justiz* 186 ff.

57 *Hanson/Harris/Scott/Helmus*, Assessing the risk of sexual offenders on community supervision: The Dynamic Supervision Project (User Report No 2007-05) (2007) 13 ff.

58 *Tröbinger/Kitzberger* in *Bundesministerium für Justiz* 187; *Webster/Douglas/Eaves/Hart*, HCR-20: Assessing the Risk for Violence<sup>2</sup> (1997).

59 *Eher/Matthes/Schilling/Haubner-MacLean/Rettenberger*, Dynamic risk assessment in sexual offenders using STABLE-2000 and the STABLE-2007: An investigation of predictive and incremental validity, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment* 2012, 5 (13 ff).

60 *Urbaniok*, FOTRES Forensisches Operationalisiertes Therapie-Risiko-Evaluations-System: Diagnostik, Risikobeurteilung und Risikomanagement bei Straftätern (2016).

61 *Guy*, Performance Indicators of the Structured Professional Judgment Approach for Assessing Risk for Violence to Others: A Meta-Analytic Survey (2008) 9.

1. Das Verfahren baut auf wissenschaftlich fundierten Risikofaktoren auf.
2. Es sollen möglichst alle wesentlichen Risikofaktoren enthalten sein.
3. Durch den Einsatz des Verfahrens soll die Erstellung eines Plans ermöglicht werden, der die Reduktion des Risikos zum Ziel hat. Daher sollen dynamische Risikofaktoren enthalten sein, da nur diese einer Veränderbarkeit unterliegen.
4. Das Verfahren soll Regelungen zur Risikokommunikation enthalten, sodass es nicht zu Missverständnissen bzgl der Bedeutung der Ergebnisse kommen kann.
5. Das Instrument soll grundlegenden Transparenz-Erfordernissen entsprechen, sodass der Entscheidungsfindungsprozess nachvollzogen werden kann.<sup>62</sup>

Ein großer Teil der Verfahren wurde ursprünglich in englischer Sprache entwickelt und normiert. Eine unmittelbare Anwendung dieser Verfahren im deutschsprachigen Raum birgt ein gewisses Risiko in sich, speziell dann, wenn etwa die Rechtssysteme der verschiedenen Länder nicht deckungsgleich sind. Eine Anwendung soll idealerweise nur dann erfolgen, wenn eine Normierung im eigenen Kultur- und Sprachraum durchgeführt wurde, auf die zurückgegriffen werden kann. Allerdings kann diese Forderung nicht immer aufrechterhalten werden, gerade in jenen Fällen, bei denen bei Nichtanwendung der ursprünglich englischsprachigen Verfahren auf keinerlei Erhebungsinstrumente zurückgegriffen werden könnte.<sup>63</sup> Umgekehrt ist eine Berücksichtigung dieser Problematik bei der Begutachtung ausländischer Personen wesentlich, zum einen, da manche Testverfahren ein gewisses Maß an Sprachkenntnissen erfordern, zum anderen aufgrund der bereits angesprochenen Normierung.<sup>64</sup>

Häufig stellt sich die Frage, ob mehrere Instrumente zum Einsatz kommen sollen oder ob mit einem Verfahren das Auslangen gefunden werden kann. Es zeigt sich, dass aus der Anwendung mehrerer Instrumente, die sich inhaltlich und strukturell ähneln, nur selten ein höherer Informationswert gewonnen wird.<sup>65</sup> Soll hingegen neben einem allgemeinen zusätzlich ein spezielles Risiko untersucht werden, so empfiehlt sich der Einsatz spezifizierter Instrumente, wie sie etwa für Sexualstraftäter/innen gefunden werden können. Schließlich soll auch der Aspekt eines möglichst ökonomischen Einsatzes von Verfahren berücksichtigt werden, der sich auf den Zeitaufwand in der Anwendung und Auswertung des Instrumentes bezieht.<sup>66</sup>

---

62 *Guy*, Judgment 12 f.

63 *Dahle*, (Sach-)Verständige Auswahl und Integration von Basisinstrumenten und Prognoseinstrumenten der ‚dritten Generation‘ in *Rettenberger/von Franqué*, Handbuch kriminalprognostischer Verfahren (2013) 337 (338 f).

64 *Kröber*, Psychologische und psychiatrische Begutachtung im Strafrecht in *Kröber/Steller*, Psychologische Begutachtung im Strafrecht – Indikationen, Methoden und Qualitätsstandards (2005) 205 (209 f); *Rettenberger*, Intuitive, klinisch-idiographische und statistische Kriminalprognosen im Vergleich – die Überlegenheit wissenschaftlich strukturierten Vorgehens, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2018, 28 (35).

65 *Dahle* in *Rettenberger/von Franqué* 340.

66 *Dahle* in *Rettenberger/von Franqué* 338.

## 7. Conclusio

Bei strafgerichtlichen Entscheidungen – insb im Rahmen des Maßnahmenvollzugs untergebrachter oder unterzubringender Personen – spielen Gefährlichkeitsprognosen, zu deren Erstellung auf umfassendes empirisches Wissen zurückgegriffen werden muss, eine entscheidende Rolle. In gewisser Weise wird hier rechtlich „externes“ Wissen durch Psycholog/innen bzw Psychater/innen hinzugezogen, das von Seiten der Jurist/innen lediglich einer logischen Überprüfung, jedoch keiner Sachprüfung unterzogen werden kann. Gefährlichkeitsprognosen sollen daher von Personen erstellt werden, die über die notwendigen Qualifikationen für diese hochsensible Aufgabe verfügen und eine Begutachtung soll stets nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft erfolgen. Während die Forschung in den letzten Jahrzehnten eine Vielzahl an empirisch belegten Erkenntnissen zu dieser Thematik gewinnen konnte, zeigt die umfassende Kritik an der Praxis, dass in der Umsetzung der Prognostik weiterhin Aufholbedarf besteht. Zur Verbesserung der aktuellen Situation wird daher gefordert, eine spezielle forensisch-psychiatrische Ausbildung zu installieren, die eine Voraussetzung für eine Tätigkeit in diesem Bereich darstellt und die internationale Mindeststandards für die Erstellung der Gutachten vermitteln soll.<sup>67</sup> Darüber hinaus soll die Honorierung auf einen dem Aufwand sowie der Komplexität der Aufgabe angemessenen Betrag erhöht werden. Schließlich werden Mechanismen benötigt, die eine Qualitätssicherung der erstellten Gutachten garantieren.<sup>68</sup> Da die Gerichte in diesem hochsensiblen Bereich mangels eigenen notwendigen Fachwissens auf die Expertise der Sachverständigen angewiesen sind, muss in Zukunft garantiert werden, dass diese ihre Gutachten strengen Qualitätsstandards folgend verfassen.

MMag.<sup>a</sup> Monika Stempkowski ist Juristin, Klinische und Gesundheitspsychologin und eingetragene Mediatorin. Sie arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Strafrecht und Kriminologie in Wien; [monika.stempkowski@univie.ac.at](mailto:monika.stempkowski@univie.ac.at)

---

67 Vgl Boetticher/Kröber/Müller-Isberner/Böhm/Müller-Metz/Wolf, Mindestanforderungen für Prognosegutachten, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, 537 (541 ff); *Fachkommission für psychiatrische Begutachtung*, Leitfaden zur Gutachtenerstellung, [https://gd.zh.ch/dam/gesundheitsdirektion/direktion/themen/gesundheitsberufe/aerztin\\_arzt/diverses/leitfaden\\_forens\\_psych\\_ga\\_dez06.pdf.spooler.download.1283940452537.pdf/leitfaden\\_forens\\_psych\\_ga\\_dez06.pdf](https://gd.zh.ch/dam/gesundheitsdirektion/direktion/themen/gesundheitsberufe/aerztin_arzt/diverses/leitfaden_forens_psych_ga_dez06.pdf.spooler.download.1283940452537.pdf/leitfaden_forens_psych_ga_dez06.pdf) (16.3.2018).

68 Nowak/Krisper, EuGRZ 2013, 661.

# Die unbewusste Dimension der Rechtsdiskurse

Ein Beitrag zur psychoanalytischen Rechtstheorie

Dominik Schäfers

---

Denken und Handeln in Rechtswissenschaft und -praxis werden nicht nur durch explizites oder implizites Wissen, sondern auch durch solche Prozesse beeinflusst, die sich dem Bewusstsein und damit auch dem Wissen weitgehend entziehen (1.). Soweit Erkenntnisse in Rede stehen, die die Rationalität des Rechts und seiner Diskurse infrage stellen, scheint in der Rechtswissenschaft jedoch eine gewisse Neigung zum Nichtwissen-*Wollen* zu bestehen (2.). Eine auf Objektivität, Rechtssicherheit und demokratische Legitimation bedachte Rechtsordnung kann sich dieses Nicht-Wissen jedoch nicht leisten. Der Beitrag geht daher der Möglichkeit nach, das Wissen über diese Prozesse durch Rezeption von psychoanalytischen Erkenntnissen zu steigern (3.).

## 1. Der Einfluss des Bewusstseins nicht zugänglicher Prozesse auf Rechtsdiskurse

In der Wissenschaft wird heute von aufgrund jüngerer Erkenntnisse der Neurowissenschaften nicht mehr ernsthaft infrage gestellt, dass ein wesentlicher Bereich der menschlichen Psyche dem Bewusstsein nicht zugänglich ist und dass dieser Bereich auf Denken, Fühlen und Handeln des Menschen einen weitaus größeren Einfluss hat als das Bewusstsein.<sup>1</sup>

Dieser Bereich der menschlichen Psyche wird oft als das „Unbewusste“ bezeichnet. Dem Begriff des Unbewussten kommt in der psychoanalytischen Theorie freilich eine spezifische Bedeutung zu, die von anderen psychologischen Strömungen nicht oder nur partiell geteilt wird. Von in der *freudianischen* Theorie ist das Unbewusste der Bereich des Verdrängten, dasjenige, das vom Bewusstsein im Auftrag des Über-Ichs und im Dienste der triebbeschränkenden Kultur abgewiesen worden ist.<sup>2</sup> In den Kognitionswissenschaften werden als unbewusst demgegenüber allgemein all jene Prozesse bezeichnet, „[...] die dem Wahrnehmen, Denken, Entscheiden (und) Erinnern implizit sind“<sup>3</sup>; in Abgrenzung

---

1 Vgl. instruktiv das Interview mit dem Hirnforscher *Gerhard Roth*, [www.deutschlandfunkkultur.de/man-kann-wirklich-in-das-unbewusste-eines-menschen.1013.de.html?dram:article\\_id=165684](http://www.deutschlandfunkkultur.de/man-kann-wirklich-in-das-unbewusste-eines-menschen.1013.de.html?dram:article_id=165684); weiterführend *Solms* in *Leuzinger-Bohleber/Böker/Fischmann/Northoff/Solms*, *Psychoanalyse und Neurowissenschaften* (2015) 61ff.

2 *Gödde* in *Mertens*, *Handbuch psychoanalytischer Grundbegriffe* (2014) – Stichwort: Unbewusst, das Unbewusste (II).

3 *Gödde* in *Mertens* – Stichwort Unbewusst, das Unbewusste (II).

zur psychoanalytischen Theorie wird insoweit auch vom adaptiven Unbewussten oder vom Nichtbewussten gesprochen.<sup>4,5</sup>

Unabhängig davon, welcher Strömung man zuneigt: Dass sich ein wesentlicher Bereich des Erlebens, Denkens und Handelns der Menschen ihrem Bewusstsein entzieht, ist auch für Rechtswissenschaft und -praxis von Bedeutung. Es muss davon ausgegangen werden, dass dem Bewusstsein nicht zugängliche Prozesse auch die zu regelnden Beziehungen der Menschen, Gesetzgebungsprozesse, die Auslegung von Gesetzen, wissenschaftliche Debatten, kurz: das Recht und seine Institutionen sowie Rechtsdiskurse beeinflussen.<sup>6</sup> So konnte etwa empirisch belegt werden, dass Richter\*innen bei der Entscheidungsfindung nicht streng logisch agieren.<sup>7</sup> Oft sitzen sie fehlerhaften Heuristiken auf oder lassen sich von sog Anker, die Prozessvertreter\*innen setzen, beeinflussen (Ankereffekt<sup>8</sup>). Diese Untersuchungen zielen zwar darauf, Auswirkungen des adaptiven Unbewussten auf Entscheidungsfindungen aufzudecken. Dass aber auch das Unbewusste im psychoanalytischen Sinne gerichtliche Entscheidungen beeinflusst, bspw stereotype Rollenbilder, die Richter\*innen aufgrund ihrer kulturellen Prägung haben, unbewusst in richterlichen Entscheidungen münden, wird man kaum bestreiten können. Nichts anderes gilt für Gesetzgebungsverfahren oder rechtswissenschaftliche Diskurse.

## 2. Weitgehende Indifferenz der Rechtswissenschaft gegenüber dem Unbewussten

Die Rechtswissenschaft ist (allein) nicht dazu in der Lage, Einflüsse dem Bewusstsein nicht zugänglicher Prozesse auf das Recht und Rechtsdiskurse aufzudecken. Sie ist auf Erkenntnisse anderer Wissenschaftsdisziplinen, va der Psychologie, angewiesen.

Mit der Rechtspsychologie hat sich mittlerweile ein Forschungsgebiet etabliert, das sich mit der Anwendung psychologischer Erkenntnisse und Methoden auf rechtswissenschaftliche Fragestellungen befasst.<sup>9</sup> Die (auch von der Rechtspraxis nachvollzogene), va rechts-

4 Vgl *Gödde* in *Mertens* – Stichwort Unbewusst, das Unbewusste (II).

5 Nachfolgend wird als Oberbegriff von „dem Bewusstsein nicht zugänglichen Prozessen“ gesprochen. Sofern von dem „Unbewussten“ oder „unbewusst“ die Rede ist, ist damit das Unbewusste iSd psychoanalytischen Theorie gemeint; sofern auf kognitionswissenschaftliche Erkenntnisse rekurriert wird, wird der Begriff des „adaptiven Unbewussten“ verwendet.

6 Vgl auch *Schulte*, Das Gesetz des Unbewussten im Rechtsdiskurs: Grundlinien einer psychoanalytischen Rechtstheorie nach Freud und Lacan (2010) 15f.

7 Vgl etwa *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases, *Cornell Law Rev* 2007-2008, 1; *Klein/Mitchell* (Hrsg), *The Psychology of Judicial Decision Making* (2010); *Danziger/Levav/Avnaim-Pesso*, Extraneous factors in judicial decisions, *PNAS* 2011, 6889; *Vidmar*, The Psychology of Trial Judging, *Psychological Science* 2011, 58; *Choi/Barnes/Guanara*, Sleepy Punishers Are Harsh Punishers: Daylight Saving Time and Legal Sentences, *Psychological Science* 2017, 242; grundlegend *Kahneman/Tversky*, Choices, Values, and Frames, *American Psychologist* 1984, 341; krit *Glöckner*, The irrational hungry judge effect revisited: Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated, *Judgment and Decision Making*, Nov 2016, 601.

8 Unter dem Ankereffekt versteht man die Annäherung einer gerichtlichen Entscheidung an einen Vergleichsmaßstab, der in Prozessen va durch die Anträge der Prozessvertreter\*innen konstituiert wird; vgl *Effer-Ube*, Die richtige Höhe des Schmerzensgeldantrags – Im Spannungsfeld zwischen Ankereffekt und Kostenrisiko, in *Christandl/Laimer/Nemethi/Skarics/Tamerl/Trenker/Voithofer/Walch* (Hrsg), *Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht* (2018) 69f.

9 Vgl dazu *Bliesener/Lösel/Köhnken*, *Lehrbuch Rechtspsychologie* (2014).

anwendungsbezogene Rezeption psychologischer Erkenntnisse fokussiert ua das (straf-)gerichtliche Verfahren (forensische Psychologie) sowie die Kriminologie (kriminologische Erkenntnisse). Im Vordergrund stehen Fragen, die einen Bezug zur psychischen Konstitution einer\*s Verfahrensbeteiligten, zu Psychopathologien und zur Delinquenz haben.<sup>10</sup> Neben gerichtlichen Entscheidungen sind etwa auch Zeug\*innenaussagen Gegenstand rechtspsychologischer Untersuchungen.<sup>11</sup>

Erkenntnisse über dem Bewusstsein nicht zugängliche Prozesse sind jedoch über die primär rechtsanwendungsbezogenen Überlegungen der Rechtspsychologie hinaus auch für die rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung von Interesse. Va die Psychoanalyse versteht sich nicht nur als Heilmethode, sondern auch als Sozial-/Humanwissenschaft, die insb unbewusste Dimensionen des sozialen Lebens und sozialer Institutionen reflektiert.<sup>12</sup> Wenngleich Rechtswissenschaftler wie *Kelsen*<sup>13</sup> oder *Ehrenzweig*<sup>14</sup> aus rechtstheoretischer und -philosophischer Sicht Interesse an psychoanalytischer Forschung zeigten, ist der Einfluss der Psychoanalyse auf die deutschsprachige Rechtswissenschaft gering geblieben.

Das dürfte ua darauf zurückzuführen sein, dass sich die Psychoanalyse va in Deutschland oft dem Vorwurf mangelnder Wissenschaftlichkeit ausgesetzt sieht.<sup>15</sup> Für eine Wissenschaft, die sich – wie die ReWi – ihres eigenen wissenschaftlichen Status selbst nicht immer gewiss ist,<sup>16</sup> dürfte die Psychoanalyse damit unattraktiv sein. Auch werden Abwehrmechanismen eine Rolle spielen: Rechtsdiskurse sind um Objektivität und Rationalität bemüht. Die Psychoanalyse fokussiert demgegenüber das Unbewusste und stellt die Rationalität und Objektivität des Rechts und seiner Institutionen infrage. Diese Erkenntnisse können das Selbstbild der professionell tätigen Jurist\*innen sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Objektivität und Rationalität des Rechts erschüttern.<sup>17</sup> Insoweit mag es einfacher sein, psychoanalytische Erkenntnisse abzuwehren, sei es, dass die Erkenntnisse als unwissenschaftlich abgetan, sei es, dass sie schlicht ignoriert werden.

10 Vgl auch *Schulte*, Rechtstheorie 17f.

11 Zur Untersuchung von Zeugenaussagen aus psychologischer Sicht *de Puiseau*, On the Assessment of Witnesses' Memory for Events (2016).

12 Allgemein *List*, Psychoanalyse<sup>2</sup> (2014) 195; *dies*, Psychoanalytische Kulturwissenschaften (2013) 15ff.

13 Dazu *Huttar*, Hans Kelsen und Sigmund Freud – Unmittelbare und mittelbare Bezugnahmen sowie mögliche Einflüsse (2011), [http://othes.univie.ac.at/16125/1/2011-09-06\\_0306445.pdf](http://othes.univie.ac.at/16125/1/2011-09-06_0306445.pdf) (28.4.2018).

14 *Ehrenzweig*, Psychoanalytische Rechtswissenschaft (1973).

15 Vgl zB *Städler*, Lexikon der Psychologie (1998) 1274; *Popper*, Vermutungen und Widerlegungen I (1994) 47ff; zur Diskussion über den wissenschaftlichen Status der Psychoanalyse *Zepf*, Allgemeine Psychoanalytische Neurosenlehre, Psychosomatik und Sozialpsychologie (2000) 403ff.

16 Die wohl bekannteste wissenschaftstheoretische Kritik an der ReWi stammt von *Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1847), in *Klenner* (1990); zur Diskussion einfürend *Rühl*, Ist die Rechtswissenschaft überhaupt eine Wissenschaft? (2005), [www.jura.uni-bremen.de/uploads/Ulli\\_Ruehl/Ruhl-ReWi\\_Vortrag.pdf](http://www.jura.uni-bremen.de/uploads/Ulli_Ruehl/Ruhl-ReWi_Vortrag.pdf) (28.4.2018); *Engel/Schön* (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007).

17 Vgl auch *Schulte*, Rechtstheorie 15f.

### 3. Psychoanalytische Rechtstheorien

#### 3.1. Begriff, Ziel und wissenschaftstheoretische Einordnung

Im Folgenden soll der Fokus näher auf Ansätze gelegt werden, die im deutschen Sprachraum als psychoanalytische Rechtstheorien<sup>18</sup> bezeichnet werden. Gemeinsam ist ihnen der Versuch, auf der Grundlage psychoanalytischer Annahmen die Entstehung und Entwicklung von Recht, Rechtsinstitutionen und Rechtssubjektivität zu begründen (insoweit wird auch von einer psychoanalytischen Theorie des Rechts gesprochen<sup>19</sup>) und Manifestationen des Unbewussten innerhalb gesetzlicher Kodifikationen und rechtlicher Institutionen, Verdrängungen, die Triebe und das Begehren von Rechtssubjekten und den Verfasser\*innen und Interpret\*innen von Gesetzen sichtbar zu machen und zu analysieren.<sup>20, 21</sup>

Psychoanalytische Rechtstheorien erweitern die Rechtsdiskurse um die spezifische Rationalität psychoanalytischen Wissens<sup>22</sup> und tragen so zu einem differenzierteren Blick auf das Recht und seine Diskurse bei. Das fördert auch die demokratische Legitimation von Recht: Psychoanalytische Erkenntnisse können die unbewusste Dimension des Rechts und seiner Diskurse sichtbar und damit einem demokratischen Diskurs überhaupt erst zugänglich machen. Die Psychoanalyse kann die Selbstreflexion und Selbsterkenntnis der Rechtswissenschaft fördern, insb indem sie das speziell auf die Dekonstruktion des Unbewussten zugeschnittene, theoretische, begriffliche und hermeneutische Rüstzeug zur Verfügung stellt, mit der die Diskursteilnehmer\*innen den Einfluss des Unbewussten auf ihr eigenes Tun reflektieren und hinterfragen und damit der ihnen ggf zgedachten Rolle innerhalb des Rechtssystems in verantwortlicher Weise gerecht werden können.<sup>23</sup>

18 Vgl zu dieser Begriffsverwendung Häußler in *Buckell/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg) 307ff; ders, Psychoanalytische Rechtstheorien und die Reflexion von Gefühlen in der Rechtsphilosophie, *Revus* 2010, 27ff; *Schulte*, Rechts-  
theorie 17f und *passim*.

19 *List*, Grundlagen einer Psychoanalytischen Theorie des Rechts in *dies*, Psychoanalyse und Recht (2000) 11ff.

20 Aus dem deutschen Sprachraum *Ehrenzweig*, Rechtswissenschaft; *List*, Grundlagen 11ff; *Häußler*, Der Ort der Sozialnorm, *juridikum* 2006, 204ff; ders, Psychoanalytische Rechtstheorien, in *Buckell/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg), *Neue Theorien des Rechts*<sup>2</sup> (2009) 307ff; ders, *Revus* 2010, 27ff; *Barta*, Rechtswissenschaft und Psychoanalyse – Rechtsdenken als Kulturarbeit in *Ernst/Walter* (Hrsg), *Psychoanalyse an der Universität* (2004) 1ff; *Schwaiger*, Das Begehren des Gesetzes (2009) 83ff, 141 ff; *Schulte*, Rechts-  
theorie; aus dem französischen Sprachraum va *Legendre*, *Le Crime du Caporal Lortie – Traité sur le Père* (1989); ders, *L'amour du censeur: Essai sur l'Ordre Dogmatique* (1974); ders, *L'Inestimable Objet de la Transmission* (1985); ders., *The Other Dimension of Law*, *Cardozo Law Rev* 1995, 943 ff; vgl auch *Stora*, *Droit et Psychanalyse. Psychanalyse et zones de non-Droit*, in *Stora-Lamarre* (Hrsg), *La cité charnelle du droit* (2002) 35ff; aus dem englischen und dem amerikanischen Schrifttum va *Goodrich*, *Oedipus Lex. Psychoanalysis, History, Law.* (1995); ders, *Maladies of the Legal Soul: Psychoanalysis and Interpretation in Law*, *Wash & Lee Law Rev* 1997, 1035ff; ders, *Law and the Unconscious: A Legendre Reader* (1997); ders, *Law in the Courts of Love, Literature and other minor Jurisprudences* (1996); *Schroeder*, *The Four Discourses of Law: A Lacanian Analysis of Legal Practice and Scholarship*, *79 Texas Law Rev* (2000–2001) 15ff; *dies*, *The Stumbling Block: Freedom, Rationality, and Legal Scholarship*, *44 Wm & Mary Law Rev* 2002, 265, 325ff.

21 Die Zuordnung derartiger Ansätze allein zur Rechts-  
theorie greift zu kurz. Jedenfalls soweit das Verhalten der Teilnehmer\*innen von Rechtsdiskursen analysiert wird, sind die Untersuchungen (auch) der Rechtssoziologie zuzuordnen; auch bestehen bspw Berührungspunkte mit der Rechtsgeschichte.

22 Vgl dazu *Heim*, *Die Rationalität der Psychoanalyse* (1993) insb 111ff.

23 Vgl auch *Schulte*, *Rechts-  
theorie* 18, 22.

Eine psychoanalytisch fundierte Reflexion über das Recht stellt eine Ergänzung von rechtstheoretischer und (rechts-)soziologischer Ansätze dar, da beide Disziplinen mit ihren eigenen Methoden nicht dazu in der Lage sind, eine (ausreichend komplexe) Subjekttheorie zu entwickeln, auf deren Grundlage der Einfluss unbewusster Prozesse auf das Recht, seine Institutionen und Diskurse hinreichend reflektiert werden könnte.<sup>24</sup>

Zwar wäre es verfehlt, psychoanalytische Theorien unbesonnen auf kulturelle und gesellschaftliche Phänomene anzuwenden. Die Gesellschaft ist kein Individuum.<sup>25</sup> Die Psychoanalyse hat indes über die Individualpsychologie hinaus Konzepte entwickelt, die Aufschluss über die Funktionsweise der Individuen in Gruppen und Organisationen, die Bedingungen des menschlichen Zusammenlebens und die gesellschaftlich vermittelten Voraussetzungen der Entstehung von Recht und Gewissen geben.<sup>26</sup> Insbesondere die analytische Sozialpsychologie hat sich um auch empirisch fundierte Methoden der Anwendung psychoanalytischer Erkenntnisse auf gesellschaftliche und kulturelle Phänomene bemüht, die mit dem teils reduktionistischen Verständnis früher Psychoanalytiker\*innen nicht mehr vergleichbar sind.<sup>27</sup>

Einen rationalen Diskurs gewährleistet jedoch auch die Berücksichtigung psychoanalytischer Erkenntnisse nicht, zumal sich psychoanalytische Theoriebildung ebenfalls irrationalen Einflüssen nicht entziehen kann.<sup>28</sup> Eine um Demokratie, Gerechtigkeit und Objektivität bemühte Rechtsordnung sollte aber versuchen, dem Bewusstsein nicht zugängliche Einflüsse auf das Recht und seine Diskurse so weit wie möglich aufzudecken und das so gewonnene Wissen zu reflektieren. Und auch wenn sich die konkreten Wirkungen des Unbewussten nicht immer greifen lassen, so ist doch das theoretische Wissen darüber, dass das Unbewusste in Rechtsdiskursen wirksam ist, eine Rationalitätsfördernde Einsicht.

### 3.2. Die Dekonstruktion des Unbewussten durch psychoanalytische Rechtstheorien

Nachfolgend soll beispielhaft umrissen werden, wie Ansätze psychoanalytischer Rechtstheorie fruchtbar gemacht werden (könnten), um Einflüsse des Unbewussten auf das Recht zu analysieren.

<sup>24</sup> *Schüle*, Soziologie und Psychoanalyse (2016) V, 183ff.

<sup>25</sup> Zur Kritik zB *Habermas*, Bemerkungen zu Alexander Mitscherlichs analytischer Sozialpsychologie, *Psyche* 37, 352ff; *Zepf*, Sozialpsychologie 669ff.

<sup>26</sup> *List*, Psychoanalyse 292.

<sup>27</sup> ZB *Lorenzer*, Tiefenhermeneutische Kulturanalyse, in *König/Lorenzer* et al (Hrsg), Kultur-Analysen. Psychoanalytische Analysen zur Kultur (1986) 11ff; *Leithäuser/Volmerg*, Psychoanalyse in der Sozialforschung (1988); *Zepf*, Sozialpsychologie 669ff; *Reimann*, Einführung in den psychoanalytischen Diskurs der Gesellschaft (2011); *Hofstadler*, Forschen – entdecken – erzählen. Zur Anwendung der Psychoanalyse für die qualitative Sozialforschung (2012); *List*, Kulturwissenschaften 56ff; *Schüle*, Soziologie 177ff.

<sup>28</sup> Instruktiv *Devereux*, Angst und Methode in den Verhaltenswissenschaften (1973).

Zunächst wird skizziert, inwieweit das kulturtheoretische Werk *Freuds*<sup>29</sup> sowie *Lacans* rezipiert wird, um insb die Entstehung von Recht und Rechtssubjektivität sowie die libidinöse Anbindung der Subjekte an das Recht zu deuten (3.2.1.). Anschließend soll am Bsp der Irrtumsanfechtung dargelegt werden, dass ein psychoanalytisch inspirierter Blick eine unbewusste Dimension auch einzelner rechtlicher Institute nahe legt (3.2.2.). Abschließend wird skizziert, inwieweit das Unbewusste va aufgrund der Sprachlichkeit von Recht in dogmatischen Diskursen und der Rechtspraxis wirkmächtig sein kann (3.2.3.). Aus Platzgründen können die Fragestellungen nur unter Inkaufnahme theoretischer Vergrößerungen skizziert werden.

### 3.2.1. Das Unbewusste und die Entstehung von Recht und Rechtssubjektivität

Insb in *Totem und Tabu* sowie *Der Mann Moses und die monotheistische Religion* thematisierte *Freud* aus psychoanalytischer Sicht ua die individuellen und kollektiven Bedingungen der Entstehung und Entwicklung sozialer Organisationsformen und „rechtlicher“ Institutionen. Diese Überlegungen sind aus rechtstheoretischer Perspektive interessant, weil sie Aufschluss über Fragen nach der Rechtsgenese, der Entstehung von Rechtssubjektivität oder den Funktionen und Geltungsbedingungen von Recht geben können. Sie sind daher oft Ausgangspunkt psychoanalytisch fundierter rechtstheoretischer Überlegungen.<sup>30</sup>

In *Totem und Tabu* untersuchte *Freud* Bedeutung und Entstehung von Tabus in totemistischen Gesellschaften, in denen das Tabu, ein Totemtier zu verletzen oder zu töten, oft mit dem Gebot verbunden war, nur mit Frauen eines anderen Totemklans sexuell zu verkehren. In wiederkehrenden Ritualen wurde das Totemtier eines Klans jedoch geschlachtet und verzehrt. Diese Rituale interpretierte *Freud* „als die kultische Wiederholung eines ödipalen Verbrechens“<sup>31</sup>. In Anlehnung an *Darwin* postulierte *Freud* eine Urhorde als erste Form des menschlichen Zusammenlebens. Die Horde wurde von einem tyrannischen Urvater beherrscht, der den sexuellen Verkehr mit allen Frauen der Horde für sich „beanspruchte“. Die übrigen männlichen Gruppenangehörigen rotteten sich daher frustriert zusammen und töteten den ambivalent besetzten, also zugleich bewunderten und geliebten als auch gehassten Urvater. Anschließend verzehrten sie den Leichnam, um sich die Macht des Getöteten einzuverleiben. Das infolge der Tötung entstehende Machtvakuum zog jedoch mörderische Streitigkeiten der Gruppenmitglieder nach sich. Zugleich bereuten sie, den Urvater getötet zu haben. Um den Nachfolgestreit zu beenden und Buße für die begangene Tat zu üben, wurde das Gebot des Urvaters nachträglich anerkannt

29 *Totem und Tabu* (1912/1913); *Zeitgemäßes über Krieg und Tod* (1915); *Massenpsychologie und Ich-Analyse* (1921); *Die Zukunft einer Illusion* (1927); *Das Unbehagen in der Kultur* (1930); *Der Mann Moses und die monotheistische Religion* (1939).

30 Vgl zum Folgenden *Häußler* in *Buckell/Christensen/Fischer-Lescano* 307ff; *ders*, *Revus* 2010, 27ff; *Schulte*, *Rechtstheorie* 25ff, 43ff, 79ff; *List*, *Grundlagen* 11ff; *Schwaiger*, *Das Begehren des Gesetzes* (2009) 141ff.

31 *Schulte*, *Rechtstheorie* 27.

und ein allgemeines Inzestverbot „verhängt“. Ergänzt wurde dieses um ein Tötungsverbot, da die Tötung an den Mord am Urvater, der nunmehr durch das Totem repräsentiert wurde, erinnerte. Die Urhorde wurde durch den Brüderclan ersetzt, eine „[...] erste Form der sozialen Organisation mit Triebverzicht, Anerkennung von gegenseitigen Verpflichtungen, Einsetzung bestimmter, für unverbrüchlich (heilig) erklärter Institutionen, die Anfänge also von Moral und Recht.“<sup>32</sup>

Der französische Psychoanalytiker *Lacan* hat sich ua mit der Subjektwerdung von Individuen befasst.<sup>33</sup> Im Zentrum steht der von *Freud* postulierte Ödipuskomplex.<sup>34</sup> Darunter wird die Gesamtheit der ambivalenten Regungen des Kindes gegenüber seinen Eltern verstanden. Er umfasst den sexuellen Wunsch des Kindes gegenüber dem gegengeschlechtlichen Elternteil sowie den damit einhergehenden Wunsch des Kindes, den gleichgeschlechtlichen Elternteil zu töten.<sup>35</sup> *Lacan* interpretiert den Ödipuskomplex auf eigene Weise. Nach *Lacan* versucht das Kind, für die Mutter das imaginäre Objekt des Phallus zu sein. Dieser Begriff ist symbolisch zu verstehen. Er steht für etwas, das die Mutter über das Kind hinaus begehrt, weil es ihr fehlt.<sup>36</sup> Der Vater tritt strukturierend in diese Mutter-Kind-Dyade ein und verbietet dem Kind die Identifikation mit dem mütterlichen Phallus (*le non du père*). Der Vater muss nicht der biologische Vater, ja noch nicht einmal eine von der Mutter verschiedene Person sein.<sup>37</sup> Es handelt sich vielmehr um eine symbolische Funktion, den Namen des Vaters (*le nom du père*). Indem das Kind akzeptiert, nicht der Phallus der Mutter sein zu können, und sich zudem mit der väterlichen Instanz identifiziert, wird es symbolisch kastriert. Es wird zum *Sub*-jekt, weil die Unterwerfung unter das väterliche Gesetz das Kind aus der Identifikation mit der Mutter befreit. Die Trennung von der Mutter und die damit einhergehende Einführung des Kindes in die symbolische Ordnung bedeutet für das Kind freilich die Erfahrung eines Mangels, die das unmögliche Begehren des Kindes in Gang setzt, zur pränatalen Einheit zurückzukehren.<sup>38</sup> Das Kind ist nun als Mangelwesen auf die Anerkennung als Subjekt durch den Anderen angewiesen. Sein Begehren richtet sich auf das Begehren eines anderen Subjekts, das aber seinerseits nur das verlorene Objekt sucht, so dass das Begehren letztlich auf ein Nullum gerichtet ist.<sup>39</sup> Die daraus erwachsende Frustration bedroht das menschliche Zusammenleben, weil die Subjekte untereinander um das nicht erreichbare Objekt konkurrieren.<sup>40</sup> Da dieser Konkurrenzkampf potenziell tödlich ist, schließen sie eine Art Gesellschaftsvertrag, dessen „Geschäftsgrundlage“ die Fiktion ist, dass das Begehren

32 *Freud*, Der Mann Moses und die monotheistische Religion, Studienausgabe IX, 530.

33 Zum Nachfolgenden ausführlich *Häußler*, *juridikum* 2006, 204f; *ders* in *Buckell/Christensen/Fischer-Lescano*, 310ff; *ders*, *Revus* 2010, 30ff; *Schulte*, *Rechtstheorie* 79ff.

34 Zur Kritik zB *Gottwald*, Der Ödipus-Mythos und seine Rezeption in Literatur und Philosophie, *juridikum* 2006, 188.

35 Vgl *Laplanche/Pontalis*, Das Vokabular der Psychoanalyse<sup>13</sup> (1996) – Stichwort Ödipuskomplex.

36 Vgl *Rubs*, *Lacan*, Eine Einführung in die strukturelle Psychoanalyse (2010) 40.

37 *Rubs*, *Lacan* 40f.

38 Vgl *Schulte*, *Rechtstheorie* 82f; *Rubs*, *Lacan* 42.

39 *Häußler* in *Buckell/Christensen/Fischer-Lescano* 314.

40 Ebd.

nicht auf ein Nullum gerichtet sei.<sup>41</sup> Durch Kommunikation „versichern“ sich die Subjekte untereinander, als solche anerkannt zu werden; die Kommunikation bezeugt den Status einer\*s jeden in ihrer\*seiner Eigenschaft als Subjekt, was den Konkurrenzkampf um das unerreichbare Objekt eindämmt.<sup>42</sup> Recht hat danach die Funktion, das potenziell zerstörerische Begehren nach dem verlorenen Objekt abzuwehren, wobei es unerheblich ist, welchen Inhalt das jeweilige Recht hat.<sup>43</sup>

Psychoanalytisch inspirierte Theorien zu Ursprung und Genese von Recht sowie zur Entstehung von (Rechts-)Subjektivität machen die den verbrecherischen und körperlich-triebhaften Ursprung des Rechts deutlich. Die „erstaunliche Wirkungsmacht“<sup>44</sup>, die die Rechtssubjekte an das Recht bindet, wird nachvollziehbarer. Psychoanalytische Rechtstheorien unterstreichen, dass das Subjekt mit dem Recht und seinen Institutionen aufgrund einer symbolischen Identifikation mit dem toten Vater bzw dem väterlichen Gesetz verbunden ist.<sup>45</sup> Die Bindung des Subjekts an das Recht wird weniger durch die positiven Rechtsnormen und deren Durchsetzung als vielmehr durch identifikatorische Bilder und Phantasmen erreicht.<sup>46</sup> Rechtsbeziehungen jedweder Art sind aufgrund des Ursprungs von Rechtssubjektivität, der Unterwerfung des Subjekts unter das väterliche Gesetz, von einer „latenten Erotik getragen“<sup>47</sup>.

Die Überlegungen fundieren die These, dass das Unbewusste einen elementaren Einfluss auf das Recht und Rechtsdiskurse hat. Sie legen nahe, dass das Recht gar in seinem Kern irrational ist und den Menschen durch Täuschung in seinen Bann zieht. Der psychoanalytisch geleitete Blick auf das Recht unterstreicht damit die Fragilität eines jeden Rechtsstaats und mahnt davor, sich auf Recht und rechtliche Institutionen als Garant für „Gerechtigkeit“ und humanistische Werte blind zu verlassen. Unter der Oberfläche des Rechts „herrschen die elementaren körperlichen Gewalten von Lust, Angst und Zerstörungswut, von Gier, Neid und Haß“<sup>48</sup>, und der von den Rechtssubjekten geschlossene Gesellschaftsvertrag entfaltet seine stabilisierende Funktion unabhängig davon, ob das „Recht“ auch inhaltlich gerecht ist.<sup>49</sup>

### 3.2.2. Unbewusste Dimensionen rechtlicher Institute am Beispiel der Irrtumsanfechtung

Die Wirkungen des Unbewussten können bis in einzelne rechtliche Institute und (dogmatische) Figuren einer Rechtsordnung hineinreichen. Psychoanalytische Rechtstheorien können daher neue Erkenntnisse etwa über die historische Entstehung eines Instituts und

---

41 Ebd.

42 Ebd, 314f.

43 Ebd, 315.

44 *List in dies*, Psychoanalyse 13.

45 Vgl *Goodrich*, Wash & Lee Law Rev 1997, 1048.

46 *Goodrich*, Wash & Lee L Rev 1997, 1038.

47 *Schulte*, Rechtstheorie 32; *Goodrich*, Wash & Lee Law Rev 1997, 1048.

48 *List in dies*, Psychoanalyse 13.

49 Vgl *Häußler* in *Buckell/Christensen/Fischer-Lescano* 314f.

seine unbewussten Funktionen zutage fördern.<sup>50</sup> So weist *Schroeder* darauf hin, dass sich in den individualvertraglichen Beziehungen oder in dem Institut des Eigentums das erotische Begehren der Marktteilnehmer\*innen widerspiegelt,<sup>51</sup> und *Barta* erkennt in der juristischen Person einen durch die narzisstische Kränkung des Todes des Menschen motivierten Versuch, die Sterblichkeit zu überwinden.<sup>52</sup> Diese Interpretationen rechtlicher Institute sollen und können deren herkömmliche dogmatische Einordnung nicht ersetzen. Es geht allein darum, eine weitere Erkenntnisebene jenseits der Dogmatik zugänglich zu machen. Dies soll im Folgenden am Bsp der Irrtumsanfechtung nach der deutschen Rechtsordnung und auf der Grundlage der *freudschen* Theorie zu Fehlleistungen exemplifiziert werden:

Gem § 119 Abs 1 BGB kann, wer bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er\* sie sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. § 119 Abs 1 BGB hat einen aus psychoanalytischer Sicht interessanten Regelungsgegenstand, handelt es sich bei den von § 119 Abs 1 BGB erfassten Irrtümern des Vergreifens, des Versprechens und des Verschreibens doch um Fehlleistungen, für die sich die Psychoanalyse seit *Freuds* Werk *Psychopathologie des Alltagslebens* interessiert. Die geschilderten Fehlleistungen geschehen *Freud* zufolge nicht allein aus Unachtsamkeit oder zufällig, sie sind vielmehr – jedenfalls oft – Ausdruck verdrängter Motive.<sup>53</sup>

Auf eine mögliche Beziehung der Anfechtung nach § 119 BGB zum „Unbewussten“ weist auch die Sprache der Rechtsdogmatik hin, wird der Irrtum doch allgemein als *unbewusstes* Auseinanderfallen von Wille und Erklärung definiert.<sup>54</sup> Zudem ist die gesetzliche Terminologie interessant. Das Wort „anfechten“ bedeutet angehen, angreifen, attackieren und gegen jemanden zu kämpfen.<sup>55</sup> Diese kämpferische Metaphorik liegt aus psychoanalytischer Sicht nahe. Der Fehlleistung liegt eine *Psychodynamik* zugrunde, in der sich das Unbewusste, das an sich von der inneren Zensur zurückgedrängt wird, in das Bewusstsein Bahn gebrochen hat. Die Fehlleistung ist Ausdruck eines inneren Konfliktes, eines „Kampfes“ zwischen den unbewussten Motiven und dem Bewusstsein, das diese Motive ablehnt. Diesen Kampf hat das Unbewusste durch die Fehlleistung partiell gewonnen, und nun ist es die Rechtsordnung, die dem Subjekt die Möglichkeit verschafft, das Unbewusste zurückzudrängen. Darüber hinaus kann anfechten freilich auch beunruhigen, plagen, quälen, zu schaffen machen bedeuten, und angefochten wird eine Per-

50 *Schulte*, Rechtstheorie 22; vgl auch *Schroeder*, The Triumph of Venus: The Erotics of the Market (2004) 42; *Barta*, Rechtswissenschaft und Psychoanalyse 6ff.

51 *Schroeder*, Venus 42; vgl auch *Schulte*, Rechtstheorie 22.

52 *Barta* in *Ernst/Walter* 34ff.

53 Einführend *Rohde-Dachser* in *Lohmann/Pfeiffer* (Hrsg), *Freud* Handbuch (2013) 118f.

54 Vgl nur *Mansel* in *Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch<sup>16</sup> (2015) § 119 Rn 1.

55 Vgl [www.duden.de/rechtschreibung/anfechten](http://www.duden.de/rechtschreibung/anfechten) (28.4.2018).

son nicht selten von Versuchungen.<sup>56</sup> Auch diese Bedeutungen sind aus psychoanalytischer Sicht beachtenswert. Verdrängte Inhalte sind ja gerade solche, die vom Bewusstsein bspw aufgrund ihrer sexuellen Bezüge abgelehnt werden, ihm also zu schaffen machen.

Manifestiert sich ein nach § 119 Abs 1 BGB relevanter Irrtum in einer Willenserklärung, kann diese angefochten werden. Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 Abs 1 BGB). Denkbar wäre auch, dass die infolge eines Irrtums abgegebene Willenserklärung *a priori* nichtig ist oder die Anfechtung zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts für die Zukunft führt. Warum sich der Gesetzgeber bei Irrtümern für die Anfechtungslösung entschied, liegt im Dunkeln.<sup>57</sup> Vom Standpunkt der Psychoanalyse aus gesehen, ist diese Lösung jedenfalls in Abgrenzung zu § 105 Abs 2 Alt 2 BGB (Nichtigkeit einer Willenserklärung wegen vorübergehender Störung der Geistestätigkeit) konsequent, wird Fehlleistungen iSv § 119 Abs 1 BGB doch kein Krankheitswert zugeschrieben. Auch ist die Bindung der\* des Anfechtungsberechtigten an die Willenserklärung mit der Möglichkeit zu ihrer Beseitigung insoweit konsequent, als das Unbewusste einerseits zur Person der\* des Anfechtenden dazugehört, andererseits von dieser\* diesem als etwas „Fremdes“ wahrgenommen werden kann, vom dem sie\*er sich distanzieren will. Von besonderem Interesse ist jedoch, dass die Anfechtung nach § 142 Abs 1 BGB *zurückwirkt*. Der\* die Anfechtende kann die Willenserklärung also *ungeschehen* machen. Aus psychoanalytischer Sicht handelt es sich bei dem *Ungeschehenmachen* um einen Abwehrmechanismus, mit dem versucht wird, so zu tun, als ob Gedanken, abgeschlossene Handlungen, Worte und Gesten nicht geschehen wären.<sup>58</sup> Typischerweise sollen solche Gedanken und Handlungen ungeschehen gemacht werden, die Ausdruck eines Konflikts zwischen abgewehrten triebhaften Wünschen und den bewussten Wertvorstellungen des Subjekts sind. Das Ungeschehenmachen lässt sich als *magisches* Ritual beschreiben, weil es auf die Auslöschung eines tatsächlichen Geschehens gerichtet und damit unmöglich ist.<sup>59</sup> Die Rechtsordnung stellt mit der Anfechtung demgegenüber ein Instrument zur Verfügung, mit dem die Auslöschung des realen Aktes *gelingt*. Denn als symbolische Ordnung kann das Recht Umstände, die tatsächlich nicht gegeben sind, als gegeben ansehen und behandeln. Hierfür sieht das Recht eigens ein Konstrukt vor, von dem auch in § 142 Abs 1 BGB Gebrauch gemacht worden ist: Die gesetzliche *Fiktion*.

Das Institut der Irrtumsanfechtung könnte also als ein institutionalisiertes Ritual gedeutet werden, dessen sich das Rechtssubjekt zur Bewältigung eines unbewussten Konflikts bedienen kann, der in das Bewusstsein durchgebrochen ist. Die Anfechtung greift Funktionsweisen des Psychismus auf und ermöglicht dem Subjekt, die Fehlleistung ungeschehen zu machen. Sie erscheint insoweit als magisches Ritual, das aufgrund der Möglich-

---

56 Vgl [www.duden.de/rechtschreibung/anfechten](http://www.duden.de/rechtschreibung/anfechten) (28.4.2018).

57 Vgl Schermaier in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann*, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I (2003) §§ 142-144 Rn 6.

58 *Laplanche/Pontalis*, Vokabular – Stichwort Ungeschehenmachen.

59 *Laplanche/Pontalis*, Vokabular – Stichwort Ungeschehenmachen.

keit gesetzlicher Fiktionen jedoch anders als in der Realität nicht zum Scheitern verurteilt, sondern dazu geeignet ist, dem Begehren nach dem Ungeschehenmachen zumindest in der symbolischen Ordnung zu entsprechen. Eine solche Sichtweise untermauert, dass die Rechtsordnung aufgrund ihrer symbolischen Dimension dem Unbewussten des Subjekts Befriedigungsmöglichkeiten verschaffen kann, die die Realität zu bieten nicht in der Lage ist. Darin würde sich die bereits oben angesprochene Funktion der Rechtsordnung manifestieren, das Subjekt über dessen Unbewusstes für sich zu vereinnahmen.

### 3.2.3. Das Unbewusste in der dogmatischen Rechtswissenschaft und der Rechtspraxis

Das Unbewusste hinterlässt seine Spuren auch in rechtsdogmatischen Diskursen und in der Rechtspraxis. Aus rechtstheoretisch-psychoanalytischer Sicht ist dafür insb die Sprachlichkeit der Rechtsordnung verantwortlich:

Die wesentliche Tätigkeit der (dogmatischen) Rechtswissenschaft wie auch der Rechtspraxis besteht in der Auslegung von Gesetzen. Gesetze sind sprachliche Konstrukte, die aus Lautbildern (Signifikanten) bestehen. Den einzelnen Signifikanten kommt ein Vorstellungsbild zu (Signifikat). Signifikanten werden benutzt, um sich auf Signifikate zu beziehen. Eine zentrale These *Lacans* lautet, dass das Unbewusste wie eine Sprache strukturiert ist, also aus einer Kette unzähliger Signifikanten besteht. Zwischen dem Signifikanten und dem Signifikat bestehe jedoch immer eine Differenz, die nicht vollständig aufgehoben werden kann, verweist doch jeder Signifikant im Psychischen nicht auf außerhalb der Sprache stehende Signifikate, sondern *ad infinitum* immer nur auf weitere Signifikanten.<sup>60</sup> Das Subjekt kann mit einem Signifikanten also nie das Signifikat erfassen.<sup>61</sup> Der psychoanalytische Blick auf die Gesetzesauslegung verdeutlicht, dass die *statische* Beziehung zwischen Signifikant und Signifikat, die – sieht man von Generalklauseln ab – von einer auf Rechtssicherheit bedachten Rechtsordnung vorausgesetzt wird, nicht existiert. *Schulte* betont daher, dass selbst die Ewigkeitsgarantie des Bonner Grundgesetzes (Art 79 Abs 3 GG) nur ein „untauglicher Versuch der Fixierung einer Bedeutung“ ist, mit dem allenfalls die Existenz eines Herrschaftssignifikanten, nicht jedoch sein materieller Inhalt gesichert werden kann.<sup>62</sup> Die psychoanalytische Rechtstheorie weist da-

60 Vgl *Schroeder*, Fear of Freedom: A Polemic against Policy Scholarship, Cardozo Law School, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Working Paper Series No 35/2001, 81f, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=262349](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=262349) (28.4.2018); vgl auch *Schulte*, Rechtstheorie 112.

61 Der Phallus hat bei *Lacan* auch die Funktion, den Bedeutungsregress im Unbewussten zu durchbrechen und einen Punkt zu markieren, von dem aus sich logisch Differenz und damit Bedeutung entwickeln kann; der Phallus als Signifikant ohne Signifikat (*Lacan*, La Signification du phallus, *Écrits* (1966) 690) weist strukturell Parallelen zu *Kelsens* Grundnorm auf. Diese dient dazu, den durch die Differenz von Sein und Sollen notwendigen, an sich unendlichen Legitimationsregress rechtlicher Normen zu beenden und einen Punkt zu markieren, auf den eine normative Ordnung zurückgeführt werden kann. Darin erschöpft sich die Grundnorm, die wie der phallische Signifikant kein Signifikat hat; vgl zur Grundnorm *Kelsen*, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> in *Jestaedt* (Hrsg) (1960/2017) 346ff.

62 *Schulte*, Rechtstheorie 116.

mit abermals auf die Fragilität rechtsstaatlicher Ordnungen hin, die ua in der Sprachlichkeit rechtlicher Ordnungen und der juristischen Auslegungsmethode begründet liegt. Auch unabhängig von diesen sprachtheoretischen Überlegungen kann die relative Unbestimmtheit gesetzlicher Begriffe iVm den weitreichenden Spielräumen, die die Auslegungsmethode den Rechtsanwender\*innen belässt,<sup>63</sup> dazu führen, dass sich das Unbewusste der Norminterpret\*innen in der Auslegung manifestiert. Es griffe zB zu kurz anzunehmen, dass die Diskussion über das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht allein eine rechtsdogmatische Dimension hat. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass va Wissenschaftler\*innen, aber auch Praktiker\*innen oft in einer Teilrechtsordnung „sozialisiert“ sind und eine „Primäridentität“<sup>64</sup> als Öffentlichrechtler\*in, Privatrechtler\*in oder Strafrechtler\*in haben. Einflussnahmen der „fremden“ auf die „eigene“ Teilrechtsordnung können dazu führen, dass die Vertreter\*innen des betroffenen Rechtsgebiets Ängste entwickeln, dass die eigene Fachdisziplin an Bedeutung verliert, dass sie in ihrer Fachdisziplin mit der Folge wirtschaftlicher Einbußen nicht mehr ausreichend kompetent sind oder dass sich das innerfakultäre „Machtverhältnis“ zwischen den Vertreter\*innen der Teildisziplinen verändert.<sup>65, 66</sup> Diese Ängste und damit potentiell einhergehende Kränkungen müssen den Betroffenen nicht bewusst sein; es liegt sogar nahe, dass sie von vornherein als unprofessionell abgewehrt und umgedeutet, also rationalisiert werden – und gerade deshalb Eingang in den Rechtsdiskurs finden. Misslich ist, dass die juristische Auslegungsmethode einerseits anfällig dafür ist, dass unbewusste Motive als Argument verkleidet in den Rechtsdiskurs hineingetragen werden, sie andererseits aber nicht dazu in der Lage ist, das unbewusste Motiv auch wieder sichtbar zu machen. Jurist\*innen bleibt nur, mit den Mitteln der juristischen Methodik auf die an sich irrationalen Argumente zu reagieren. Der dadurch vermittelte Kommunikationsprozess muss freilich fehlschlagen, weil auf das eigentlich Mitgeteilte, das Unbewusste, nicht geantwortet wird. Die psychoanalytische Forschung stellt zB mit tiefenhermeneutischen Textinterpretationen jedoch auch empirische Methoden zur Verfügung, mit denen unbewusste Dimensionen von Texten zugänglich werden.<sup>67</sup> So können sich Hinweise auf hinter dogmatischen Argumenten verborgene, unbewusste Gesichtspunkte bspw aus sprachlich-inhaltlichen Auffälligkeiten jedweder Art, etwa

63 Zu Herausforderungen bei der Auslegung von Generalklauseln s *Voithofer*, Generalklauseln als Mittel der Eingliederung von „externem Wissen“ im Recht. Überlegungen am Beispiel der Guten-Sitten-Klausel des Schuldrechts, *juridikum* 2018, 264–268.

64 *Jestaedt*, Die Dreiteilung der juristischen Welt – Plädoyer für ihre intradisziplinäre Relationierung und Relativierung in *FS Stürmer* (2013) 917, 918.

65 Vgl *Michael*, Regeln zur Auflösung von Kollisionen zwischen Versicherungsaufsichts- und Gesellschaftsrecht in *Dörner ua*, 32. Münsterischer Versicherungstag (2015) 15, 33.

66 Vgl auch *Schäfers*, Intradisziplinäre Rechtswissenschaft im Überschneidungsbereich von öffentlichem Recht und Privatrecht, in *Christandl/Laimer/Nemeth/Skarics/Tamerl/Trenker/Voithofer/Walch* (Hrsg), Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht (2018) 255, 266ff.

67 Vgl zB *Leithäuser/Volmerg*, Anleitung zur empirischen Hermeneutik. Psychoanalytische Textinterpretation als sozialwissenschaftliches Verfahren (1979); *Lorenzer*, Kulturanalyse, in *König/Lorenzer et al* (Hrsg) 11ff; vgl auch *Becker*, Zwischen Norm und Chaos: Literatur als Stimme des Rechts (2016) 45ff; exemplifiziert an einem Lehrbuch des Strafrechts *Fabricius*, Was ein Lehrbuch lehrt... (1998).

Grammatikfehlern, der Verwendung falscher Wörter oder affektiv aufgeladener Begriffe<sup>68</sup> im Rahmen eines sonst fehlerlosen oder um Sachlichkeit bemühten Textes, ergeben.<sup>69</sup> Psychoanalytisch orientierte rechtswissenschaftliche Forschungsansätze können dazu beitragen, derartige unbewusste Gesichtspunkte eines dogmatischen Diskurses sichtbar zu machen und ein wissenschaftlich fundiertes Wissen über den unbewussten Niederschlag psychischer Verfasstheiten im Recht und seinen Diskursen zu erarbeiten. Dadurch werden Rechtsdiskurse in ihrer über die Dogmatik hinausweisenden Vielschichtigkeit verständlicher. Zugleich können die zuvor unbewussten Gesichtspunkte ggf ihrerseits zum Gegenstand eines bewussten Diskurses gemacht werden.

#### 4. Zusammenfassung

Das Recht und seine Diskurse werden von Prozessen beeinflusst, die dem Bewusstsein nicht zugänglich sind. Wissensbestände über derartige Einflüsse kann die Rechtswissenschaft nur unter Zuhilfenahme externen Wissens, insb der Psychologie und der Psychoanalyse, erarbeiten. Rechtswissenschaft und -praxis stehen Erkenntnissen über dem Bewusstsein nicht zugängliche Prozesse jedoch tendenziell zurückhaltend bis ablehnend gegenüber. Das damit in Kauf genommene Nicht-Wissen begegnet ua im Hinblick auf die demokratische Legitimation von Recht Bedenken. Im Rahmen des Beitrags wurde skizziert, wie die Rechtswissenschaft unter Rückgriff va auf psychoanalytische Erkenntnisse Einflüsse des Unbewussten auf das Recht und seine Diskurse dekonstruieren kann. Beispielhaft wurde dargelegt, dass der psychoanalytisch fundierte Blick auf das Recht unbewusste Funktionen und Dimensionen des Rechts nahelegt, die sich selbst in einzelnen rechtlichen Institutionen wie der Irrtumsanfechtung widerspiegeln. Zudem wurde skizziert, dass aus psychoanalytischer Sicht Rechtsdiskurse gerade aufgrund der Sprachlichkeit der Rechtsordnung sowie der Spezifika der juristischen Methodenlehre anfällig für Einflüsse des Unbewussten sind. Diese Einflüsse lassen sich jedoch unter Rückgriff auf psychoanalytische Methoden zumindest teilweise aufdecken. Insgesamt hat sich damit gezeigt, dass die Dekonstruktion von Einflüssen des Unbewussten zur Steigerung der Objektivität des Rechts und seiner Diskurse geboten ist, dass die Rechtswissenschaft durch die Rezeption insb psychoanalytischer Erkenntnisse aber auch dazu in der Lage ist, Wissensbestände über Einflüsse des Unbewussten auf das Recht und seine Diskurse zu erarbeiten.

Dr. Dominik Schäfers, LL.M., ist Akademischer Rat aZ und Habilitand am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht, Lehrstuhl Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Petra Pohlmann, Westfälische Wilhelms-Universität Münster. Der Autor war 2015/16 Gasthörer am IFP Berlin und studiert Psychoanalytische Kulturwissenschaften an der IPU Berlin; für kritische Hinweise dankt er Frau Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Susanne Lanwerd; dominik.schaefers@uni-muenster.de

68 Im Zusammenhang mit der Diskussion über das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht weist *Michael in Dörner* ua 28 auf die Begriffe der „feindlichen Übernahme“ und der „Machtergreifung“ (!) hin.

69 Vgl zur Anwendung einer „ethnopschoanalytischen“ Textinterpretation auf juristische Fachbücher *Fabricius*, Lehrbuch.

# The Legalization of Everyday Life

Reflections on Law/fare, Politics, and the History of the Present

Interview with John Comaroff (Andrea Kretschmann)

---

*John Comaroff* is the Hugh K. Foster Professor of African and African-American Studies and of Anthropology, Oppenheimer Fellow in African Studies and at Harvard University. Before moving to Harvard in 2012, he held a Distinguished Professorship at the University of Chicago and a Research Professorship at the American Bar Foundation; he is also an Honorary Professor at the University of Cape Town. Besides his influential work on African societies, colonial and postcolonial, much of it co-authored with his wife *Jean Comaroff*, he is known for his publications on the role of law in capitalist societies. With books such as “Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in and African Context”<sup>1</sup>, “Law and Disorder in the Postcolony”<sup>2</sup>, and his works on law and witchcraft,<sup>3</sup> he has gained a high profile also beyond anthropology in the field of law & society. For the special *juridikum* issue on “Knowledge in Law“ *Andrea Kretschmann* has interviewed *John Comaroff* on the contemporary role of the law and its significance for lay people.

*Kretschmann:* *John, in your writings over the past decade you have made the point that, almost globally, we have seen processes of judicialization reach into ever more domains of life, both ordinary and epic. Why have you been so insistent on this, and do you continue to think it's true? To what historical forces do you attribute this tendency?*

*Comaroff:* Yes, I do think that the reach of judicialization into ever more domains of public and private life is, and continues to be, an essential feature of the world in which we live. The reason that I have been so insistent on this is that I believe it to be symptomatic of something that runs way beyond, or rather beneath, the surfaces of everyday social, economic, and political life; indeed, it runs to the essence of “life itself” – that favored phrase of contemporary theory-work – determining, among many other things, who lives, who dies, and under what elemental conditions. At core, we are see-

---

1 *Comaroff/Roberts*, Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in and African Context (1981).

2 *Comaroff/Comaroff*, Law and Disorder in the Postcolony (2006).

3 *Comaroff/Comaroff* (eds), Modernity and its Malcontents: Ritual and Power in Postcolonial Africa (1993); *Comaroff/Comaroff* (eds), Occult economies and the violence of abstraction: Notes from the South African postcolony, *American Ethnologist* 26/2 1999, 279-303.

ing, unfold before us, the unraveling of the classical liberal social contract and, with it, the notion of a commonweal, of ethical civility, even of society, *sui generis*; this last a dying modernist abstraction that has given way to keywords like “the network” and ciphers like “the community”, neither of which have any intrinsic meaning beyond the metaphorical. The process is uneven in both its temporality and its locations, but it seems an unmistakable corollary of the social tendency that, these days, is dubbed, loosely, “neoliberal”; loosely because, *sensu stricto* “neoliberalism” does not refer to an ahistorical “formation”, an ordinary noun, an accomplished state of being in the world. To the contrary, it is a shape-shifter, describing a broad historical *trajectory*: a more or less polymorphous, more or less integrated concatenation of elements – again, practical and ideological, moral and material, cultural and cognitive – moving through time, transforming itself to the siren call of the moment as it is acted in and upon, conceptualized, and actualized. Its economic diacritic, as it has become commonplace to observe, lie in deregulation, financialization, and privatization; in the withdrawal of welfare and other (worker, consumer, citizen) protections; in rising inequality and dropping real incomes for all but the very rich – there is a radical aporia these days between a job and a livable income, the former ever less likely to assure the latter – along with the increasing pressure on individual citizens to take responsibility for their own well-being, for the risks and uncertainties they face, for the cost-benefit choices they make.

In this world, it is the logic of the market, rather than morality or sociality or culture, that perforce organizes – and, yes, constrains – our conceptual horizons and everyday practices. Apart from some obvious concomitants of this historical shift, like the de-democratization of the polis almost everywhere, the citizen-subject is no longer entitled to social or economic protections, only to legal rights for whose realization s/he is also responsible. To be sure, the *lingua franca* of the neoliberal moment is the language of rights and the rule of law. We, as human beings – in an age seen ever more as post-human – have become the embodied fusion of *homo juralis* and *homo economicus*. Under these conditions, the primary recourse open to people for purposes of protecting their personhood, their property, and the benefits of citizenship, or for seeking compensation for violation or injury, is by asserting those rights. At least in theory. Which is why the juridical has come to saturate our imaginings; as a fetish, it appears – and I stress *appears* – to have the capacity to bring about a more equitable world, to be a means to just ends. Law, ultimately, is a currency of commensuration, a vehicle, like money, for asserting, negotiating, and transacting the value of contested relations, commodities, bodies, even being-in-the-world. And like all currencies, it is unequally distributed: some people have greater access to it than do others, some are more protected by it than others, and some are better placed than others to use it to their own benefit – even though “in principle” we are all equal before the law. Or, more accurately, unequally equal.

The tendency to take refuge in the law, to turn to it as a means of intimidation, justification, or self-protection – itself evidence of the increasing ubiquity of judicialization – has infected social and political life in the USA as never before. Rarely a week goes by without *Donald Trump* and his administration threatening suit or appealing to the courts for something or other, either personal or governmental; or conversely, being threatened with suit or taken to court. It is a process that has become a daily drama, modeled, of course, on the grotesque spectacle of “reality” TV. But it has real effects, all the more so since, at least in its governmental dimensions, many of the suits involve attacks on the rights of citizens – especially poor citizens, people of color, and immigrants – while, at the same time, defending corporations for their violations of the environment, of the health and safety of their workers and customers, and so on; violations, as I said a moment ago, that may involve life or death. It is not hard to find examples: the legal exoneration of businesses that poison water supplies and soils, with fatal consequences; or the denial, by limiting medical insurance, of access to life-preserving care; or the immunity given to private security and state police when they kill young, unarmed black men. Nor is this confined to the USA. My own homeland, South Africa, for example, while not as extreme as the USA in the violence it deals out to its own citizens, is equally prone to judicialization. So, too, is Brazil: Witness the fight in recent years for political control conducted by its right wing through the criminalization of leaders of the Workers’ Party – culminating in the parliamentary coup against President *Dilma Rousseff* and the indictment of ex-President *Ignacio Lula* – all of it effected through lawfare, the commissioning of the violence inherent in the law for political ends.

*Kretschmann: What effects has the legalization of everyday life on individuals?*

*Comaroff:* The saturation of public discourse with talk of rights of all sorts has, I believe, insinuated a sense of legal consciousness into citizens everywhere, both as individuals and as the bearers of collective identities. Yet not only citizens, even more so those who lack the rights of citizenship by virtue of being undocumented migrants, refugees, criminalized subjects, displaced persons. Not everyone equally, of course: cognizance and consciousness of legality obviously varies. And it has its exclusions. But, as *Giuseppe Dalla Torre*, a leading Catholic intellectual, suggested just before the millennium in a Vatican journal, a “culture of legality” has come to dominate our age, an age in which humanity knows itself increasingly as *homo juralis*. In many parts of the world, there is an almost autonomic tendency to respond to any sense of violation or injury – however slight, however varied – by turning to the language of the law in contemplating remedy. This tendency is stoked by mass media in all its registers: fantasy, fiction, drama, documentary, comedy, commentary, all of which give disproportionate time and attention to matters il/legal. There is no doubt, either, that the capillary spread of legal consciousness and the popular sense of a “right to rights” has been exacerbated by the proliferation of

legal NGOs that seek to give access to “justice” to people who would otherwise not have it; also, in many nation-states, by the growing criminalization of race and poverty, the “get tough on crime” impulse to incarcerate for ever more petty offences, the spread of legal institutions and, to repeat myself, recourse to lawfare for a wide variety of political ends.

At the same time, as noted earlier, access to the law, in practice, is anything but equitable. For all the efforts of NGOs, social activist lawyers and the like, structural lines of social inequality replicate themselves in the degree to which ordinary legalities – and, more dramatically, lawfare – favor the rich over the poor, capital over labor, the powerful over the disempowered; as *Carlos Fuentes* once said, it is power that begets rights not rights that beget power. But not always. In our *Law and Disorder in the Postcolony*, *Jean Comaroff* and I document examples of insurgent lawfare, cases in which minorities of one kind or another have deployed available jurisdictions and jurisprudence – or have had them deployed in their name – to secure rights, recompense, restitution, and recognition for their claims. The processes involved are rarely straightforward, however: sometimes “little people” win legal decisions, only to lose out as those judgments are not implemented. In short, while lawfare yields the possibility of political transgression and transformation, *realpolitik* and the facts of social structure typically intervene between law and justice.

*Kretschmann: Do the effects you describe interact with changes of the individuals’ perception of law? How do their knowledge and meaning of the law changes in parallel to the process you describe, and how their use of the law?*

*Comaroff:* Clearly, the social effects of the neoliberal turn in reconstituting the citizen-subject as a fusion of *homo economicus* and *homo juralis* – a radically individuated persona in a historical formation founded less on a moral order or a social compact than on rhizomatic networks of contractual relations – is dialectically entailed in the forms of legal consciousness and action that pervade our world in the early twenty-first century.

*Kretschmann: Taking into account rising legal consciousness in so many parts of the world these days, what judicial protections or legal rights can citizens, individually or collectively, deploy to address social, economic, moral, and cultural privation, violation, or exclusion – and with what effects?*

*Comaroff:* This is an important question, since it is a more technical one than it seems. The reflex answer nowadays is to invoke human rights (HR) in one or another form; this itself being a manifestation, a fusion in the neoliberal moment of the rising fetishism of the law and the global turn to HR – whose genesis lies, mythically, in the United Nations’ Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 1948, the terms of which, translated into more than 500 languages, are flouted much more frequently by ruling regimes across the globe than they are respected. Without disputing the political and

ethical importance of a focus on human rights in an increasingly anti-liberal age, they tend, in practice, to make for weak legal remedies. Indeed, in many nation-states, there is no effective HR jurisprudence, *per se*, under which to make claims against anything or anyone. It is always critical, in the individual or collective pursuit of justice, to appeal to the strongest form of jurisprudence and the most capacious, most sympathetic jurisdiction available. The specifics depend on context, obviously. We all know about forum shopping and the effort to fight suits – be they civil or criminal – in politically, culturally, and ideologically favorable jural environments. Which is why recent US presidents and parties have expended so much effort to stack the federal judiciary with partisan-compliant judges, judges who might be expected to deliver the “right” decisions. The issue of jurisprudence is more complicated: across the planet, in both intra-national and international actions, canny litigators pay a great deal of attention to framing their suits with reference to the kinds of “hard” law most likely to be effective for their purposes. Does one indict a warlord or a former regime for murder, for genocide, for mass rape, for a crime against humanity, for property violations? Does one sue the defendant/s in question also in a civil suit for reparations, the restoration of land, the repatriation of the remains of the dead? I could go on *ad infinitum*: the routes through the means of the law – through its geography and jurisprudence, its institutions and horizons, its normative practices and its ends – are always highly variable. But the way in which those routes are navigated can, and do, make a huge difference.

This is especially salient for social movements, not least movements that essay the cause of those who (or which) ostensibly have rights but do not act or speak for themselves: fetuses, animals, religious deities, the environment, inanimate objects. Both the strategic reading and the tactical deployment of legal geographies – of the institutions or jurisdictions or jurisprudence likely to prove conducive to juridical action/s – are often critical in accomplishing socio-political ends. At the same time, of course, the prescribed norms of juridical processes everywhere – prevailing procedural practices, rules of evidence, questions of standing – limit the ways in which the law may be engaged for those ends. *Jean Comaroff* and I published an essay in one of our books a few years back entitled “*History on Trial*”. It argues that, more and more these days, to make historical claims for recognition and/or for rights of various sorts, ethnic and religious groups, as well as others who see themselves as afflicted by collective injury, find it necessary to take to the courts to validate those claims; without legal ratification, recognition and rights alike remain immanent, unrealized, an abstraction awaiting concretization. But recourse to the law has its costs and constraints for the injured. It requires framing a narrative that the judiciary can cognize and address, one that must perforce pare down their history – which they typically tell themselves in the “thick” terminology of trials and trauma and tribulations, of resistance and redemption – to the “thin”, redundant-free language of facts and rules. Frequently, litigants seeking to reclaim their past from the violations they have suffered object loudly to having to reduce and translate their story,

one they desperately desire to have heard, to the bare bones necessary to win their struggles in court. It is a tough experiential and existential bargain. After all, the law is not necessarily their battleground of choice. Resorting to it, even when successful in material and political terms, may have deep affective, ethical, and aesthetic downsides.

*Kretschmann: Talking about an increase of recourse to the law and of political struggles in law, caused by a spread of legal consciousness and a popular sense of a “right to rights”: Would you characterize this as an increase of emancipatory struggle against the background of increased opportunity of addressing the state? Or rather as a shift from the political sphere towards the sphere of the law?*

*Comaroff:* Again, a complicated issue. To take the second part of the question first: the judicialization of politics, in its many forms, *appears* as a shift of collective action from the political to the legal domain. But what it suggests, I think, is the erasure of the line as we have long conceived of it in Euromodernist liberal thought; or, more accurately, it points to a morphing of that line into a new *alignment* in which political ends seek out legal means, not least because of the persistent impression – itself a corollary of its fetishization – that the law has the capacity, the numinous power, to bring about enforceable ends. Of course, the line between the political and the legal, wrapped up together in the political theology of sovereignty, has always been more a membrane than a moat: a porous, translucent filter, sometimes enforcing real or imagined spheres of distinction, sometimes a conduit between different species of collective action and their legitimation. In the contemporary moment, it has become more of the latter than the former; hence the conduct of so much that we have long thought of as normatively “political” by an almost autonomic turn to the institutions of the law.

The first part of the question refers to the extent to which the judicialization of political struggle, and rising legal consciousness, has emancipatory potential, especially for those who assert a “right to rights” against the state. The deployment of legalities by the disempowered against the powerful – we refer to it in *Law and Disorder in the Postcolony*, as I said earlier, as “insurgent lawfare” – *does* have emancipatory potential. It *has* opened up possibilities and sites of social action to populations for whom mass politics have proven ineffective. Indigenous Brazilian Indians, for example, have won cases in the country’s highest courts against the state. So, a couple of years back, in the Constitutional Court of South Africa, did *Abahlali baseMjondolo*, a shack dwellers’ movement, against a government long bitterly hostile to it. There are plenty of other examples. But many have failed as well. Thus the well-worn truism that the law tends, proportionately, to favor the politically and financially well-resourced. At the same time, there are many NGOs and activist lawyers skilled in insurgent lawfare that, increasingly and with gradually increasing success, are taking up the cause of those who claim recognition, rights, and recompense hitherto denied to them. What, in sum, the latter-day judicialization of politics has done is to create another domain of emancipatory praxis. Like all

such domains, however, it is not one in which things are easily accomplished. As this implies, it behooves social movements to come to understand the theory and practice of insurgent lawfare – a *much* more complex species of politics than may first appear – if they are to exploit and expand its emancipatory potential, and to address its dangers and downsides and difficulties, in the cause of righting the wrongs of an increasingly unequal, structurally violent, unfree world.

*Kretschmann: Thank you very much for the interview, John.*

Prof. Dr. John Comaroff is Hugh K. Foster Professor of African and African-American Studies and of Anthropology, and Oppenheimer Fellow in African Studies, at Harvard University; jcomaroff@fas.harvard.edu

Dr. Andrea Kretschmann is scientific researcher and leader of the department “Crisis and Constitution of Societal Orders” at Centre Marc Bloch, affiliated institute of Humboldt University of Berlin; andrea.kretschmann@cmb.hu-berlin.de

# Generalklauseln als Mittel der Eingliederung von „externem Wissen“ im Recht

Überlegungen am Beispiel der Guten-Sitten-Klausel des Schuldrechts

Caroline Voithofer

---

## 1. Problemaufriss<sup>1</sup>

Dieser Text soll am Bsp von Generalklauseln zeigen, dass legislative Mittel zur Verfügung stehen, um im Recht „externes Wissen“ zu integrieren. Hierfür erscheint es notwendig, die zentralen Begriffe dieses Beitrags – „externes Wissen“ und „Generalklausel“ – zu präzisieren (2. und 3.). Im Anschluss daran wird erörtert, wie Generalklauseln als Instrumente der Eingliederung von „externem“ Wissen im Recht fungieren können (4.) und schließlich wird das Bsp der Guten-Sitten-Klausel des Schuldrechts skizziert (5.).

## 2. Externes und internes Wissen: Eine Frage der Grenzziehung

Diesem Beitrag liegt ein diskursives Verständnis von „Wissen“ und der Grenzziehung zwischen „externem“ und „internem“ Wissen zugrunde. *Foucault* verwendete den Begriff des Wissens, „[...] um alle Erkenntnisverfahren und -wirkungen zu bezeichnen, die in einem bestimmten Moment und in einem bestimmten Gebiet akzeptabel sind.“<sup>2</sup> Aus „der Perspektive des Rechts“<sup>3</sup> soll für diesen Beitrag gelten, dass „internes“ und damit „rechtliches Wissen“ jenes Wissen ist, das mit anerkannten juristischen Methoden und/oder mit rechtlichen Mitteln (zB Entscheidungen von rechtlich legitimierten Instanzen) ermittelt und begründet werden kann. Damit geht – für die Zwecke dieser Abgrenzung – ein Anknüpfen an die rechtsdogmatischen Methoden und an den juristischen Spezialdiskurs einher, wobei ich nicht suggerieren möchte, dass die Rechtsdogmatik „die eigentliche“<sup>4</sup> Wissenschaft vom Recht sei.<sup>5</sup> Vielmehr geht es mir darum, der diskursiven Bedeutung der Rechtsdogmatik Rechnung zu tragen.

Als „externes Wissen“ gilt jenes Wissen, das sich mit anderen – also nicht juristischen – Methoden ermitteln, begründen und nachvollziehen lässt. Für das Erfassen und zT auch

---

1 Dieser Beitrag versteht sich als Diskussionsanstoß über die angesprochenen Problemkreise.

2 *Foucault*, Was ist Kritik (1992) 32.

3 Vgl zum diskursiven Rechtsbegriff etwa *Holzleithner*, Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung (2002) 13f.

4 So aber *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991<sup>2</sup>, ND 2011) 8.

5 Zur ausführlichen Beschäftigung mit dem Begriff „Rechtswissenschaft“: *Voithofer*, Frau & Mann im Recht. Eine Kritische Diskursanalyse zum Unterhalt bei aufrechter Ehe (2013) 91ff mwN.

das Nachvollziehen von „externem“ Wissen nach dem skizzierten Verständnis reicht eine juristische Ausbildung nicht aus.<sup>6</sup>

Umgekehrt sollte die Anwendung juristischer Methoden genügen, um zu erkennen, wann „externes Wissen“ für die Lösung der juristischen (Auslegungs-)Frage benötigt wird. Erleichtert wird dies Jurist\_innen dann, wenn der Normtext ausdrücklich auf externes Wissen verweist. Dies erfolgt idR in Form von Verweisungsnormen, worunter auch Generalklauseln fallen können (siehe dazu 3.).

In Rechnung zu stellen ist jedoch, dass im Anschluss an *Foucault* jede Einteilung und Grenzziehung der Ausdruck eines Ordnungsprinzips ist und die vorgenommenen (Wissens-)Abgrenzungen jeweils auch anders getroffen werden könnten.<sup>7</sup> Den Begriff des „externen Wissens“ zu präzisieren, erscheint hier jedoch notwendig, um nachfolgend darauf eingehen zu können, ob Generalklauseln dieses externe Wissen in das Recht eingliedern.

### 3. Generalklauseln

Generalklauseln lassen sich definieren als „Rechtssätze, die mit großer Allgemeinheit sowie unter Verwendung von wertausfüllungsbedürftigen Begriffen oder Wertbegriffen einen Tatbestand formulieren [und] dabei sprachlich unbestimmt sind.“<sup>8</sup> Der Grad an Unbestimmtheit ist dabei so hoch, dass sich der Begriffskern nicht eindeutig sprachlich determinieren lässt.<sup>9</sup> Ein wertausfüllungsbedürftiger oder ein Wertbegriff zeichnet sich dadurch aus, dass der/die Rechtsanwender\_in eine eigene Bewertung vorzunehmen hat.<sup>10</sup> Dadurch wird der Begründungsaufwand der Entscheidung insofern erhöht, als „die getroffenen Wertungen mitsamt ihrer Argumentationsbasis offenzulegen und zu rechtfertigen“<sup>11</sup> sind, wodurch eine „Scheinsubsumption“ dem Bemühen weichen muss, andere von der Vertretbarkeit der Entscheidung durch nachvollziehbare Begründung zu überzeugen. Gelingt dies, wird die Legitimation der Entscheidung erhöht.

Bei der präsentierten Definition stellt sich die Frage, ob alle Generalklauseln vollständige Rechtssätze sind. Ein vollständiger Rechtssatz besteht aus Tatbestand und Rechtsfolge.<sup>12</sup> Wenn jedoch bspw an die Gute-Sitten-Klausel des Schuldrechts gedacht wird, die unstrittig als Generalklausel gilt, dann findet sich die Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht in der Klausel selbst, sondern in der, ihr an die Seite gestellten, Rechtsfolgenanordnung.

6 Vgl etwa zur Rolle von Gutachten im Strafverfahren *Stempkowski*, Gefährlichkeitsprognosen im Strafverfahren, juridikum 2018, 231–243.

7 *Foucault*, Archäologie des Wissens (1981) 35.

8 Ausgearbeitet in *Voithofer/Flatscher-Thöni*, Frauenpaare und das Fortpflanzungsmedizinrecht: Über die Anwendbarkeit zivilrechtlicher und anderer Vorschriften, in *Barth/Erlebach*, Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 115.

9 Manche gehen so weit, von „fehlenden subsumptionsfähigen Tatbestandsmerkmalen“ zu sprechen. Vgl etwa *R. Weber*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 1992, 517.

10 Vgl etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre<sup>7</sup> (2013) 119ff.

11 *R. Weber*, AcP 1992, 566f.

12 Vgl etwa *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>6</sup> (1991) 251, 271.

Damit wird deutlich, dass die Generalklausel nur ein Teil des Rechtssatzes, aber kein vollständiger Rechtssatz ist,<sup>13</sup> und die angeführte Definition ist zu präzisieren: *Demnach sind Generalklauseln definierbar als sprachlich unbestimmte Sinneinheiten mit wertausfüllungsbedürftigen Begriffen oder Wertbegriffen im Tatbestand eines Rechtssatzes.*

Generalklauseln beinhalten die Wertung der Gesetzgebung, die konkrete Ausfüllung der Wertung dem\_der Rechtsanwender\_in zu überlassen.<sup>14</sup> So erklärt es sich, dass Generalklauseln auch als „Lücken intra legem“<sup>15</sup>, durch die Gesetzgebung geplante Lücken,<sup>16</sup> als „Delegationsnormen“<sup>17</sup> oder als „Ermessensnormen“<sup>18</sup> bezeichnet werden. Diese „Ermächtigung der Gesetzgebung“ wird nicht nur positiv gesehen, sondern führt auch zu dem Vorwurf, es handle sich um „ein Stück offengelassener Gesetzgebung“<sup>19</sup>. Die Gesetzgebung kläre selbst nicht hinreichend ihre Wert- und Zielvorstellungen; schiebe „[...] die Verantwortung an allen kritischen Punkten [...] auf den Richter oder die Verwaltungsbehörde [...]“<sup>20</sup>

#### 4. Generalklauseln als Verweisungsnormen auf „externes“ Wissen?

Die begriffliche Weite erschwert die Subsumption. Die privatrechtlichen Auslegungsmethoden, wie sie in § 6 ABGB seit 1811 kodifiziert sind, führen zu keinem eindeutigen Ergebnis. Da nicht nur die begriffliche Weite der Generalklausel die Sinnermittlung erschwert,<sup>21</sup> sondern die teleologische Auslegung ergeben muss, dass es in der Absicht der Gesetzgebung lag, die Bewertung dem\_der Rechtsanwender\_in zu überantworten. Generalklauseln sind idS (Elemente von) Verweisungsnormen.<sup>22</sup> Bei der Sinnermittlung von Generalklauseln wird daher auch von „Konkretisierung“ anstatt von „Auslegung“ gesprochen.<sup>23</sup>

Umstritten ist, ob in die Konkretisierung „außerrechtliche“ Wertungen<sup>24</sup> einfließen sollen/dürfen oder sogar müssen.<sup>25</sup> Wird dies bejaht, so ist „externes“ Wissen für die Kon-

13 AA *Kamanabrou*, Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 2002, 665 Fn 13.

14 Vgl etwa *F. Bydlinski*, Methodenlehre 583.

15 Etwa *Kramer*, Juristische Methodenlehre<sup>4</sup> (2013) 73, 195f, 276.

16 Etwa *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie<sup>7</sup> 498 Rn 836; *R. Weber*, AcP 1992, 528.

17 *Heck*, Grundriß des Schuldrechts (1929) 11.

18 *Kramer*, Methodenlehre<sup>4</sup> 73, 195f, 276; *Hedemann* spricht von einem unausweichlichen Zusammenhang zwischen Generalklauseln und richterlichem Ermessen, vgl Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat (1933) 35.

19 *Hedemann*, Flucht 58.

20 *F. Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> 627.

21 Vgl etwa *Larenz*, Methodenlehre<sup>6</sup> 288.

22 *F. Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> 582, 584, 590; *Obly*, Generalklausel und Richterrecht, AcP 2001, 11. Umgekehrt müssen aber nicht alle Verweisungsnormen Generalklauseln sein.

23 *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit<sup>2</sup> (1968) 6; *R. Weber* (AcP 1992, 537) plädiert noch für eine Unterscheidung zwischen „Konkretisierung“ und „Präzisierung“.

24 Für ethische Wertungen etwa *F. Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> 583f; *Hedemann*, Flucht 11; *R. Weber*, AcP 1992, 525 mwN; für soziale Wertungen etwa *F. Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> 583f; *Kramer*, Methodenlehre<sup>4</sup> 74f.

25 Nach *R. Weber* (AcP 1992, 524) seien vom Begriff Generalklauseln generell nur Verweisungen „auf außerrechtliche, insbesondere moral-ethische Begriffe“ erfasst.

cretisierung relevant. Die Frage, ob eine Generalklausel auch auf außerrechtliche Wertungen verweist, ist nicht abstrakt, sondern bezogen auf die konkrete Generalklausel zu beantworten.<sup>26</sup> Dies soll am Bsp der Gute-Sitten-Klausel des Schuldrechts (§ 879 Abs 1 ABGB) skizziert werden.

## 5. Gute-Sitten-Klausel des Schuldrechts als Beispiel

§ 879 Abs 1 ABGB wurde mit der 3. TN<sup>27</sup> des ABGB eingeführt und lautet: „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“ Die Gesetzgebung entschied sich bewusst für die Generalklausel und wollte ausdrücklich die Konkretisierung der Lehre und Rsp überlassen, wie die Gesetzesmaterialien eindeutig belegen: „[Es m]uß auch auf den Versuch, den Begriff des ‚unsittlichen‘ Vertrages genauer abzustecken, verzichtet werden und das vielmehr der Wissenschaft und dem Takt des Richters überlassen bleiben [...].“<sup>28</sup> Mit der Gute-Sitten-Klausel wurde im Gesetzesrecht ein flexibles Scharnier installiert, das es dem starren Gesetzestext ermöglicht, sich an geänderte Kontextbedingungen – zB gesellschaftliche Anschauungen – ohne Veränderung des Rechtstexts anzupassen.<sup>29</sup> Wie Lehre und Rsp mittels ihres „Takts“ die Guten-Sitten konkretisieren und methodisch die Veränderungen antizipieren sollen, blieb offen.

In der juristischen Methodenlehre finden sich unterschiedliche Ansichten darüber, was unter den Guten-Sitten zu verstehen ist. Einige seien hier beispielhaft angeführt: *Kramer* versteht darunter die Alltagsmoral, die einigermaßen anständigen Menschen gemeinsam sei.<sup>30</sup> *Zippelius* versteht sie mit Bezugnahme auf die Rsp als Verweis „auf die geschichtlich wandelbaren Anschauungen darüber, was im sozialen Verkehr zwischen den Rechtsgenossen sich gehört [...].“<sup>31</sup> *F. Bydlinski* will Generalklauseln als „Verweisung auf alle für ihre jeweilige – durch die Rechtsfolge bestimmte – Fragestellung aufschlußreichen Wertungen, die in der (übrigen) Rechtsordnung zu finden sind“<sup>32</sup>, verstanden wissen. In Bezug auf die Gute-Sitten-Klausel sei zudem „[...] auf die gegenwärtigen sozialen Wertungen und Übungen, die allgemein oder doch unter den näher am betreffenden Lebensverhältnis der Beteiligten festzustellen sind“<sup>33</sup>, verwiesen. Es handle sich dabei um einen Verweis auf sozialetische Anschauungen.<sup>34</sup> Daher habe die Konkretisierung weder rein

26 *Müller-Graff*, Schlußwort: Elemente einer gemeinschaftsprivatrechtlichen Dogmatik der Generalklausel – Was leistet die deutsche Wissenschaft vom Europäischen Privatrecht? in *Baldus/Müller-Graff*, Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive (2006) 141.

27 RGBL 1916/69.

28 78 BlgHH 21 Sess 1912 139.

29 Vgl dazu *Voithofer*, Das ABGB als law in books und law in action, in *Barta/Ganner/Voithofer* (Hrsg), 200 Jahre ABGB 1811 – 2011, Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung IV, 54f mwN.

30 *Kramer* mVa *Mayer-Maly*, Methodenlehre<sup>4</sup> 282.

31 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre<sup>11</sup> (2012) 20.

32 *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> 583.

33 *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> 584, 590.

34 *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre<sup>2</sup> 583.

innerrechtlich noch rein außerrechtlich zu erfolgen.<sup>35</sup> Ähnlich argumentiert *Larenz*, der die Gute-Sitten-Klausel als Verweis auf „die anerkannte Sozialmoral“<sup>36</sup> versteht.

In der Rsp hat sich die Formel, dass von den Guten-Sitten „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“<sup>37</sup> erfasst sei, etabliert. Der Wortlaut dieser Formel beinhaltet den Verweis auf das Anstandsgefühl einer bestimmten Gruppe von Menschen. Sie ist hingegen nicht konkreter als die Gute-Sitten-Klausel selbst und lässt offen, ob dieses „Anstandsgefühl“ empirisch, ethisch und/oder rechtlich zu konkretisieren ist.

Die Gute-Sitten-Klausel birgt damit die Gefahr, für alle Wertinhalte offen zu sein.<sup>38</sup> Dass dies nicht nur theoretisch problematisch sein kann, zeigt das berüchtigte Zitat des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen: „Der Begriff eines ‚Verstoßes gegen die guten Sitten‘ [...] erhält seinem Wesen nach den Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung.“<sup>39</sup> Um diese Gefahr zu reduzieren, lohnt es sich daher immer wieder, an Methoden für die Konkretisierung von Generalklauseln zu arbeiten und dabei auch die Frage zu stellen, ob und welches interne und/oder externe Wissen herangezogen werden kann.

Dieser Beitrag möchte dazu anregen, sich dieser Thematik im juristischen Spezialdiskurs stärker und expliziter zu widmen. Ohne hier den Raum für die Ausarbeitung einer Lösung zu haben, können zumindest mögliche Ausgangspunkte für die Suche nach Lösungen erwähnt werden: Dies scheinen mir jene Überlegungen in der juristischen Methodenlehre zu sein, die die Wertordnung der Grund- und Menschenrechte als Prüfmaßstab<sup>40</sup> und insofern als Grenze des Konkretisierungsergebnisses setzen.<sup>41</sup> Dadurch erscheint ein Infragestellen der fundamentalen Gleichheit des Menschen ob des Menschseins der Bewertung durch die Rechtsanwender\_innen entzogen und die Gute-Sitten-Klausel als ihres „gesetzlichen Unrechtspotentials“<sup>42</sup> enthoben.

Dr.<sup>in</sup> Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck, wo sie derzeit an ihrer Habilitation arbeitet und Redaktionsmitglied des *juridikum*; caroline.voithofer@uibk.ac.at

35 *F. Bydliński*, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in *Behrends/Dießelhorst/Dreier* (Hrsg), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, FS Wieacker (1990) 191 Fn 8.

36 *Larenz*, *Methodenlehre*<sup>6</sup> 289.

37 Vgl dazu etwa *Zippelius*, *Methodenlehre*<sup>11</sup> 81; Zur Rsp-Entwicklung in Bezug Sexarbeit: *Eberhardter*, ... und wer ist die „Gesellschaft aller billig und gerecht Denkenden“? Überlegungen zur gesellschaftlichen Inklusion von Sexarbeiter\_innen, *juridikum* 2016, 168ff.

38 Vgl *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*<sup>7</sup> 119 Rn 175; *R. Weber*, *AcP* 1992, 520f mwN.

39 RG 13.3.1936, RG 558 – V 184/35 = RGZ 150, 1 (4).

40 Diese Formulierung scheint primär ob ihres hohen Abstraktionsgrades konsensfähig; ist aber ihrerseits konkretisierungsbedürftig. Die Wahl dieses Ausgangspunktes ist ebenso das Ergebnis einer wertenden Entscheidung, die sich auf die Legitimationen der „internationalen Übereinkunft“ stützt, aber hinterfragbar ist.

41 Vgl bspw *F. Bydliński*, *Methodenlehre*<sup>2</sup> 583; *Larenz*, *Methodenlehre*<sup>6</sup> 291; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*<sup>7</sup> 122 Rn 183.

42 Zum Begriff *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, 105ff.

# Stop That Bloody Tax

## Monatshygieneprodukte und Umsatzsteuer

Judith Fitz / Lilo Martini

---

### 1. Einleitung

„Stop taxing our bloody tampons!“ fordern Aktivist\_innen in ganz Europa und darüber hinaus seit über drei Jahren.<sup>1</sup> Monatshygieneprodukte wie Tampons, Binden oder Menstruationstassen unterliegen als Gegenstände des wirtschaftlichen Verkehrs in allen Mitgliedstaaten der EU (MS) der Umsatzsteuer.<sup>2</sup> Die Forderung nach Abschaffung der „tampon tax“ zielt darauf ab, diese ausschließlich Frauen treffende Besteuerung gänzlich zu beseitigen bzw. Monatshygieneprodukte, wie andere Gegenstände des täglichen Bedarfs,<sup>3</sup> zumindest mit einem ermäßigten Steuersatz zu belegen. Im Gegensatz zu anderen Hygieneprodukten, wie zB Rasierern, deren Verwendung optional ist, stellen Tampons, Binden und dergleichen für Frauen eine Notwendigkeit dar. Eine vergleichbare, nur für Männer unverzichtbare Produktgruppe gibt es nicht. Diesem Umstand wurde in der Gesetzgebung vieler Länder bislang keine Beachtung geschenkt, was auf mangelnde Sensibilität und unzureichenden Umsetzungswillen für frauenpolitische Anliegen hinweist. Der folgende Beitrag analysiert, unter welchen Voraussetzungen die „tampon tax“ in Österreich abgeschafft oder reduziert werden könnte. Dazu werden zunächst die unionsrechtlichen Vorgaben erläutert, um anschließend die österreichische Rechtslage darzustellen.

### 2. Unionsrecht

Art 113 AEUV stellt die primärrechtliche Grundlage für Bestimmungen zur Harmonisierung der MwSt dar. Konkrete Vorgaben finden sich in der Mehrwertsteuersystem-RL (MwStSystRL):<sup>4</sup> Art 96 und 97 schreiben einen MwSt-Satz von mindestens 15 % vor. Davon abweichend können für die in Anhang III genannten Kategorien von Gegenständen und Dienstleistungen ermäßigte Steuersätze vorgesehen werden, allerdings dürfen

---

1 ZB *Sanghani*, End Tampon Tax: ‚Oi George Osborne, stop taxing our bloody periods‘, *Telegraph* v 12.3.2015, [www.telegraph.co.uk/women/womens-life/11465037/Period-Tampon-Tax-George-Osborne-stop-taxing-our-bloody-periods.html](http://www.telegraph.co.uk/women/womens-life/11465037/Period-Tampon-Tax-George-Osborne-stop-taxing-our-bloody-periods.html) (4.4.2018); *Bonavida*, Wie viel Steuer braucht das Tampon?, *Die Presse* v 23.3.2017, [www.diepresse.com/home/innenpolitik/5188779/Wie-viel-Steuer-braucht-das-Tampon](http://www.diepresse.com/home/innenpolitik/5188779/Wie-viel-Steuer-braucht-das-Tampon) (4.4.2018).  
2 Art 2 Abs 1 lit a iVm Art 14 Abs 1 MwStSystRL; in Ö: § 1 Abs 1 Z 1 iVm § 3 Abs 1 UStG.  
3 ZB *Milch, Gemüse, Arzneimittel, Brennholz*.  
4 RL 2006/112/EG, ABl 2006 L 347, 1, idF RL (EU) 2017/2455, ABl 2017 L 348, 7; zu den geplanten Änderungen [www.ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/action-plan-vat\\_de](http://www.ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/action-plan-vat_de) (4.4.2018).

diese nicht weniger als 5 % betragen.<sup>5</sup> Das Unionsrecht erlaubt also eine selektive Anwendung der ermäßigten Steuersätze. Die Aufzählung in Anhang III basiert derzeit auf keinem „logischen oder strukturierten Konzept“, sondern auf der Rechtslage der einzelnen MS Anfang der 90er Jahre.<sup>6</sup>

Monatshygieneprodukte werden darin explizit angeführt, weshalb MS den Steuersatz darauf jedenfalls auf 5 % senken könn(t)en. Niedrigere Steuersätze wären mit dem Unionsrecht nicht vereinbar, es sei denn, sie wurden bereits vor 1991 angewendet (Art 110 MwStSystRL). Auf Grundlage dieser Vorgaben besteuern die MS Monatshygieneprodukte sehr unterschiedlich: In Ungarn sind zB 27 % MwSt<sup>7</sup> zu entrichten, in Frankreich 5,5 %, in Irland hingegen gar keine.<sup>8</sup>

Im Jänner 2018 hat die Kommission eine Änderung der MwStSystRL vorgeschlagen, die den MS die Einführung eines ermäßigten Steuersatzes unter 5 % sowie einer MwSt-Befreiung („Nullsatz“) ermöglichen würde.<sup>9</sup> Derartige Steuerbegünstigungen sollen aber nur zulässig sein, wenn sie den Endkonsument\_innen zugute kommen und im allgemeinen Interesse sind. Sofern der Rat diesem Vorschlag zustimmt,<sup>10</sup> wäre eine Abschaffung der „tampon tax“ möglich.

### 3. Nationales Recht

Nach § 10 UStG sind steuerpflichtige Umsätze mit dem Normalsteuersatz von 20 %<sup>11</sup> (Abs 1) oder mit einem ermäßigten Steuersatz von 10 % bzw 13 % (Abs 2 und 3) zu besteuern. Begünstigt sind die unterschiedlichsten Waren und Dienstleistungen: Teils decken sie den täglichen Bedarf, teils handelt es sich um landwirtschaftliche, soziale oder kulturelle Umsätze. So wird der Steuersatz von 10 % auf Lebensmittel, aber auch auf Blindenhunde, Arzneimittel und Bücher angewendet.<sup>12</sup> Welche Warenumsätze steuerbegünstigt sind, ergibt sich aus Anlage 1 und 2 des UStG.<sup>13</sup> Monatshygieneprodukte werden darin nicht angeführt und unterliegen somit dem Normalsteuersatz. Ermäßigte Steuersätze mögen zwar in vielen Fällen aus „gewichtige[n] sozial- und preispolitische[n]

5 Art 98, 99 Abs 1 MwStSystRL.

6 Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament über vom Normalsatz abweichende Steuersätze, KOM(2007) 380 endgültig, 7.

7 In Ö wird nur von „Umsatzsteuer“ gesprochen, im Unionsrecht auch von „Mehrwertsteuer“.

8 Übersicht der MwSt-Sätze aller MS: [www.ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic/vat-rates\\_en](http://www.ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic/vat-rates_en) (4.4.2018).

9 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/112/EG in Bezug auf die Mehrwertsteuersätze, COM(2018) 20 endgültig, 8.

10 Gem Art 113 AEUV ist dafür Einstimmigkeit erforderlich.

11 19 % in den Gebieten Jungholz und Mittelberg, § 10 Abs 4 UStG.

12 § 10 Abs 2 Z 1 iVm Anlage 1 UStG.

13 § 10 Abs 2 Z 1 u Abs 3 Z 1 UStG; für Wein siehe § 10 Abs 3 Z 11 UStG.

Gründe[n]<sup>14</sup> gerechtfertigt sein, eine Systematik ist dahinter aber nicht zu finden.<sup>15</sup> Dies könnte erklären, warum Monatshygieneprodukte derzeit nicht darunter fallen, zugleich steht es ihrer künftigen Begünstigung nicht entgegen. Eine Änderung wäre Aufgabe des einfachen Gesetzgebers. Entsprechende Forderungen gibt es auch seit einiger Zeit: Einem offenen Brief von Aktivist\_innen an den Finanzminister im Jahr 2016<sup>16</sup> folgte ein Entschließungsantrag im Nationalrat,<sup>17</sup> der jedoch auf unbestimmte Zeit vertagt wurde. Auch sonst wurde die Thematik nicht wieder aufgegriffen.

#### 4. Fazit

Wird der Vorschlag der Kommission angenommen, wäre der Weg zur gänzlichen Abschaffung der „tampon tax“ aus unionsrechtlicher Sicht geebnet. Die geplante Novelle der MwStSystRL ermöglicht niedrigere Steuersätze und MwSt-Befreiungen, allerdings ohne die MS dazu zu verpflichten. Damit liegt die Entscheidung weiterhin beim österreichischen Gesetzgeber. Das Unterfangen, die „tampon tax“ auf die politische Agenda zu bringen, erweist sich als besondere Herausforderung, wird Menstruationsblut doch seit langem gesellschaftlich stigmatisiert<sup>18</sup> und als Tabuthema gehandelt, über das auch viele Frauen nur äußerst zurückhaltend sprechen. Deutlich wird dies auch durch den Großteil der Werbungen für Binden und Tampons, denn Blut wird hier durch sterile blaue Flüssigkeiten dargestellt.<sup>19</sup>

Immer wieder wird eingeworfen, dass die „tampon tax“ finanziell vernachlässigbar sei und die Forderung, sie abzuschaffen, nur von wichtigeren Anliegen der Gleichstellungspolitik ablenke. Der Gender Pay Gap sowie die mangelnde Repräsentation in Machtpositionen stellen zwar die wohl am meisten beachteten Benachteiligungen von Frauen dar, doch existieren daneben unzählige weitere, die sich auf nahezu alle Lebensbereiche erstrecken. Mögen manche davon auch gering erscheinen, wie zB die Belastung durch die „tampon tax“, so wäre die vollständige Beseitigung aller Nachteile Bedingung für eine tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter. Gerade deshalb ist es wichtig, jeden einzelnen aufzuzeigen und verschiedene Forderungen nicht gegeneinander auszuspielen. Nur so ergibt sich ein umfassendes Gesamtbild der nach wie vor bestehenden gesellschaftlichen Schlechterstellung von Frauen. Durch die Abschaffung oder Verringerung

---

14 So zumindest die Begründung für die Beibehaltung ermäßigter Steuersätze bei der Umstellung auf das Mehrwertsteuersystem, ErlRV 145 BgNR 13. GP, 25.

15 Kritik zB bei *Achatz/Ruppe*, Umsatzsteuergesetz<sup>5</sup> (2018) Einführung, Rz 21.

16 *Harant/Steinbrugger*, Runter mit der Tamponsteuer, Erdbeerwoche v 21.1.2016, [www.meineregelmeynplanet.wordpress.com/2016/01/21/runter-mit-der-tamponsteuer/](http://www.meineregelmeynplanet.wordpress.com/2016/01/21/runter-mit-der-tamponsteuer/) (4.4.2018).

17 EA 1548/A BgNR 25. GP.

18 Dazu grundlegend *Ohlsen*, Weibliche Praxis und ärztlicher Diskurs. Zur Geschichte der Menstruationshygiene, in *Löncke/Spieker* (Hrsg), *Reinliche Leiber – Schmutzige Geschäfte. Körperhygiene und Reinlichkeitsvorstellungen in zwei Jahrhunderten* (1996) 236.

19 Ein Gegenbeispiel ist die Werbung für Produkte der britischen Marke „Bodyform“, [www.bodyform.co.uk/our-world/bloodnormal/](http://www.bodyform.co.uk/our-world/bloodnormal/) (4.4.2018).

der „tampon tax“ könnte die Gesetzgebung zeigen, dass sie für Frauenanliegen nicht blind ist und ihr Bekenntnis<sup>20</sup> zur Gleichstellung der Geschlechter ernst nimmt.

Mag.<sup>a</sup> Judith Fitz und Mag.<sup>a</sup> Lilo Martini arbeiten als Assistentinnen am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; [judith.fitz@univie.ac.at](mailto:judith.fitz@univie.ac.at), [lilo.martini@univie.ac.at](mailto:lilo.martini@univie.ac.at)

---

<sup>20</sup> Vgl Art 7 Abs 2 B-VG sowie Art 13 Abs 3 B-VG zu Gender Budgeting.