

nr 2/2022

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

## Femizid

### Tötungen aufgrund des Geschlechts

recht & gesellschaft

Kelsen als Feindbild

Der Princeps über dem Gesetz

Kinder in Armut

Für Context herausgegeben von Maximilian Blaßnig, Isabell Doll, Paul Hahnenkamp,  
Antonia Reiss, Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at  
juridikum.at

VERLAG  
ÖSTERREICH

# Über Krieg sprechen

Isabell Doll / Nikolaus Wieser

---

Wir beide haben keinen Krieg erlebt. Diese privilegierte Position stellen wir an den Anfang dieses *vor.satzes*, in einer Zeit, die es verlangt, dass über Krieg gesprochen wird. Es herrscht Krieg in der Ukraine. Um uns herum sprechen und schreiben viele über *den* Krieg in Europa. Unsere Großeltern sprechen davon, dass sie nicht gedacht haben, noch einen Krieg zu erleben. Unsere Eltern sind schockiert, dass das *so nah bei uns* passieren kann. Freund:innen fragen sich, wie sie ihren Kindern dieses Thema nahebringen sollen. Medial vergeht kein Tag ohne schreckliche Nachrichten und Bilder. Wir fragen uns, *wie* wir überhaupt über (diesen und jeden anderen) Krieg sprechen können. Zwei Aspekte des aktuellen Über-den-Krieg-Sprechens möchten wir kurz näher betrachten: Erstens die geschichtsverzerrende Erzählung, dass dieser Krieg der erste in Europa seit dem 2. Weltkrieg ist, und zweitens, welche Sprache bei der aktuellen Erzählung vom Krieg in der Ukraine verwendet wird.

## 1. Der Krieg in der Ukraine ist nicht der erste Krieg in Europa seit dem 2. Weltkrieg

Die *Arbeitsgemeinschaft Kriegsursachenforschung (AKUF)* definiert „Krieg“ in Anlehnung an den ungarischen Friedensforscher *Kende* wie folgt:

„Krieg ist ein gewaltsamer Massenkonflikt, der kumulativ drei Merkmale aufweist:

- a.) an den Kämpfen sind zwei oder mehr bewaffnete Streitkräfte beteiligt, bei denen es sich mindestens auf einer Seite um reguläre Streitkräfte (Militär, paramilitärische Verbände, Polizeieinheiten) der Regierung handelt;
- b.) auf beiden Seiten muss ein Mindestmaß an zentralgelenkter Organisation der Kriegführenden und des Kampfes gegeben sein, selbst wenn dies nicht mehr bedeutet als organisierte bewaffnete Verteidigung oder planmäßige Überfälle (Guerillaoperationen, Partisanenkrieg usw);
- c.) die bewaffneten Operationen ereignen sich mit einer gewissen Kontinuität und nicht nur als gelegentliche, spontane Zusammenstöße, dh beide Seiten operieren nach einer planmäßigen Strategie, gleichgültig ob die Kämpfe auf dem Gebiet einer oder mehrerer Gesellschaften stattfinden und wie lange sie dauern.“<sup>1</sup>

Dieser Definition zufolge gab es in Europa seit 1945 mindestens 17 Kriege: Zwei Griechische Bürgerkriege (1944–1945 und 1946–1949), zwei Spanische Bürgerkriege (1945–1950, 1968–1979 im Baskenland), drei Zypernkriege (1955–1959, 1963–1964, 1974), der

---

1 Vgl. *AKUF*, Kriegsdefinition, [www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sowi/professuren/jakobeit/forschung/akuf/kriegsdefinition.html](http://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sowi/professuren/jakobeit/forschung/akuf/kriegsdefinition.html) (12.5.2022).

Ungarn-Aufstand (1956), der Nordirlandkrieg (1969–1994), die Kriege in Rumänien (1989), Moldova (1992), Slowenien (1991), Kroatien (1991–1995), Bosnien und Herzegowina (1992–1995), im Kosovo (1998–1999), in Makedonien (heutiges Nordmazedonien) (2001) und eben der Ukrainekrieg (seit 2014).

## 2. Sprache bildet nicht nur Wirklichkeit ab, sie „ist auch eine Ausübung von Macht“

Es ist zudem bedeutend, welche Sprache beim Über-den-Krieg-Sprechen verwendet wird: Werden verharmlosende Bezeichnungen gewählt, oder bezeichnet man den Einmarsch Russlands in die Ukraine als das was er ist, einen Angriffskrieg? Hier herrscht in unserem Umfeld Einigkeit, dass es sich ohne Zweifel um Letzteres handelt.

Weniger Eintracht besteht hingegen bei der Wahl der ukrainischen Ortsnamen: „Kyjiw“ oder „Kiew“? „Krym“ oder „Krim“? „Tschornobyl“ oder „Tschernobyl“? Die Autorin *Gnedkova* plädiert im *Standard*<sup>2</sup> für die Verwendung der ukrainischen Ortsnamen statt der aus dem Russischen stammenden Bezeichnungen, denn diese seien ehemalige Kolonienamen.<sup>3</sup> Sie anerkennt, dass dies zwar auch eine Debatte bedinge, jeder Ortsname einen Einzelfall darstelle und eine Änderung bei den im Deutschen gewohnten Namen, von zB „Tschernobyl“ in „Tschornobyl“, nicht von heute auf morgen vonstattengehen könne. Es bleibt für sie aber eine Geste der Solidarität und aus unserer Sicht auch eine der Anerkennung, denn: „Sprache ist auch eine Ausübung von Macht. Für Ukrainerinnen und Ukrainer ist sie ein Symbol der Selbstbestimmung.“<sup>4</sup> Wir würden daher auch *Kyjiw* verwenden. Der Initiative des ukrainischen Außenministeriums aus dem Jahr 2018 (spät) folgend hat nun (2022) auch Österreich seine Vertretung offiziell in „Österreichische Botschaft Kyjiw“ umbenannt.<sup>5</sup>

Im *nach.satz* dieses Heftes beleuchten *Anastasia Hammerschmied* und *Amelie Herzog* einen weiteren Aspekt des Krieges in der Ukraine: Ausgehend von der Gefahr für Geflüchtete aus dem Kriegsgebiet, Opfer von Menschenhandel zu werden, sind österreichische Schutzverpflichtungen im Zentrum ihres Beitrags. Jetzt gilt es, die Behörden ausreichend für die Gefahren von Menschenhandel zu sensibilisieren und die Personen, die hier ankommen, ua mit Hilfe in Form von ausreichenden Informationen und sicheren Quartieren von staatlicher Seite zu unterstützen.

Und zuletzt: Auch wenn sich der Eurovision-Songcontest selbst als „unpolitische Veranstaltung“ versteht,<sup>6</sup> war seine 66. Ausgabe weit davon entfernt: Wir freuen uns über das starke Zeichen der Solidarität der Europäer:innen und gönnen der Ukraine diesen Sieg von Herzen.

Mag.<sup>a</sup> Isabell Doll und Mag. Nikolaus Wieser sind Mitherausgeber:innen des Juridikum; isabell.doll.id@gmail.com, nikolaus.wieser@univie.ac.at

2 *Der Standard* verwendet übrigens – im Unterschied zur *New York Times* oder der *BBC* – weiterhin überwiegend „Kiew“.

3 *Gnedkova*, Sprache und Macht: Kiew? Kyjiw!, *derstandard.at* 21.4.2022, [www.derstandard.at/story/2000135059364](http://www.derstandard.at/story/2000135059364) (16.5.2022).

4 *Gnedkova*, Sprache und Macht, *derstandard.at*.

5 Vgl den Tweet auf dem Account des österreichischen Außenministeriums v 8.4.2022, [https://twitter.com/MFA\\_Austria/status/1512492910826172427](https://twitter.com/MFA_Austria/status/1512492910826172427) (16.5.2022).

6 NN, Die Regeln des Eurovision Song Contest (Stand 30.4.2018), [www.eurovision.de/event/Die-Regeln-des-Eurovision-Song-Contest,regeln103.html](http://www.eurovision.de/event/Die-Regeln-des-Eurovision-Song-Contest,regeln103.html) (16.5.2022).

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 141 Über Krieg sprechen  
Isabell Doll / Nikolaus Wieser

## merk.würdig

- 145 Von Illegalitäten und Illegalisierungsprozessen  
Jakob Fux
- 148 Diskriminierung und Antidiskriminierung  
Nina Eckstein
- 152 Mit der Sulm durch alle Instanzen  
*Wie ein Kleinwasserkraftwerk alle Gerichte Österreichs und darüber hinaus beschäftigt*  
Gregor Schamschula
- 156 Nackerter Wein  
*Überlegungen zu einer rechtlichen Fassung des Begriffs „Naturwein“*  
Valerie Purth-Eisendle
- 160 Über Kontroversen zur gerichtlichen Verwertbarkeit der Suchergebnisse von  
„Mantrailer-Hunden“  
Florian Kraher

## recht & gesellschaft

- 164 Kelsen als Feindbild  
Clemens Jabloner
- 173 *Princeps legibus solutus est* und die Entwicklung der Souveränität im frühneuzeitlichen Europa  
Karina Jasmin Karik
- 183 Jedes fünfte Kind ist von Armut bedroht  
*Die sozialen Grundrechte im BVG Kinderrechte und deren Anwendungspotential*  
Sebastian Öhner
- 193 Die gerichtliche Zuständigkeit bei Strafverfahren mit indigener Beteiligung im U.S. amerikanischen Recht  
Thorsten Holzer

## thema

- 205 Vorwort der Gastherausgeber\*innen  
Ümra Gencer / Philipp Hense-Lintschnig / Valerie Purth-Eisendle
- 208 Femizide – Begriff, Konzept und österreichischer Verwendungskontext  
Isabel Haider
- 219 „Femizid“?  
*Ein Plädoyer für eine zielorientierte Begriffsdefinition*  
Katharina Beclin
- 226 Gedenkwand am Yppenplatz  
Kollektiv Kimäre / Viva La Vulva
- 228 Strafrechtliche Einordnung der Tötung von „Haustyrannen“  
Jakob Hajszan / Jana Germ
- 240 Häusliche Gewalt  
*Eine rechtliche Definitionsfrage?*  
Marion Johanna Neunkirchner / Hannah Reiter

- 252 Opferschutz und Prozessbegleitung im Strafverfahren  
*Prozessbegleitung bei Straftaten im sozialen Nahraum und Sexualdelikten*  
Barbara Steiner
- 260 Im Schatten der Hochrisikofälle  
*Zum Verhältnis von Risikoeinschätzungsinstrumenten und den Grenzen der Interventionen bei häuslicher Gewalt*  
Paul Luca Herbinger
- nach.satz
- 270 Gesicherter Aufenthalt – dennoch keine Sicherheit?  
*Menschenhandel als Bedrohung für Geflüchtete aus der Ukraine*  
Anastasia Hammerschmid / Amelie Herzog

## Impressum

### juridikum

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

### Herausgeber:innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare  
Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben  
von: Maximilian Blafnig, Isabell Doll, Paul Hahnenkamp,  
Antonia Reiss, 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: Marcus Dalfen  
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419  
m.dalfen@verlagoesterreich.at (DW 123).  
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner  
j.steiner@verlagoesterreich.at

### Preis:

Jahresabonnement: Euro 68,-  
Abo für Studierende, Erwerbslose,  
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,-  
Einstiegsabo: Euro 11,-  
Einzelheft: Euro 22,-  
(Alle Preise inkl MWSt, exkl Versandkosten)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Angelika Adensamer, Maximilian Blafnig, Isabell Doll,  
Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Jakob  
Fux, Judith Fitz, Ümra Gencer, Susanne Gstöttner, Paul  
Hahnenkamp, Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Frey  
Hinterberger, Emanuel Matti, Hanna Palmanshofer, Eva  
Pentz, Marija Petričević, Valerie Purth-Eisendle, Antonia  
Reiss, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Christoph Stoll, Petra  
Sußner, Antonia Wagner, Laura Widerhofer, 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  
Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschragen  
(Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria  
Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien),  
Ingeborg Zerbes (Wien)

### Autor:innen dieser Ausgabe:

Nina Eckstein, Jakob Fux, Ümra Gencer, Jana Germ,  
Isabel Haider, Jakob Hajszan, Anastasia Hammerschmid,  
Philipp Hense-Lintschnig, Paul Luca Herbinger, Amelie  
Herzog, Thorsten Holzer, Clemens Jabloner, Karina  
Jasmin Karik, Kollektiv Kimäre & Viva la Vulva, Florian  
Krahmer, Marion Johanna Neunkirchner, Sebastian  
Öhner, Valerie Purth-Eisendle, Hannah Reiter, Gregor  
Schamschula, Barbara Steiner, Nikolaus Wieser

### Gastherausgabe des themas:

Ümra Gencer, Philipp Hense-Lintschnig,  
Valerie Purth-Eisendle

## Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1,  
1010 Wien (Geschäftsführung: MMag. Johannes  
Schultze, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft  
der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH  
Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart  
(Anteilsverhältnisse: Dr. Christian Rotta [50 %], Sibylle  
Wessinger [12,5 %], Dr. Benjamin Wessinger [12,5 %],  
Simon Wessinger [12,5 %], Jakob Wessinger [12,5 %])  
und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift  
juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für  
kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des  
Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und  
brauchbare Information“, Schottenbastei 10–16,  
A-1010 Wien. Die grundlegende Richtung des  
juridikum ergibt sich aus den Statuten des Vereins  
CONTEXT und aus dem Inhalt der veröffentlichten  
Texte. Erscheinungsort: Wien.

### Layout und Satz: Datagroup Int. Timisoara

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

### Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber:innen:

Maximilian Blafnig: maximilian.blasnig@univie.ac.at  
Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com  
Paul Hahnenkamp: paul.hahnenkamp@univie.ac.at  
Antonia Reiss: antonia.reiss@univie.ac.at  
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

# Von Illegalitäten und Illegalisierungsprozessen

Jakob Fux

---

Rezension zu: *Klarmann*, *Illegalisierte Migration. Die (De-)Konstruktion migrationspezifischer Illegalitäten im Unionsrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2021, 368 Seiten, ISBN 978-3-8487-7970-3.

Die Publikation von *Tobias Klarmann* ist längst überfällig: Viel wurde in den letzten Jahren geschrieben zu einzelnen Fragestellungen des Asyl- und Fremdenrechts – die ganzheitliche Betrachtung von migrationsrechtlichen Illegalitäten wurde jedoch bis dato fast gänzlich ausgespart.<sup>1</sup> Umso erfreulicher ist es, dass diese Lücke nunmehr geschlossen wird. Entstanden ist die Dissertation am Lehrstuhl von Prof. *Daniel Thym* an der Universität Konstanz, publiziert wurde sie nun in der Reihe „Schriften zum Migrationsrecht“. Unterteilt ist die Arbeit in sieben Kapitel, einer Einleitung folgen fünf inhaltliche Kapitel und abschließend ein Exzerpt.

Die Einleitung bietet den Leser:innen einen guten Überblick über Motive, Ziele und Aufbau der Arbeit. Sie nimmt Bezug auf binäre Unterscheidungen nach *Niklas Luhmann*, wobei die Leitdifferenz in Rechtssystemen jene zwischen legal und illegal ist. Illegalität wird als etwas begriffen, dass durch Normen konstruiert wird und im migrationsrechtlichen Raum unterschiedlichste Formen annehmen kann. Einreise, Aufenthalt, Beschäftigung – all jene und noch mehr Aspekte können rechtmäßig oder nicht rechtmäßig sein. Dabei wird auch deutlich: Menschen können nicht illegal sein, viele Aspekte ihres Lebens können jedoch durch Rechtsnormen illegalisiert werden. Erklärtes Ziel der Arbeit ist folglich die Skizzierung und Dekonstruktion von Illegalisierungsprozessen und Illegalitäten im migrationsrechtlichen Kontext (31).

Das erste Hauptkapitel befasst sich mit der Terminologie. Dies erscheint, angesichts der auch vom Autor konstatierten hohen Diversität an migrationsrechtlichen Begrifflichkeiten, sehr passend. Einer Übersicht an kursierenden Begriffen schließt sich eine kritische Auseinandersetzung derselben in Hinblick auf ihre Verwendung beziehungsweise Verwendbarkeit an. In der Folge begründet *Klarmann* seine Wahl, von illegalisierter Migration zu sprechen und macht drei spezifische Merkmale des Terminus aus: „Migrations-

---

1 Eine ähnliche ganzheitliche Konzeptualisierung von Illegalitäten im europäischen Migrationsrecht findet sich bei *Menezes Queiroz*, *Illegally Staying in the EU. An Analysis of Illegality in EU Migration Law* (2018). Mit Illegalitäten aus einer aufenthaltsrechtlichen Perspektive beschäftigt sich *Hinterberger*, *Regularisierungen von irregulär aufhaltigen Migrant\*innen* (2020).

bezug“, „eine Form der Illegalisierung“ sowie „eine spezifische Verknüpfung der beiden ersten Merkmale“. Der Migrationsbezug wird durch eine physische Ortsveränderung in Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft hergestellt. Illegalisierung bedeutet, „dass ein bestimmtes Verhalten eingeschränkt, erschwert, verboten oder von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht wird, respektive wenn einer Person Einschränkungen, Erschwernisse oder Verbote aufgelegt werden“, wobei auch eine sanktionierbare Handlungspflicht umfasst ist. Eine spezifische Verknüpfung bedeutet schließlich, dass „ein bloß zufälliges Aufeinandertreffen der beiden Merkmale“ unzureichend ist. „Die Illegalisierung muss einen Migrationsbezug voraussetzen“ (48 ff). Als nachvollziehbar und zugänglich erweisen sich die hierin getätigten begrifflichen Ausführungen und Entscheidungen des Autors.

Die methodische Herangehensweise der Arbeit wird in Kapitel 2 thematisiert. Einem kurzen gedanklichen Spaziergang durch klassische Auslegungsmethoden und hermeneutischen Überlegungen folgen Ausführungen zum dekonstruktivistischen Zugang der Arbeit. Der Autor bezieht sich hierbei insb auf *Susanne Baer* und ihre Ausführungen zu Subjekt- und Dekonstruktion. Zentrales Untersuchungsanliegen ist es daher, die Subjekt-konstruktion illegaler Migrant:innen durch europäisches Unions(migrations)recht aufzudecken und den gesamten Regelungskomplex, bestehend aus Illegalisierungsprozessen und Illegalitäten, zu dekonstruieren (104).

Kapitel 3 enthält daraufhin noch einige grundlegende Aspekte für die folgende Analyse. Darin skizziert *Klarmann* die Rechtsentwicklung hin zum heutigen Migrationsrecht der Europäischen Union und beschreibt dieses als stark sekundärrechtlich geprägt (143). Das Kapitel liefert dadurch informative Einblicke und bereitet die Leser:innen gemeinsam mit den vorangehenden Kapiteln sehr gut auf die zentrale Analyse der Arbeit vor. Was folgt ist zweifelsohne das Herzstück der Arbeit, nicht nur qualitativ, sondern mit nahezu 170 Seiten auch in quantitativer Hinsicht. Kapitel 4 analysiert die vielschichtigen Illegalisierungsprozesse und Illegalitäten im europäischen Unionsmigrationsrecht. Dabei hat der Autor naturgemäß ein sehr breites Spektrum an Maßnahmen und Regelungen abzudecken – von Grenzkontrollen an Binnen- und Außengrenzen, Informationssystemen und Datenbanken, über Externalisierungstendenzen bis hin zur öffentlichen Ordnung und Sicherheit als „flächendeckende Illegalisierungsreserve“. Dem Autor gelingt es offenzulegen, dass migrationsrechtliche Illegalitäten erst durch facettenreiche, von Menschen gemachte Illegalisierungsprozesse entstehen. „Kein Mensch ist illegal“ – das in der Einleitung (23) verwendete Zitat wird dabei zum Programm. Dass sich der sprichwörtliche rote Faden gerade hierbei nicht immer vollständig erschließt, ist der Breite des Themas geschuldet und daher hinzunehmen.

Das abschließende inhaltliche Kapitel 5 behandelt menschenrechtliche Grenzen von Illegalisierungen. Es enthält ein anschauliches Potpourri an relevanten Menschenrechtsquellen und -normen (312 ff), womit es der Arbeit einen gelungenen kontextuellen Rahmen gibt. Das Exzerpt am Ende der Arbeit fasst schließlich die Ergebnisse der Arbeit

noch einmal zusammen. Pointiert beschreibt der Autor diese am Ende der Arbeit selbst: „Menschen werden in migrationspezifischen Kontexten auf vielfältige Weise illegalisiert. Sie selbst sind jedoch niemals illegal.“

Das Buch von *Tobias Klarmann* kombiniert einen methodisch erfrischenden Zugang mit analytischer Präzision. Der Fokus auf Illegalisierungsprozesse sollte am Beginn jeder Auseinandersetzung mit migrationsrechtlichen Fragestellungen stehen. Die Dissertation von *Klarmann* ist dabei ein must-read.

Mag. Jakob Fux, BA ist Universitätsassistent prae doc am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht der Wirtschaftsuniversität Wien und Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*; jakob.fux@wu.ac.at

# Diskriminierung und Antidiskriminierung

Nina Eckstein

---

Rezension zu: *Gero Bauer/Maria Kechaja/Sebastian Engelmann/Lean Haug* (Hrsg), *Diskriminierung und Antidiskriminierung*. Beiträge aus Wissenschaft und Praxis (2021), 280 Seiten, transcript-Verlag Print-ISBN 978-3-8376-5082-5

## 1. Einleitung

Diskriminierung und Antidiskriminierung sind in Österreich und Deutschland sowohl in den Rechts- als auch in den Sozialwissenschaften zentrale Themen. Dies lässt sich alleine an der Vielzahl an rechts- und sozialwissenschaftlichen Publikationen dazu erkennen.<sup>1</sup> Der in diesem Beitrag besprochene, 2021 in Deutschland erschienene Sammelband ist eine weitere Publikation zum Thema im Kontext der Sozialwissenschaften. Wie die Herausgeber\*innen einleitend jedoch betonen, ist es ihnen ein großes Anliegen, Diskriminierung und Antidiskriminierung multiperspektivisch aufzugreifen, sowohl wissenschaftsorientiert als auch praxisbezogen und vor allem handlungsmachtbezogen. Als „roter Faden“ in den Beiträgen zieht sich die Intention der Autor\*innen durch, die oftmals traumatischen und schmerzhaften Erfahrungen von diskriminierten Personen – von einigen Autor\*innen auch als „Überlebende von Diskriminierungen“ bezeichnet – in den Vordergrund zu rücken, diese ernst zu nehmen und Strategien der Selbstbemächtigung und des Empowerment aufzuzeigen. Auch privilegierte Gruppen werden in die Pflicht genommen, zu denen sich einige Beitragende des Bandes selbst zählen.<sup>2</sup> Eingemahnt wird zB „Powersharing“, das bedeutet den eigenen privilegierten Status kritisch zu reflektieren und die eigenen Machtquellen mit von Diskriminierung Betroffenen zu teilen.

## 2. Zusammenschau der Beiträge

Der Sammelband gliedert sich in drei Teile, die jeweils unterschiedliche Schwerpunktsetzungen beinhalten. Im ersten Teil werden die „Grundlagen der (Anti-)Diskriminierung“ näher beleuchtet. *Lean Haug*, *Borghild Strähle* und *Maria Kechaja* geben im ersten Beitrag

---

1 Für die Rechtswissenschaften statt vieler für Österreich siehe *Greiff/Ulrich*, *Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht*<sup>2</sup> (2019) und für Deutschland *Foljanty/Lembke* (Hrsg), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*<sup>3</sup> (2023) (im Erscheinen). Für die Sozialwissenschaften zB *Hormel/Scherr* (Hrsg), *Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse* (2010) oder *Scherr*, *Diskriminierung. Wie Unterschiede und Benachteiligungen gesellschaftlich hergestellt werden* (2015).

2 S etwa den Beitrag von *Kechaja/Foitzik*, *Sieben Eckpunkte zu unserem Verständnis von Diskriminierung im rezensierten Werk*.

einen Einblick in die Arbeit und ihre Erfahrungen in der Antidiskriminierungsarbeit des Vereins adis eV Antidiskriminierung-Empowerment-Praxisentwicklung in der Region Reutlingen/Tübingen.<sup>3</sup> Sie gehen der Frage nach, wie Antidiskriminierungsberatung und Empowerment professionell miteinander verknüpft werden können. Ziel muss es sein, die Handlungsmacht der von Diskriminierung Betroffenen wiederherzustellen.

Im Grundlagenbeitrag von *Albert Scherr* wird die gesellschaftliche Funktion von Diskriminierung analysiert. *Scherr* zeigt auf, dass das Wertefundament der westlichen Demokratien vom Postulat der Gleichheit und Nicht-Diskriminierung in den internationalen Menschenrechten zwar getragen ist, diese jedoch mitnichten alle Formen von Diskriminierung verbieten. Diskriminierungen sind nämlich „nützlich“, weil sich dadurch gesellschaftliche (Macht-)Strukturen aufrechterhalten lassen. Exemplarisch dargestellt wird dies an der rechtlich und gesellschaftlich legitimierten Diskriminierung zwischen Staatsangehörigen und Nicht-Staatsangehörigen.

Sieben Eckpunkte ihres Diskriminierungsverständnisses stellen *Maria Kechaja* und *Andreas Foitzik* vor: 1. Absicht und Wirkung von diskriminierenden Verhaltensweisen sind klar zu trennen. Entscheidend ist die Wirkung und nicht die dahinterliegende Absicht; 2. Diskriminierung ist untrennbar mit einem „Othering“ der diskriminierten (Personen)Gruppen verknüpft; 3. Diskriminierung umfasst immer eine strukturelle Dimension und darf nicht auf individuelle Interaktionen reduziert werden; 4. Es bedarf eines machtkritischen Diskriminierungsbegriffs, denn nicht jede benachteiligende Unterscheidung ist schon eine Diskriminierung; 5. Die Erfahrungen von diskriminierten (Personen-)Gruppen sind keinesfalls mit „persönlicher Empfindlichkeit“ zu assoziieren, sondern als spezifische Vulnerabilität – bedingt durch permanente gesellschaftliche Ausschlüsse – einzuordnen; 6. Diskriminierungserfahrungen eröffnen gleichzeitig auch Raum für widerständige Praxen und Selbstbemächtigung; 7. die kritische Reflexion der eigenen privilegierten Position und „Powersharing“, also Machtteilung mit diskriminierten (Personen-)Gruppen, sind essentiell.

Im zweiten Teil des Sammelbandes werden verschiedene Räume von (Anti-)Diskriminierung sichtbar gemacht – allen voran der Hochschulkontext und universitäre Räume. *Rebecca Hahn*, *Anya Heise-von der Lippe* und *Nicole Hirschfelder* setzen sich mit den diskriminierenden Strukturen für weibliche Wissenschaftlerinnen an Universitäten auseinander und skizzieren das Idealbild einer intersektional-feministisch orientierten Universität. Die Umsetzungsdefizite eines aktiven Diskriminierungsschutzes an deutschen Hochschulen diskutiert *Andreas Foitzik* mit *Nathalie Schlenzka*, Referentin der Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Es zeigt sich, dass erstens nach wie vor eine unzureichende Datenlage in Bezug auf Diskriminierungen an deutschen Hochschulen existiert. Das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz<sup>4</sup> (AGG) greift im Hinblick auf den Diskriminierungsschutz nur für Universitätsangehörige, nicht aber für Studierende. Es zeigt

3 S für weiterführende Informationen die Website des Vereins unter <https://adis-ev.de/> (17.1.2022).

4 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz v 14.8.2006 (BGBl I S 1897), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes v 3.4.2013 (BGBl I S 610) geändert worden ist.

sich zweitens, dass entsprechende Beschwerde- und Rechtsschutzmöglichkeiten an etlichen deutschen Hochschulen – insb für Studierende – nicht entsprechend gegeben sind. *Sebastian Engelmann* und *Gero Bauer* skizzieren in ihrem Beitrag wiederum Elemente einer queeren Hochschuldidaktik, die zwingend auch Überlegungen zu Empowerment umfasst. Queere Hochschuldidaktik bewegt sich zwangsläufig im Spannungsverhältnis von Normalisierung und Widerständigkeit.

Die nachfolgenden Beiträge von *Jessica Heesen*, *Karoline Reinhardt* und *Laura Schelenz* auf der einen und von *Renate Baumgartner* auf der anderen Seite beleuchten ein relativ neues Problemfeld: Diskriminierungen aufgrund entsprechend programmierter Algorithmen oder durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI). Während der Beitrag von *Heesen/Reinhardt/Schelenz* grundsätzlich danach fragt, warum Algorithmen diskriminieren und wie dies vermieden werden kann, setzt sich *Baumgartner* speziell mit KI im medizinischen Bereich und mit der Frage auseinander, ob der Einsatz scheinbar objektiver KI zu mehr Gleichbehandlung im Gesundheitsbereich führt oder nicht.

Den Abschluss des 2. Teils bilden zwei Beiträge, die sich mit Geschlechterdiskriminierung und den nach wie vor einzementierten Heteronormativitätsvorstellungen in der katholischen und evangelischen Amtskirche auseinandersetzen. *Michael Schüßler* zeigt, dass die katholische Kirche – trotz einiger Entwicklungen – nach wie vor von einer eindeutigen Geschlechterdichotomie ausgeht und Diskriminierung von Gendervielfalt als Teil der katholischen Identitätspolitik zu qualifizieren ist. „Keine Trauung für alle“, so lautet wiederum der Titel des Beitrags von *Birgit Weyel*, in dem analysiert wird, wie und auf welchen Ebenen die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Ehepaare in der Evangelischen Landeskirche in Württemberg erfolgt.

Im dritten und letzten Teil des Sammelbandes werden die verschiedenen Dimensionen von Diskriminierung und Antidiskriminierungsstrategien beleuchtet. Dass unterschiedliche (Personen-)Gruppen, die gleichermaßen Diskriminierung erfahren, nicht automatisch solidarisch zueinanderstehen oder als miteinander solidarisch wahrgenommen werden, ist Thema des Beitrags von *Ozan Zakariya Keskinkılıç* und *Armin Langer*. Sie gehen den Potentialen und Herausforderungen solidarischer Allianzen zwischen Jüd\*innen und Muslim\*innen nach und zeigen, dass es Überschneidungen zwischen Antisemitismus und antimuslimischem Rassismus gibt. Mit den Diskriminierungserfahrungen von Trans\*Personen beschäftigt sich *Barbara Stauber* im Gespräch mit *Mari Günther*, tätig in einer Trans\*-Beratungsstelle. Im Gespräch werden nicht nur Einblicke in die Beratungspraxis gegeben, sondern vor allem auf den rechtlichen Rahmen des Transsexuellengesetzes<sup>5</sup> (TSG) eingegangen, welches den europäischen und internationalen rechtlichen Vorgaben nach wie vor hinterherhinkt und dadurch die (Grund-)Rechte von Trans\*Personen in Deutschland nicht ausreichend geschützt sind.

Der Beitrag von *Petra Flieger* und *Volker Schönwiese* ist der einzige Beitrag im Sammelband, der den spezifischen Diskriminierungserfahrungen von Menschen mit Behinderun-

<sup>5</sup> Transsexuellengesetz v 10.9.1980 (BGBl I S 1654), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes v 20.7.2017 (BGBl I S 2787) geändert worden ist.

gen expliziten Raum gibt. Es werden die vielfältigen Formen von Diskriminierungen im Alltag dargestellt – allen voran aufgrund mangelnder Barrierefreiheit. *Flieger* und *Schönwiese* skizzieren zudem die Utopie einer inklusiven Gesellschaft, in der Menschen mit Behinderungen gleichwertig und gleichberechtigt einen gesellschaftlichen Platz einnehmen. Den Abschluss des dritten Teils und gesamten Sammelbandes bilden zwei Beiträge, die sich mit rassistischer Diskriminierung und Klassismus aus der Perspektive der Sozialen Arbeit auseinandersetzen. Im Gespräch mit *Maria Kechaja* macht sich *Teresa Cersan*, ua Jugendarbeitende in einem Jugendkulturprojekt, Gedanken über die traumatischen Folgen von Rassismus und den Umgang von Sozialarbeitenden damit. Plädiert wird etwa auch dafür, dass rassistische Erfahrungen als Ursache von Traumatisierungen in den offiziellen medizinischen Klassifikationssystemen des ICD-10-GM<sup>6</sup> und des DSM-5<sup>7</sup> Berücksichtigung finden sollten. Im Beitrag von *Lena Hezel* wird gefragt, inwieweit Armut eine Diskriminierung darstellt. Diskriminierung aufgrund von Klassismus – also Diskriminierung iZm sozialer Herkunft – ist eine noch vielfach unzureichend analysierte Dimension von Diskriminierung. Gerade im Kontext der Sozialen Arbeit ist sie jedoch von besonderer Bedeutung, denn deren Adressat\*innen sind vielfach von Armut betroffen. Es bedarf nicht nur eines professionellen Umgangs mit dem Thema Armut, sondern va einer Veränderung gesellschaftlicher Strukturen, um Klassismus zu überwinden.

### 3. Fazit

Auch wenn der vorliegende Sammelband auf die deutsche Situation rekurriert, lassen sich die aufgeworfenen Problem- und Fragestellungen weitestgehend auf Österreich übertragen. Der Sammelband bietet eine abwechslungs- und facettenreiche Auseinandersetzung mit den Themen Diskriminierung, Antidiskriminierung und Empowerment. Lesende mit den unterschiedlichsten (professionellen) Hintergründen finden hier mit Sicherheit wichtige theoretische Inputs und praktische Anregungen. Einzig die Rolle des Rechts im Kontext von Diskriminierung wird nur sehr cursorisch und je nach Beitragsfokus – wenn – themenspezifisch angeschnitten. Ein eigener Grundlagenbeitrag zB zum aktuellen Stand des deutschen Antidiskriminierungsrechtes oder anderer relevanter (Antidiskriminierungs-)Gesetze und damit verbundene Umsetzungsprobleme hätten den vorliegenden Sammelband zusätzlich bereichert. Dies wäre auch im Sinne seines Anspruchs nach Multiperspektivität gewesen.

Mag.<sup>a</sup> Nina Eckstein, MA ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Legal Gender Studies Institut der JKU Linz, Lehrende an der FH Campus Wien und St. Pölten sowie Redaktionsmitglied des *juridikum*; nina.eckstein@gmx.at

---

6 S *Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte*, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme 10. Revision, [www.dimdi.de/static/de/klassifikationen/icd/icd-10-gm/kode-suche/htmlgm2022/](http://www.dimdi.de/static/de/klassifikationen/icd/icd-10-gm/kode-suche/htmlgm2022/) (17.1.2022).

7 S *American Psychiatric Association*, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5-TR), [www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm](http://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm) (17.1.2022).

# Mit der Sulm durch alle Instanzen

Wie ein Kleinwasserkraftwerk alle Gerichte Österreichs und darüber hinaus beschäftigt

Gregor Schamschula

---

## 1. Einleitung

„Durch alle Instanzen gehen“ beschreibt in der Regel Verfahren, die bei einem Höchstgericht landen. Doch es gibt Projekte, die schaffen noch mehr und zeigen so auf, wie starr österreichisches Verfahrensrecht sein kann, gerade auch wenn es auf Unionsrecht trifft. Das Kraftwerk *Schwarze Sulm*, ein seit den frühen 2000ern geplantes Projekt mit dem in der Steiermark einer der letzten freien Gebirgsflüsse Österreichs verbaut werden soll, hat so mittlerweile die meisten Gerichtstypen beschäftigt, teils mehrfach.

## 2. Genehmigt – Geändert – Gehoben

2007<sup>1</sup> erhielt das Projekt Kleinwasserkraftwerk Schwarze Sulm erstmals eine wasserrechtliche Genehmigung für Errichtung und Betrieb des Standortes, doch das vermeintliche Glück währte nur kurz. Das zuständige Bundesministerium für Landwirtschaft, Regionen und Tourismus (BMLRT)<sup>2</sup> behob wenige Wochen später den Genehmigungsbescheid nach einer Berufung des wasserwirtschaftlichen Planungsorgans, da es das übergeordnete öffentliche Interesse an der Verschlechterung der Gewässerqualität für den geringen Stromertrag nicht als gegeben ansah. Diese Aufhebung wurde angefochten, in Form einer Beschwerde beim VfGH, der dieser 2012 auch folgte. Der Gerichtshof hob nämlich die Parteistellung und Rechtsmittelbefugnis des Planungsorganes auf, da dieses weisungsgebundener Teil der Rechtsmittelinstanz BMLFUW war.<sup>3</sup> Die Aufhebung der Aufhebung als Wiederbelebung der Genehmigung.

2012 noch nicht Teil des Verfahrens waren die Umweltschutzorganisationen, die über die damals noch wenig bekannte *Aarhus Konvention*<sup>4</sup> versuchten, Zugang zum Verfah-

---

1 Vgl *Eisenberger/Hofmann/Bayer*, EuGH und VwGH beenden die 17-jährige Odyssee durch die Stromschnellen von WRG und WRRL, RdU-U&T 2016, 122.

2 Damals noch Bundesministerium für Land- und Fortwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, BMLFUW.

3 VfGH 16.3.2012, VfSlg 19.636/2012.

4 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus Konvention), 25.6.1998, 2161 UNTS 447.

ren zu erlangen, der ihnen nach nationalem Recht allein nicht zustand.<sup>5</sup> Ihren Rechtsmitteln widersprachen der LH der Steiermark,<sup>6</sup> wenig später das LVwG<sup>7</sup> und der VwGH<sup>8</sup>. Zwischenzeitlich setzte sich auch der EuGH mit dem Projekt auseinander, die EU-Kommission (EK) erhob Klage gegen Österreich aufgrund der Genehmigung eines solchen Eingriffes in das unionsrechtliche Verschlechterungsverbot der Wasserrahmen-RL vor dem EuGH.<sup>9</sup> Die Klage wurde aufgrund mangelnder Beweismittel der EK vom Gerichtshof schließlich abgewiesen.

### 3. Neue Parteien betreten das Parkett

In der Regel enden rechtliche Streits über ein Projekt mit einer Entscheidung des EuGH und dessen nationaler Implementierung, nicht so hier. Zurück in Österreich wurde nämlich das Projekt adaptiert, nach Aufforderung des BMLFUW sollte eine Änderung der Planungen gem § 21a WRG<sup>10</sup> erfolgen. In einem solchen Verfahren schreibt das Ministerium den Projektwerbenden bestimmte Adaptionen vor und verlangt eine Nachreichung bestimmter Maßnahmen. Auch in diesem Fall: Das Projekt wurde angepasst, die Stelle, an der Wasser aus dem Fluss entnommen werden soll, geändert, sowohl was die Länge der betroffenen Strecke, als auch die Flussseite betrifft. Diese Änderungen wurden 2017 von der Landesregierung als Wasserrechtsbehörde genehmigt, die Genehmigung von Umweltschutzorganisationen beim LVwG beschwert. Diesen stand zum damaligen Zeitpunkt zwar noch kein Rechtsmittel zu, ein EuGH-Urteil im selben Jahr erschütterte jedoch diese österreichische Weigerung der Einbeziehung der betroffenen Öffentlichkeit in seinen Grundfesten.<sup>11</sup> Die Rechtsmittelbefugnis wurde in der Folge zuerst höchstgerichtlich, später auch legislativ<sup>12</sup> umgesetzt und das LVwG musste sich erstmals inhaltlich mit den Vorbringen der Umweltschutzorganisationen auseinandersetzen. Dennoch folgte in der Sache vorerst eine Zurückweisung: Das Verfahren nach § 21a WRG sei ein Einparteienverfahren und daher einer Kontrolle nicht zugänglich.<sup>13</sup> Eine Entscheidung, die der VwGH 2021 aufhob und – einmal mehr – Umweltschutzorganisationen Rechte über den Wortlaut des österreichischen Gesetzes hinaus einräumte.<sup>14</sup> Der Fall geht weiter.

Der Versuch, das Projekt im Rahmen einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) abzuhandeln – wo Umweltschutzorganisationen bereits länger Parteistellung hatten – wurde

---

5 Vgl. *Schamschula*, Hausgemachte Rechtsunsicherheit im Umweltrecht, *juridikum* 2017, 345.

6 LH der Stmk 22.7.2016, ABT13–32.00–297/2012–207.

7 LVwG 8.5.2018, LVwG 41.34-835/2018.

8 VwGH 25.4.2019, Ra 2018/07/0410.

9 EuGH 4.5.2016, C-346/14, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2016:322.

10 BGBl 1959/215 idF 2013/98 (unverändert im Rechtsbestand).

11 EuGH 20.12.2017, C-664/15, *Protect*, ECLI:EU:C:2017:987.

12 Aarhus-Beteiligungsgesetz 2018 BGBl 2018/73.

13 LVwG Stmk 12.3.2020, LVwG 46.24-2357/2019-39.

14 VwGH 14.9.2021, Ra 2020/07/0056 bis 0057-10.

vom BVwG<sup>15</sup> und dem VwGH<sup>16</sup> abgelehnt. Die Schwelle zur Durchführung eines solchen Verfahrens liegt bei einer Engpassleistung von 15 Megawatt (MW), das Projekt hat jedoch nur 5 MW. Die vorgebrachte Kumulation mit dem flussaufwärts geplanten Pumpspeicherkraftwerk Koralm wurde von den Gerichten verneint. Letzteres wurde im Rahmen einer eigenen UVP genehmigt, scheint jedoch als eines jener UVP-Verfahren auf, die zu einer Zeit in der Steiermark durchgeführt wurden, die derzeit von der Staatsanwaltschaft bzw WKStA aufgrund von Vorwürfen des Amtsmissbrauchs und der Bestechlichkeit untersucht werden.<sup>17</sup> Es gilt die Unschuldsvermutung.

Der VfGH wurde bereits 2012 mit dem Fall *Schwarze Sulm* befasst, indem er die Aufhebung durch die 2. Instanz – dem Minister – seinerseits aufhob. Die Begründung: das Rechtsmittel wurde vom wasserwirtschaftlichen Planungsorgan, einem Aufsichtsorgan als Teil des Ministeriums, erhoben. Eben jenem Ministerium, welches auch über den Einspruch entschied. Diese Unvereinbarkeit führte somit zum Wiederaufleben der originalen Genehmigung. Der VwGH als zweites Höchstgericht entschied bereits zwei Mal über Rechtsmittel in dem Fall, zuletzt gewährte er 2021 anerkannten Umweltorganisationen Parteistellung im wasserrechtlichen Änderungsverfahren, die aufgrund der fehlenden Umsetzung der 1998 (!) unterschriebenen *Aarhus Konvention* durch Österreich zu gewähren war.

#### 4. Exkurs ins Zivilrecht

Neben dem Verwaltungsrechtsweg wurde über das Kraftwerk *Schwarze Sulm* auch bereits vor den Zivilgerichten gestritten. Die Grüne Politikerin *Sabine Jungwirth* hatte bei der Blockade der Baustelle für das Kraftwerk mitgewirkt und dieses als „Umweltverbrechen“ und „Desaster im Naturschutz“ bezeichnet. Sie wurde vom Projektwerber auf Unterlassung geklagt und unterlag in erster Instanz beim LG. Das OLG Graz gestand *Jungwirth* schließlich zumindest zu, dass diese weiterhin von einem „Umweltverbrechen“ sprechen dürfe. Einzig der Gang zum OGH wurde ausgelassen.<sup>18</sup>

#### 5. Conclusio

Das Projekt Kraftwerk *Schwarze Sulm* beschäftigt seit vielen Jahren wohl ebenso viele Behörden. Dabei zeigt es auch den zunehmenden Druck auf weitere Projekte in stark ausgebauten Bereichen. Über 5.200 Wasserkraftanlagen prägen die österreichischen Flüsse, jedes dritte derzeit zusätzlich geplante Kraftwerk befindet sich bereits in Schutzgebiete-

15 BVwG 24.7.2018, W270 2188379-1/63.E.

16 VwGH 8.10.2020, Ra 2018/07/0447.

17 NN, 9.11.2021, UVP „auf Bestellung“: Staatsanwalt ermittelt, steiermark.orf.at 9.11.2021, <https://steiermark.orf.at/stories/3129184/> (12.12.2021).

18 APA, Schwarze Sulm: Rechtsstreit zwischen Bauherr und Grünen entschieden, derstandard.at 19.11.2015, [www.derstandard.at/2000026046135/](http://www.derstandard.at/2000026046135/) (12.12.2021).

ten. Gleichzeitig ist nur jede fünfte Anlage im Einklang mit ökologischen Mindeststandards was etwa die Durchgängigkeit für oft gefährdete Fischarten betrifft.<sup>19</sup> Ein Ausbau der *Erneuerbaren* ist zum Klimaschutz zwar nötig, jedoch ist der Energiegewinn immer mit den lokalen Auswirkungen auf die Natur abzuwägen. Zerstörte Ökosysteme können kein CO<sub>2</sub> speichern.<sup>20</sup> Für das österreichische Rechtssystem ist aus dem Fall *Schwarze Sulm* zu gewinnen, dass eine von Beginn an korrekte und vollständige Umsetzung von Beteiligungsrechten und Rechtsschutz für die betroffene Öffentlichkeit unnötige Verfahrensgänge und damit -dauer verhindert hätte. So befasst aktuell das Kleinwasserkraftwerk österreichische Behörden auch weiterhin.

Mag. Gregor Schamschula arbeitet als Umweltjurist bei der österreichischen Umweltschutzorganisation ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung; gregor.schamschula@oekobuero.at

---

19 WWF, Wasserkraft in Österreich, [www.wwf.at/das-schuetzen-wir/fluesse/wasserkraft-in-oesterreich/](http://www.wwf.at/das-schuetzen-wir/fluesse/wasserkraft-in-oesterreich/) (12.12.2021).  
20 IPCC/Pörtner et al, Climate Change 2022 Impacts, Adaptation and Vulnerability, 2022, 22.

# Nackerner Wein

## Überlegungen zu einer rechtlichen Fassung des Begriffs „Naturwein“

Valerie Purth-Eisendle

---

### 1. Einleitung

„Naturwein“ – *raw wine, naked wine, vino naturale* oder auch *vin artisanal* – ist seit einiger Zeit und jedenfalls in bestimmten Kreisen in aller Munde. Wenn man mit Winzer:innen spricht, stellt sich schnell heraus, dass es bei Naturwein um mehr als um fesche Etiketten und hippe Events geht: nämlich um die Produktion von möglichst naturbelasstem Wein rein aus Trauben, der regionale Besonderheiten widerspiegelt, und mit einem gewissen ethischen Anspruch produziert wird. (Wein-)Rechtlich wirft das Fragen auf: Wieso gibt es bislang keine rechtliche Definition? Was würde dafür, was dagegen sprechen, den Begriff rechtlich fassbar zu machen?

### 2. Wein als Rechtsobjekt – wie kommt der Wein zu seinem Namen?

Die Frage, wie Weine zu ihren Bezeichnungen kommen, ist nicht zuletzt auch eine juristische: In den Rechtsgrundlagen – dem österreichischen Weingesetz<sup>1</sup>, der Weinbezeichnungsverordnung<sup>2</sup> sowie dem EU-Weinrecht<sup>3</sup> – finden sich Angaben dazu.

#### 2.1. „Naturwein“ und „natural wine“

Das Weingesetz kennt den Begriff „Naturwein“ nicht. Die Weinbezeichnungsverordnung erwähnt „Naturwein“ in § 1 Abs 9: „Angaben wie ‚Naturwein‘ sind bei sämtlichen Weinen nicht zulässig“. Kriterien finden sich jedoch für „natural wine“. Diese Bezeichnung ist für gewisse Weine zulässig: Landweine,<sup>4</sup> nämlich, sowie Weine mit Angabe von Rebsorten und Jahrgang und ohne nähere Herkunftsbezeichnung als Österreich sowie Weine ohne Angabe von Rebsorten und Jahrgang und ohne nähere Herkunftsbezeichnung als Österreich, die jeweils aus biologischer Landwirtschaft stammen. Weiters darf „bei diesen Weinen keine Anreicherung zur Erhöhung des natürlichen Alkoholgehaltes, keine

---

1 Weingesetz 2009 BGBl I 2009/111 idF BGBl I 2019/48.

2 Weinbezeichnungsverordnung BGBl II 2011/111 idF BGBl II 2018/184.

3 EK, EU-Weinrecht, [ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/plants-and-plant-products/plant-products/wine/eu-wine-legislation\\_de](http://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/plants-and-plant-products/plant-products/wine/eu-wine-legislation_de) (3.1.2022).

4 Die Kriterien für „Landwein“ finden sich in § 9 Weingesetz.

Süßung und kein Zusatz von Weinbehandlungsmitteln außer Bentonit und schwefliger Säure erfolgen; der zulässige Höchstgehalt an schwefliger Säure beträgt 70 mg/l inklusive der Analysetoleranz.“<sup>5</sup> Bei natural wine ist laut Weinbezeichnungsverordnung eine Trübung<sup>6</sup> und eine oxidative Note<sup>7</sup> nicht als Weinfehler anzusehen.

## 2.2. Orange Wine und Naturwein

Oftmals im selben Begriffskluster zu finden wie Naturwein ist „orange wine“ bzw „Orange Wein“, der sich durch seine orangene Farbe und eine spezielle Produktionsweise auszeichnet. Die Weinbezeichnungsverordnung kennt beide Begriffe, und setzt sie bzgl der genannten Kriterien mit natural wine-Kriterien gleich – allerdings muss orange wine im Gegensatz zu natural wine nicht aus biologischer Landwirtschaft stammen. Dies mE wohl auch aufgrund der Verwechslungsgefahr – zwar stammen die Ursprünge von orange wine in Georgien und Slowenien/Nordostitalien aus naturnaher (wenn auch nicht immer biologisch zertifizierter) Produktion, jedoch gilt dies nicht zwingenderweise für jeden orange wine. Vielmehr wird der seit einigen Jahren „trendende“ Begriff auch von konventionellen (Groß-)Betrieben genutzt, um ein Stück vom Marketingkuchen mitzuschneiden.<sup>8</sup>

## 2.3. Biowein und Naturwein

Eine weitere Verwechslungsgefahr zu Naturwein liegt bei biologisch (ökologisch) produziertem Wein. Auch wenn jeder Naturwein biologisch produziert wird bzw werden sollte, entscheiden sich die Produzent:innen uU gegen die Zertifizierung und die Führung eines Bio-Siegels,<sup>9</sup> sei es aus Mangel an Zeit und/oder Geld oder weil es für den Vertrieb an ihre Zielgruppe keine Rolle spielt. Auf der anderen Seite ist bei weitem nicht jeder Bio-Wein ein Naturwein. Naturwein-Produzent:innen verzichten auf sämtliche Zusatzstoffe (mit der etwaigen Ausnahme von Schwefel), während Bio-Produzent:innen zwar nicht dasselbe (horrende!) Sortiment an Pflanzenschutzmitteln und Zusatzstoffen verwenden dürfen wie konventionelle Produzent:innen,<sup>10</sup> aber dennoch eine nicht zu gerin-

5 § 1 Abs 9 Weinbezeichnungsverordnung.

6 Eine Trübung kann ein Zeichen für ungefilterten Wein sein, wiewohl nicht jeder ungefilterte Wein trüb sein muss.

7 „Oxidation“ bezeichnet den Kontakt des Weines mit Sauerstoff; dieser kann beabsichtigt oder unbeabsichtigt erfolgen und verändert Farbe, Geruch und Geschmack. Die Zugabe von Schwefel verhindert Oxidation und ist in der Naturwein-Szene heftig umstritten. Vereinfacht gesagt: Während eine Fraktion den absoluten Verzicht auf zusätzlichen Schwefel zum Dogma bei der Herstellung von Naturwein erhoben hat im Sinne von „no intervention“, verwenden andere Naturwein-Winzer:innen geringe bis geringste Mengen an Schwefel, um die Weine vor Oxidation zu schützen.

8 *Legeron, Natural Wine. An introduction to organic and biodynamic wines made naturally (2014/2017)* 164.

9 Innerhalb der EU ist bei Bioprodukten das EU-Bio-Logo verpflichtend anzuführen; vgl VO (EU) 271/2010 d Kommission v 24.3.2010 zur Änderung der VO (EG) 889/2008 mit Durchführungsvorschriften zur VO (EG) 834/2007 d Rates hinsichtlich des Logos der Europäischen Union für ökologische/biologische Produktion, 1. Zudem gibt es strengere, teils regionale Bio-Siegel von Produktionsverbänden wie Bio Austria.

10 VO (EG) 606/2009 d Kommission v 10.7.2009 mit Durchführungsbestimmungen zur VO (EG) 479/2008 d Rates hinsichtlich der Weinbauerzeugnikategorien, der ökologischen Verfahren und der diesbezüglichen Einschränkungen; vgl auch *Bordthäuser, Reiner Wein? Was drin ist und nicht draufsteht: Zusatzstoffe und co*, efflee.de, www.efflee.de/reiner-wein-was-drin-ist-und-nicht-draufsteht/ (3.1.2022).

ge Auswahl haben.<sup>11</sup> Wesentlich ist, dass weder konventionelle noch Bio-Weine eine Angabe über die verwendeten Pflanzenschutzmittel und Zusatzstoffe auf dem Etikett führen müssen – Wein gilt EU-rechtlich als Genussmittel, und nicht als Lebensmittel, und daher müssen lediglich Allergene (darunter Schwefel ab einer bestimmten Grenzmenge) angeführt werden.

### 3. Wie weiter?

Naturwein ist also in Österreich ein rechtlich unzulässiger Begriff, für die Bezeichnung natural wine gibt es einige wenige Regeln bzw Einschränkungen. Zudem gibt es Verwechslungsgefahren mit den geregelten Begriffen biologisch produzierter Wein und orange wine.

#### 3.1. Aus Konsument:innensicht

Aus Konsument:innensicht ist dies durchaus frustrierend. Wiewohl das aktuell geltende Verbot des Begriffs Naturwein in Hinblick auf das Verbot irreführender Bezeichnungen in § 19 Weingesetz ebenfalls von Konsument:innenschutzgedanken getragen sein dürfte, würde eine klare Regelung hier wohl Abhilfe schaffen. Diese Regelung müsste jedenfalls sowohl die Anbaubedingungen der Trauben (biologisch oder biodynamisch, Handlese) sowie die Produktionsbedingungen im Weinkeller (Spontanvergärung, kein Schönen, Färben, Filtern, keine Zugabe von Zusatzstoffen mit Ausnahme von einer minimalen Menge Schwefel) im Blick haben.<sup>12</sup> Genau genommen müsste die Definition auch die Arbeitsbedingungen der Saisonarbeiter:innen umfassen; die Diskussion rund um ethische Arbeitsbedingungen im Naturweinbau ist zwar noch relativ frisch,<sup>13</sup> aber mE in ihrer Bedeutung für einen „ganzheitlichen“ Ansatz in der Produktion höchst relevant.

#### 3.2. Aus Produzent:innensicht

Gegen eine rechtliche Fassung des Begriffes spräche die damit einhergehende Verpflichtung, ihn auch zu verwenden; einige Winzer:innen, die nach den genannten Kriterien Wein produzieren, lehnen den Begriff nämlich ab.<sup>14</sup> Zu aufgeheizt sei die Diskussion, zu dehnbar und letztlich nichtssagend der Begriff, zu verwirrend die Gegenüberstellung Na-

---

11 VO (EG) 889/2008 d Kommission v 5.9.2008 mit Durchführungsvorschriften zur VO (EG) 834/2007 d Rates über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen hinsichtlich der ökologischen/biologischen Produktion, Kennzeichnung und Kontrolle.

12 S auch *Feiring*, Natural Wine for the People (2019) 7.

13 *Kathawala*, Fair Labor Practices enter the Natural Wine Conversation, [daily.seventiffty.com](http://daily.seventiffty.com) (28.5.2021), [www.daily.seventiffty.com/fair-labor-practices-enter-the-natural-wine-conversation](http://www.daily.seventiffty.com/fair-labor-practices-enter-the-natural-wine-conversation) (3.1.2022).

14 *Legeron*, Natural Wine 21.

tur/Kultur.<sup>15</sup> Diese Winzer:innen bevorzugen uU Begriffe wie „low intervention wine“ oder „handwerklich gemachter Wein“ oder vermeiden das „Schubladisieren“ generell. Europaweit haben sich „bottum up“-Initiativen gebildet, um selbstverwaltete Richtlinien zur Bezeichnung von Naturwein, zumeist jedoch unter Verwendung anderer Begriffe, zu erlassen, so etwa die Vereinigung „vinnatur“, bestehend aus rund 170 hauptsächlich italienischen Produzent:innen.<sup>16</sup> In Frankreich haben zehn Jahre dauernde Verhandlungen zwischen der Ökowinzer:innen-Vereinigung „Natural Wines Union“, dem französischen Landwirtschaftsministerium, sowie den zuständigen Genehmigungsbehörden zu einer Einigung auf eine Definition der Erzeugungsbedingungen für eine neue, offizielle Kategorie „vin méthode nature“ geführt. Mit dem Jahrgang 2020 startete eine dreijährige Probephase.<sup>17</sup>

### 3.3. Die Sache mit den Zusatzstoffen oder: Für mehr Transparenz auf den Etiketten!

Was aus meiner Sicht zu einer Lösung beitragen könnte, wäre die verpflichtende Anführung von Zusatzstoffen auf den Etiketten. Schon jetzt behelfen sich manche Naturwein-Produzent:innen mit freiwilligen und durchaus als Ansage zu verstehenden Angaben wie „Dieser Wein wurde ausschließlich aus Trauben gemacht“<sup>18</sup>. Wenn sich auf jeder Flasche transparente verpflichtende Angaben dazu finden müssten, was sie enthält, so könnte der:die Konsument:in leicht erkennen, welche Weine Naturwein sind und welche nicht. Und zwar ganz ohne Verwendung des umstrittenen Begriffs Naturwein.

Valerie Purth-Eisendle ist Juristin, trinkt am liebsten Pét-Nat und bloggt unregelmäßig als @valerietrinktwein über all things wine.

---

15 Vgl bspw *Weninger*, Natur Wein, [www.weninger.com/de/faqs](http://www.weninger.com/de/faqs) (3.1.2022).

16 *vinnatur*, [www.vinnatur.org](http://www.vinnatur.org) (3.1.2022).

17 *wein.plus*, Neue Weinkategorie „vin méthode nature“ in Frankreich ab Jahrgang 2020, [magazin.wein.plus](http://magazin.wein.plus) (26.3.2020), [www.magazin.wein.plus/news/neue-weinkategorie-vin-methode-nature-in-frankreich-ab-jahrgang-2020-franzoesische-institute-und-behoerde-verabschieden-bezeichnung](http://www.magazin.wein.plus/news/neue-weinkategorie-vin-methode-nature-in-frankreich-ab-jahrgang-2020-franzoesische-institute-und-behoerde-verabschieden-bezeichnung) (3.1.2022).

18 So etwa der Winzer *Gottfried Lamprecht* (Herrenhof Lamprecht in Pöllau, Steiermark), auf dessen Weinen „Buchertberg rot“ bzw „Buchertberg weiß“ sich die Angabe „Ingredients: grapes from Buchertberg vineyard, contains sulfites, enthält Sulfite, that’s all!“ findet.

# Über Kontroversen zur gerichtlichen Verwertbarkeit der Suchergebnisse von „Mantrailer-Hunden“

Florian Krahrmer<sup>1</sup>

---

Der Mensch als limitiertes Wesen versucht beständig seine Fähigkeiten durch Hilfsmittel zu erweitern und in diesem Sinne werden auch Tiere verwendet. Das Besondere an ihnen ist jedoch, dass sie, anders als Maschinen, individuell abgestufte Fähigkeiten besitzen und es deswegen nicht immer eindeutig ist, wann ein Tier etwas macht und warum es dies tut. Besondere Relevanz bekommt dies, wenn Tiere als „Mantrailer“ bei der Polizei verwendet werden. Dabei handelt es sich um Personensuchhunde, die darauf trainiert werden, den menschlichen Individualgeruch zu erkennen, und anzuzeigen, ob eine Person sich an einem (Tat-)Ort aufgehalten hat und welchen Weg sie gegangen ist. Darüber, ob Diensthunde dies wirklich können und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, ist in der Wissenschaft und in der Praxis seit einiger Zeit ein heftiger Streit entbrannt. Seit ca. Anfang der 2000er-Jahre werden Mantrailer bei den unterschiedlichen Polizeien in Deutschland eingesetzt. Zunächst gab es hierzu polizeiintern erhebliche Konflikte zwischen den Hundeführer\*innen, wie der Autor dieses Textes in seiner ethnographischen Arbeit feststellen konnte. Seit der Veröffentlichung einer Studie der Universität Leipzig ist die Kontroverse auch in der breiteren Öffentlichkeit in Deutschland angekommen (ua berichtete der *Spiegel*<sup>2</sup>, die *Leipziger Volkszeitung*<sup>3</sup> und die *Süddeutsche Zeitung*<sup>4</sup>).

Das Institut für Rechtsmedizin der Universität Leipzig veröffentlichte zusammen mit der Hochschule der Sächsischen Polizei 2018 eine Studie, wonach eine 82 %ige Treffergenauigkeit von „Mantrailern“ nachgewiesen worden sei und Belege gefunden worden seien, dass „Mantrailer“ DNA riechen könnten.<sup>5</sup> Eine Kritik an der Studie erfolgte ua

---

1 Der Beitrag ist eine überarbeitete Version eines Unterkapitels einer bisher noch nicht veröffentlichten politikwissenschaftlichen Arbeit zum Thema Transformation des Polizierens am Bsp sächsischer Sicherheitsakteure. Der Ursprungstext beinhaltet mehrere Passagen aus qualitativen Forschungsinterviews, die hier nicht wiedergegeben werden. Für die vorliegende Veröffentlichung wurde der Text um einige juristische Verweise ergänzt, bleibt aber weiterhin ein politikwissenschaftlicher Beitrag.

2 *Thadusz*, Hermine Irrtum, *Der Spiegel* v 13.2.2021, 100–101.

3 *Wöbking*, Wenn Spürnasen irren: Zweifel an Mantrailer-Studie von Uni Leipzig und sächsischer Polizei, *LVZ* v 25.3.2021, [www.lvz.de/Leipzig/Lokales/Wenn-Spuernasen-irren-Zweifel-an-Mantrailer-Studie-von-Uni-Leipzig-und-saechsischer-Polizei](http://www.lvz.de/Leipzig/Lokales/Wenn-Spuernasen-irren-Zweifel-an-Mantrailer-Studie-von-Uni-Leipzig-und-saechsischer-Polizei) (21.4.2022).

4 *Nimz/Rietzschel*, *Süddeutsche Zeitung* v 10.4.2021, [www.sueddeutsche.de/politik/mantrailer-polizei-sachsen-1.5253190?reduced=true](http://www.sueddeutsche.de/politik/mantrailer-polizei-sachsen-1.5253190?reduced=true) (21.4.2022).

5 *Woidtke/Drefßler/Babian*, Individual human scent as a forensic identifier using mantrailing, *Forensic Science International*, Vol 282, 2018, 111; vgl ergänzte Pressemitteilung der Uni Leipzig v 11.1.2018, [www.uniklinikum-leipzig.de/presse/Seiten/Pressemitteilung\\_6417.aspx](http://www.uniklinikum-leipzig.de/presse/Seiten/Pressemitteilung_6417.aspx) (1.4.2022).

in einer Stellungnahme durch *Kai-Uwe Goss*, Forscher für Umweltchemie am Helmholtz-Zentrum Leipzig.<sup>6</sup> Weitere Kritik an der Studie wurde in forensischen Fachzeitschriften veröffentlicht.<sup>7</sup> Unter Hundeführer\*innen der einzelnen Landespolizeien Deutschlands herrschen ebenfalls unterschiedliche Auffassungen bzgl der Fähigkeiten von „Mantrailern“: Während in Baden-Württemberg Hundeführer\*innen den Einsatz ihrer Tiere mit der Begründung verweigerten, dass die Tat schon zu lange zurückliege, wollte der zuständige Staatsanwalt die „prominenten Mantrailer Hunde aus Sachsen“ anfordern.<sup>8</sup> Bei einer Studie des Arbeitskreises diensthundehaltender Behörden in Deutschland aus dem Jahr 2016 kam bei einer vier Wochen alten und 1.000 m langen Geruchsspur keiner der überprüften Hunde zum Ziel.<sup>9</sup> Diese Studie ist weitgehend unbekannt und wurde auch nicht zur Gänze veröffentlicht. Im Gegensatz dazu wurde die oben erwähnte Studie medial prominent präsentiert, etwa in einem Fernsehbeitrag der Dokureihe „terra X“.<sup>10</sup> Trotz dieser medialen Prominenz wird nunmehr die Wissenschaftlichkeit der Studie stark bezweifelt. So hat die Fachzeitschrift *Forensic Science International*, in der Teile der Studie veröffentlicht wurden, diese mittlerweile mit dem Zusatz versehen, dass sie wissenschaftlichen Kriterien nicht genüge und deswegen nicht als Beleg verwendet werden sollte. Mittlerweile steht sogar der begründete Verdacht im Raum, dass wesentliche Teile der Arbeit gefälscht wurden: Etwa wurden statistisch gesehen nahezu unmöglich wenige Negativproben von den Hundeführer\*innen gezogen.<sup>11</sup>

Dieser Diskurs ist nicht unbedeutend, da die Suchergebnisse von „Mantrailern“ mitunter vor Gericht als Beweismittel verwendet werden. Beispielsweise akzeptierte das Landgericht Regensburg die Suchergebnisse von „Mantrailern“ als Beweismittel in einem Prozess um Brandstiftung.<sup>12</sup> Das Landgericht Frankfurt (Oder) erklärte hingegen in einem Verfahren wegen vorsätzlich herbeigeführter Sprengstoffexplosion erheblichen Zweifel an der Beweiskraft von Mantrailing-Suchergebnissen.<sup>13</sup>

Es ist somit stark umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen die Suchergebnisse von „Mantrailern“ als Beweismittel anerkannt werden. Gegen die Beweiskraft solcher Ergebnisse sprechen einige Kritikpunkte. Der erste bezieht sich auf die Frage, was Hunde bei einem menschlichen Individualgeruch überhaupt riechen und wie lange sich diese Geruchspartikel in der Umwelt halten. Der Bio-Chemiker *Kai-Uwe Goss* geht davon aus, dass es am wahrscheinlichsten ist, dass eine Fährte durch Hautzellen entsteht, die Men-

6 Auszüge der Stellungnahme v 8.3.2018 veröffentlicht in Sächsischer Landtagsdrucksache 6/14483, abrufbar unter <https://edas.landtag.sachsen.de>.

7 *Courts/Euteneuer/Gosch*, There is no evidence that dogs can smell DNA, *Forensic Science International*, April 2019, 14–15.

8 *Thadeusz*, Kalte Spur, *Der Spiegel* v 16.3.2019, 110–111.

9 *Döpke/Klein/Grotzky*, Ausarbeitung alter Individualgeruchsspuren mit PSH (2016), Auszüge veröffentlicht in Sächsische Landtagsdrucksache 6/15483.

10 Sendung „Perfekte Spürnasen“ v 13.3.2019, 3sat, [www.3sat.de/wissen/nano/perfekte-spuernasen-100.html](http://www.3sat.de/wissen/nano/perfekte-spuernasen-100.html) (3.4.2022).

11 *Thadeusz*, Hermines Irrtum, *Der Spiegel* v 13.2.2021, S 100–101.

12 Landgericht Regensburg 13.10.2014, 7 KLS 128 Js 9348/13.

13 Landgericht Frankfurt (Oder) 9.3.2020, 22 KLS30/18.

schen beständig verlieren und die sich auf deren Wegen verteilen.<sup>14</sup> Die Bakterien auf diesen Hautzellen würden weiterhin kurzzeitig aktiv sein und die Hautzellen in einem Stoffwechselprozess zersetzen und dabei den menschlichen Individualgeruch freisetzen. Hierzu dürfen die Zellen aber nicht austrocknen, damit die Bakterien aktiv bleiben. Auch dürfen die Hautzellen nicht zu stark durch externe Einflüsse im Freien, wie etwa Wind, bereits verstreut worden sein, da so eine exakte Spur nicht mehr nachvollzogen werden kann und es zu einer Vermengung mit anderen Geruchsmolekülen kommen kann. Goss geht davon aus, dass der Geruch sich, in Abhängigkeit von äußeren Einflüssen, maximal 24 Stunden hält. Dennoch gibt es Einsatzsituationen, in denen die Polizei „Mantrailer“ auch noch Wochen, bis zu einem Jahr, später einsetzt. In Studien wird immer wieder versucht zu zeigen, dass dies dennoch möglich sein soll.<sup>15</sup>

Dies führt zum zweiten Kritikpunkt: Der Testaufbau der meisten Studien zur Überprüfung der Leistungsfähigkeit von „Mantrailern“, sowie die Trainingssituationen sind so konzipiert, dass am Ende der zu findende Mensch auf die Hunde wartet. Damit ist eine Hochwitterung – der Mensch wird in der Ferne gerochen und nicht die Geruchsspuren auf dem Weg – nicht auszuschließen. Dies wurde auch in einer Studie von *Angelika Wolf* als Designfehler eingeräumt und die Studie daraufhin abgebrochen.<sup>16</sup>

Der dritte Kritikpunkt besteht darin, dass Hunde Menschen sehr genau beobachten und auf kleinste Zeichen reagieren, weshalb es nicht auszuschließen ist, dass die Hundeführer\*innen die Tiere (un)bewusst beeinflussen und dass diese eine Suche aufnehmen, obwohl keine Spur vorhanden ist. Dies wird analog zum „Klugen-Hans-Effekt“ als „Clever-Dog-Effect“ bezeichnet.<sup>17</sup> Wenn Hundeführer\*innen es für plausibel halten, dass eine Person sich am Tatort aufgehalten hat, könnten sie unbewusst die Tiere beeinflussen, eine Spur anzuzeigen. Aufgrund ihres Trainings wissen die Hunde, dass am Ende einer Suche immer eine Belohnung auf sie wartet.

Daran schließt der vierte Kritikpunkt an: Die Trainings- und Prüfungssituationen von „Mantrailern“ bei der Polizei entsprechen nicht dem tatsächlichen Einsatzgeschehen. Am Ende der meist sehr kurzen Strecke (100–500 m) befindet sich die zu suchende Person. Im praktischen Einsatzgeschehen wird das in der Regel nicht der Fall sein (Strafverfolgung) oder es ist nicht sicher (Vermissensuche). Im Grunde lernen die Hunde im Training, anwesende Menschen zu finden und nicht deren zurückgelegten Weg. In Sachsen gilt dementsprechend eine Prüfung zur Zulassung eines Personensuchhundes bei der Sächsischen Polizei auch dann als bestanden, wenn die Tiere nicht spurtreu gelaufen sind, aber die zu findende Person trotzdem gefunden wurde.<sup>18</sup>

14 Goss, Mantrailing as evidence in court?, *Forensic Science International Reports* 2021, Vol 3.

15 Eine Übersicht über diesbezügliche Studien findet sich ua bei *Woidtke*, *Mantrailing – Fakten und Fiktion* (2016), *Rothenburger Beiträge*, Band 83, 35 ff und *Wolf*, *Untersuchung des Einflusses der Alterung menschlicher Geruchsspuren auf die Ausarbeitung der Fährten durch Personensuchhunde*, *Tierärztliche Hochschule Hannover* (2016) 72 ff.

16 *Wolf*, *Untersuchung des Einflusses der Alterung menschlicher Geruchsspuren* 192.

17 *Lit/Schweitzer/Oberbauer*, *Handler beliefs affect scent detection dog outcomes*, *Animal Cognition* 2011, 387–394.

18 *Sächsische Landtagsdrucksache* 6/15348.

2012 hat das Landgericht Nürnberg<sup>19</sup> einen Kriterienkatalog entwickelt, nach welchem es „Mantrailing“ als Beweismittel anerkennt: 1. Die eingesetzten Hunde müssen eine Personensuchhundprüfung der Polizei abgelegt haben, 2. der Geruchsträger muss direkt vom Körper der zu suchenden Person abgenommen worden sein, 3. zwei Personensuchhunde müssen unabhängig voneinander das gleiche Suchergebnis anzeigen und 4. die Suche muss zur gerichtlichen Überprüfbarkeit auf Video aufgezeichnet werden. Bisher ist keine Weiterentwicklung dieses Kriterienkataloges bekannt, bei Gerichtsverfahren in Deutschland wird nach wie vor auf diesen Bezug genommen.<sup>20</sup> Entsprechend des oben Gesagten, sind diese Kriterien jedoch nicht ausreichend, bzw suggerieren in Bezug auf die abzulegende Personensuchhundprüfung Fähigkeiten des Hundes, die nicht Teil der Prüfung sind. Zu wünschen wäre eine höchstgerichtliche Grundsatzentscheidung, in der geklärt wird, ob und unter welchen Voraussetzungen „Mantrailer“ als Beweismittel vor Gericht anerkannt werden können. Bisher fehlt eine solche Klarstellung in Deutschland. Notwendig wäre zudem eine Ergänzung bzw Konkretisierung des Kriterienkatalogs des Landesgerichts Nürnberg. Zwingend erforderlich sollte es sein, dass mittels Negativproben überprüft wird, ob die Hunde auch dann eine Suche beginnen, wenn es keine Spur gibt. Zudem ist grds zu hinterfragen, ob nach Monaten (entsprechend der normalen Dauer eines Gerichtsverfahrens) überhaupt noch Geruchspartikel vorhanden sein können. Goss empfiehlt aus diesen Gründen „Mantrailing“ nicht als Beweismittel vor Gericht anzuerkennen und sich bei der Vermisstensuche auf Spuren von unter 24 Stunden zu beschränken.<sup>21</sup> In Ermangelung eines Grundsatzurteils wird gegenwärtig die Beweiskraft von „Mantrailern“ bei Gerichtsverfahren sehr unterschiedlich bewertet und es hängt viel davon ab, ob dem Gericht und der Strafverteidigung der kontroverse Diskurs um „Mantrailing“ bekannt ist.

Jüngst stellte der Lübecker Oberstaatsanwalt fest, dass „der Forschungs- und Wissensstand für den Einsatz von Spürhunden [...] nicht als abgeschlossen betrachtet werden“<sup>22</sup> kann. Dem muss widersprochen werden, da bisher keine Studien bekannt sind, die nachweisen konnten, dass Personensuchhunde eine Spur menschlichen Individualgeruchs nach mehr als 24 Stunden nachvollziehen konnten. Der letzte Versuch der Universität Leipzig ist wie oben dargestellt gescheitert. Damit sollten nach aktuellem Wissensstand Suchergebnisse von „Mantrailern“ nicht als Beweismittel vor Gericht anerkannt werden.

Florian Krahmer, MA, studierte Politikwissenschaft an der Universität Leipzig. Er forschte und unterrichtete an der Universität Leipzig am Institut für Politikwissenschaft zu Polizeiwissenschaft und Kriminologie und arbeitet nun im Bereich der Extremismusprävention; info@florian-krahmer.de

---

19 Landgericht Nürnberg 13.12.2012, 13 Kls 372 Js 9454/12.

20 Ua Landgericht Lüneburg 7.5.2014, 31 Kls/6001 Js 23887/13, Landgericht Chemnitz 8.10.2014, 250 Js 32750/13.

21 Goss, Mantrailing as evidence in court?, Forensic Science International Reports 2021, Vol 3.

22 Thadeusz, Teures Gassigehen, Der Spiegel v 2.4.2022, 99.

# Kelsen als Feindbild

Clemens Jabloner<sup>1</sup>

---

## 1. Einleitung

Das 100-jährige Jubiläum der österreichischen Bundesverfassung hat ihren Architekten *Hans Kelsen* in das Zentrum der öffentlichen Wahrnehmung geholt. Dabei war die allgemeine Haltung ausgesprochen positiv: *Kelsen* als großer Österreicher.

Freilich war *Kelsen* – zeitlebens und auch danach – höchst umstritten. Als Mensch gemäßigt und zivilisiert,<sup>2</sup> ging er keinem Gegner aus dem Weg. Nun gehört die scharfe Argumentation zum Wesen der Wissenschaft und manches wird auch der überhitzten Atmosphäre der Zwischenkriegszeit und des „Kalten Krieges“ zuzuschreiben sein. Aber doch bleibt ein giftiger Beigeschmack.

Diesem soll im Folgenden nachgespürt und der geglättete *Kelsen* gegen den Strich gebürstet werden, wenn dieses Bild gestattet ist. Denn aus konträren Blickwinkeln galt *Kelsen* als ausgeprägtes „Feindbild“: Von links, von rechts, im Wege einer regelrechten Schuldumkehr – ja auch falsche Freunde stellten sich ein. Einigen besonders scharfen Auseinandersetzungen gilt die folgende – vergrößernde – Skizze.

Dabei ist der Grund für die Heftigkeit auf den ersten Blick nicht leicht zu verstehen. Denn die *Reine Rechtslehre* tritt mit dem gar nicht so spektakulären Programm auf, an der gesellschaftlichen Realität der sozialen Zwangsordnung anzuknüpfen, ohne darauf zu verzichten, sie als Normenordnung, als „Recht“, zu beschreiben.<sup>3</sup> Politisch vertrat *Kelsen* das Ideal der parlamentarischen Demokratie<sup>4</sup> mit einer Zuversicht in eine zivilisierende Funktion des Rechts:<sup>5</sup> Haltungen, die heute – vielleicht gerade noch – zum „juste milieu“ im Sinne des guten Tones gehören. Und doch konnten *Kelsens* Lehren als so bedrohlich empfunden werden, dass daraus nicht nur wissenschaftliche Rivalitäten, sondern tiefe Feindschaften erwuchsen.

---

1 Dieser Beitrag basiert auf einem im Rahmen der Tagung „Verfassungsrecht in Krisenzeiten. Hans Kelsen zwischen Prag und Weimar“ im Jüdischen Museum Wien am 9. September 2021 gehaltenen Referat. Die Vortragsform wurde beibehalten und einige Anmerkungen hinzugefügt.

2 *Olechowski*, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers (2020) 375.

3 Vgl etwa, *Kelsen*, Was ist juristischer Positivismus? Juristen-Zeitung 1965, 465. Die klarste Einführung in die *Reine Rechtslehre* ist bei *Walter*, Hans Kelsens Rechtslehre (1999), zu finden.

4 Zur Demokratielehre vgl grundlegend *H. Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen<sup>2</sup> (1990) 249, *H. Dreier*, ad Hans Kelsen. Rechtspositivist und Demokrat (2021); weiters *Jestaedt/Lepsius*, Der Rechts- und Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung, in *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg), Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie (2006) VII.

5 Besonders deutlich im Völkerrecht – vgl *von Bernsdorff*, Kelsen und das Völkerrecht. Rekonstruktion einer völkerrechtlichen Berufsethik, in *Walter/Jabloner/Zelény* (Hrsg), Hans Kelsen und das Völkerrecht (2004) 143.

## 2. Ein Feindbild für die Rechte

Beginnen wir nun mit der Feindschaft „von rechts“: Sofort betreten wir ein vermintes Gelände. Denn die intellektuelle Feindschaft gegenüber der Gedankenwelt *Kelsens* ist nicht von der Ranküne gegen seine Person zu trennen, wissenschaftliche Debatte und gewöhnlicher Antisemitismus verfließen ineinander. Richtig spricht *Thomas Olechowski* an, dass es sich bei den Wiener Kontroversen mit *Hold-Ferneck* und *Schwind* in Wahrheit um den Versuch zweier antidemokratischer und antisemitischer Professoren gehandelt habe, ihrem persönlichen Feind *Kelsen* auch literarisch zu schaden.<sup>6</sup>

*Kelsen* verdankte seinen keineswegs friktionsfreien Aufstieg den relativ liberalen Verhältnissen der späten Monarchie, die begabten jüdischen Kindern den Weg erleichterten. Doch der Antisemitismus wuchs und wurde in den Jahren nach dem Weltkrieg fast so etwas wie der gemeinsame Nenner aller politischen Bewegungen, jener der Deutschnationalen – besonders an den Universitäten – war bloß um ein Stück virulenter.<sup>7</sup>

Dabei stand *Kelsen* deutschnationalem Denken gar nicht so fern, lesen wir sein ungewohnt pathetisches Bekenntnis von 1923 zum Anschluss Deutschösterreichs an das Deutsche Reich.<sup>8</sup> Freilich wollten dies zu dieser Zeit gerade auch die Sozialdemokrat:innen und es ging ja um die demokratisch-liberale Weimarer Republik.

Die antisemitischen Angriffe wurden intensiver, als *Kelsen*, Mitglied des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, in der ebenso schwierigen wie politisch umstrittenen Rechtsfrage, ob es möglich sein soll, noch zu Lebzeiten des oder der Geschiedenen ein weiteres Mal zu heiraten, manifest liberal votierte.<sup>9</sup> Dies brachte ihm die erbitterte – und antisemitisch grundierete – Feindschaft konservativ-klerikaler Kreise ein. Die Auseinandersetzung trug wesentlich zur Neuaufstellung des VfGH und schließlich 1930 zum Weggang *Kelsens* aus Wien bei.<sup>10</sup>

*Kelsen* kehrte nach 1945 nicht nach Österreich zurück. Die allgemeine Einschätzung gegenüber Emigrant:innen aus den USA sei durch ein Gespräch mit einem durchaus wohlmeinenden Senatspräsidenten des Verwaltungsgerichtshofes illustriert. Er erzählte von einem der ersten Vorträge *Kelsens* in Wien und sagte dann etwa: „Na da stand er mit seinem karierten amerikanischen Sakko und ließ uns seine Überlegenheit fühlen.“ Man war eben der Meinung, dass die in Österreich verbliebenen Menschen die eigentlichen Opfer waren und es die Emigrant:innen durchwegs besser hatten. Eine ausgeprägte Bereitschaft, *Kelsen* zurückzuholen, war jedenfalls nicht erkennbar.<sup>11</sup>

1965 offenbarte der Skandal um den nationalsozialistischen Professor an der Wiener Hochschule für Welthandel *Taras Borodajkewycz*, der *Kelsen* in seinen Vorlesungen verhöhnte,

6 Vgl. *Olechowski*, *Kelsen*. Biographie 397.

7 Vgl. im Besonderen *Albrich*, Vom Antijudaismus zum Antisemitismus in Österreich. Von den Anfängen bis Ende der 1920 Jahre, in *Enderle-Burcel/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), Antisemitismus in Österreich 1933-1938 (2018) 37 (50); vgl. allgemein auch *Volkov*, Antisemitismus als kultureller Code<sup>2</sup> (2000) 16.

8 *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt (1923) 161.

9 Zum Folgenden vgl. *Olechowski*, *Kelsen*. Biographie 437.

10 Vgl. *Olechowski*, *Kelsen*. Biographie 472, 481.

11 Vgl. *Olechowski*, *Kelsen*. Biographie 768.

das latente antisemitische Potenzial.<sup>12</sup> Diese Tradition eines vulgären Antisemitismus nahm dann vor einigen Jahren der Abgeordnete zum Nationalrat *Johannes Hübner* wieder auf.<sup>13</sup> Das wichtigere Konfliktfeld lag freilich im Staatsrechtslehrerstreit der Weimarer Republik. Spätestens mit seinem Wechsel nach Köln wurde *Kelsen* zu einem seiner zentralen Akteure.<sup>14</sup>

Schon mit seinen „Hauptproblemen“ von 1911 hatte *Kelsen* jedem Substanzdenken abgeschworen und das Recht als Funktion begriffen.<sup>15</sup> Dies lag auf der Linie der *Wiener Moderne* in ihren vielfältigen Facetten. Die Agitation gegen die *Reine Rechtslehre* war daher ein Teil der Agitation gegen die Moderne überhaupt, man könnte sie mit *Ludwig Klages* unter das Generalmotto „Der Geist als Widersacher der Seele“ stellen.<sup>16</sup>

Vor allem im Konflikt mit *Carl Schmitt* wurden die unüberbrückbaren Gräben deutlich: Denn *Schmitt* gehörte zu jenen deutschen Meisterdenkern, die ihren Antisemitismus als Gegensatz von Seele und Geist, Wesen und Form, Wald und Wüste verkleideten.<sup>17</sup>

Die Polemik des scharfzüngigen und böartigen *Carl Schmitt* gab vor, die Lehren *Kelsens* als ein typisch jüdisches Erzeugnis zu entlarven. Wie *Raphael Gross* gezeigt hat, war der Antisemitismus nicht eine Art Ingredienz, sondern geradezu das Zentrum des Denkens von *Schmitt*.<sup>18</sup> So sprach er nach 1933 von der „Wiener Schule des Juden Kelsen“.<sup>19</sup> *Kelsens* zentrale Elemente – Normativismus, Universalismus, Pazifismus – könnten nur Instrumente der jüdischen Zersetzung sein: Die Normativität, weil sie die ursprüngliche Einheit des „Nomos“ zerstöre, der Universalismus, weil „wer immer von Menschheit spricht, möchte betrügen“<sup>20</sup> – und der Pazifismus, weil er im Gegensatz zu jedem sozialdarwinistischen Nationalismus stehen muss.<sup>21</sup>

Man darf freilich nie übersehen, dass diese Charakteristik einer antisemitischen Logik folgte. Denn man könnte versucht sein, aus heutiger Sicht eine positive Umwertung vorzunehmen. Man fände dann einen „säkularen Judaismus“, der von strenger Selbstkontrolle, der Gleichheit aller Menschen und fortschreitender Zivilisation gekennzeichnet wäre. Man sollte dieser Versuchung nicht nachgeben. Wenn auch säkulare Jüd:innen gern solche Werte vertreten, sind sie keinesfalls spezifisch „jüdisch“<sup>22</sup> und jüdische Denker:in-

12 Vgl. *Olechowski*, *Kelsen*. Biographie 904.

13 Vgl. *Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes*, Freiheitlicher Antisemitismus, [www.doew.at/erkennen/rechtsextremismus/neues-von-ganz-rechts/archiv/juli-2017/freiheitlicher-antisemitismus](http://www.doew.at/erkennen/rechtsextremismus/neues-von-ganz-rechts/archiv/juli-2017/freiheitlicher-antisemitismus) (30.8.2021).

14 Vgl. *Groh*, Demokratische Staatsrechtslehrer der Weimarer Republik (2009) 141; *Olechowski*, *Kelsen*. Biographie 481.

15 Vgl. *Schönberger*, Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“. Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion [Einleitung zur Edition im Rahmen der Gesamtausgabe], in *Jestaedt* (Hrsg.), *Hans Kelsen Werke*, Bd 2/I (2008) 23–35.

16 *Klages*, *Der Geist als Widersacher der Seele* (1929–32)<sup>5</sup> (1972).

17 Vgl. zu diesen Denkrichtungen grundlegend *Kolnai*, *The War against the West* (1938) 68.

18 Vgl. *Gross*, *Carl Schmitt und die Juden* (2000) passim.

19 *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*. Text von 1932 mit einem Vorwort und Corollarien (2015) 55.

20 *Schmitt*, *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist*. Schlusswort auf der Tagung der Reichgruppe Hochschullehrer der NSRWB vom 3. und 4. Oktober 1936, DJZ 1936, 1193.

21 Zum Ganzen vgl. die profunde Analyse bei *Gross*, *Schmitt und die Juden*, passim.

22 Nur zum Beispiel *Martin van Creveld*, vgl. Wikipedia unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Martin\\_van\\_Creveld](https://de.wikipedia.org/wiki/Martin_van_Creveld). (5.4.2022).

nen beschreiten auch ganz andere Wege. Überhaupt sollte es vermieden werden, *Kelsens* Werk betont aus seiner jüdischen Befindlichkeit heraus verstehen zu wollen.<sup>23</sup>

### 3. Ein Feindbild für die Linke

*Kelsen* war niemals Mitglied einer politischen Partei, doch stand er der Sozialdemokratie nahe. So unterstützte er 1927 eine – von zahlreichen Wiener Geistesgrößen gemeinsam verfasste – Unterstützungserklärung der Sozialdemokrat:innen vor der Wiener Gemeinderatswahl. Überbewerten darf man diese Liste freilich nicht, sie war gleichsam ein „who is who“ der Wiener intellektuellen Szene.<sup>24</sup>

In der Frühzeit der Republik entsprachen *Kelsens* verfassungspolitische Tendenz zum Zentralismus und sein Eintreten für die parlamentarische Demokratie sozialdemokratischen Positionen. *Kelsen* nahm 1929 das Angebot der Sozialdemokrat:innen, auf ihren Vorschlag wieder Mitglied des VfGH zu werden, aber nicht an. Denn er legte großen Wert darauf, seine Richterfunktion zwei einvernehmlichen Beschlüssen aller im Parlament vertretenen Parteien verdankt zu haben.<sup>25</sup>

Es liegt auf der Hand, dass *Kelsens* Normativismus als eine Form ideeller Rechtsbetrachtung jeder marxistischen Position entgegensteht, denn eine eigenständige Rechtstheorie kann es nach marxistischer Rechtsauffassung nicht mehr geben, sondern lediglich eine Ideologiekritik der rechtlichen Grundbegriffe als bürgerliche Residuen.<sup>26</sup> Nun betrieb zwar auch *Kelsen* weidlich Ideologiekritik, freilich zum Zweck der Reinigung – nicht des Rechts, das sozialtechnisch verstanden wird – wohl aber der Rechtswissenschaft.<sup>27</sup>

*Kelsen* befasste sich seit 1920 immer wieder analytisch-kritisch mit marxistischen, namentlich auch austromarxistischen Positionen.<sup>28</sup> Dabei ging es *Kelsen* vor allem um die Neutralität des Staates.<sup>29</sup> Im Besonderen wendete er sich – seinerseits ideologiekritisch – gegen die von dorthier behaupteten Einsichten in historische Regelmäßigkeiten, besonders das nach der erfolgreichen proletarischen Revolution stattzuhabende „Absterben des Staates“. Das erschien ihm „umgedrehtes Naturrecht“. Wollte die Naturrechtslehre

23 Grundlegend *Englard*, Haben Kelsens Reine Rechtslehre, seine Faszination für Religion und sein Religionsverständnis einen jüdischen Hintergrund, in *Jablonek/Olechowski/Zeleny* (Hrsg), *Secular Religion, Rezeption und Kritik von Hans Kelsens Auseinandersetzung mit Religion und Wissenschaft* (2013) 368. Anders, aber verfehlt *Gustafsson*, *Fiction of Law, Rechtstheorie* 2010, 319. Neuerdings ist auf die interessante Diskussion zwischen *Matthias Jestaedt*, der eine rechtstheoretische Perspektive einnimmt, und *Raphael Gross*, der als Historiker spricht, hinzuweisen – vgl. *Jestaedt*, *Rechtstheorie ohne Metaphysik: Die „Reine Rechtslehre“ als jüdische Rechtstheorie?* und *Gross*, *Kommentar zum Beitrag von Matthias Jestaedt*, in *van Rabden/Stolleis* (Hrsg), *Emanzipation und Recht. Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der jüdischen Gleichberechtigung* (2021) 247, 267.

24 „Eine Kundgebung des geistigen Wien.“ Arbeiterzeitung vom 20.4.1927, dazu näher *Olechowski*, *Kelsen. Biographie* 456.

25 Vgl. *Olechowski*, *Kelsen. Biographie* 473.

26 So *Reich*, *Hans Kelsen und Evgenij Paschukanis*, in *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie* (1978) 19 (21).

27 So lakonisch *Ringhofer*, in *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie* (1978) 103.

28 Vgl. die beiden von *Leser* hrsg Sammlungen einschlägiger Aufsätze *Kelsens*: „Sozialismus und Staat“ und „Demokratie und Sozialismus“ von 1965 und 1967 sowie die Beiträge und Diskussionen im Tagungsband *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie* (1978); weiters *Olechowski*, *Kelsen. Biographie* 178.

29 Vgl. *Kelsen*, *Otto Bauers politische Theorien, Der Kampf 1924*, 50.

aus dem als „Schöpfung“ vorgestelltem Sein das Sollen ableiten, so umgekehrt der Marxismus aus der Einsicht in bestimmte historische Gesetzmäßigkeiten, also dem Sollen, die Deutung des Seins.<sup>30</sup> Letzteres hatte, wie wir vor allem aus dem Stalinismus wissen, katastrophale Folgen für die Wirklichkeit. Allein, schon wegen seiner Beschäftigung mit dem Marxismus geriet *Kelsen* sogar unter den Verdacht der kommunistischen Betätigung und fand sich von den paranoiden Untersuchungen der *McCarthyisten* belästigt.<sup>31</sup>

Die bisher referierten Debatten waren scharfe Auseinandersetzungen, zu einem veritablen Feindbild der Linken wurde *Kelsen* aber erst in den späteren 50er und 60er Jahren, also zum Höhepunkt des Kalten Krieges. Aus der DDR, also von orthodoxer marxistischer Warte aus, wurde *Kelsen* nunmehr vehement angegriffen. Die recht bekannte, weil auf einem oberflächlichen Witz beruhende Studie von *Hermann Klenner* „Reine Rechtsleere“ wurde gewissermaßen populär.<sup>32</sup> Für *Klenner* war *Kelsen* der juristische Klassenfeind schlechthin.<sup>33</sup>

Nur nebenbei zum Ausgleich: Bei Friedrich August von Hayek lesen wir vom „socialist lawyer“ *Kelsen*.<sup>34</sup>

#### 4. Ein Feindbild für Schuldumkehrer

Nicht nur in der DDR, sondern auch in Westdeutschland erfreute sich *Kelsen* – bis 1933 und nach seiner Rehabilitierung als Emeritus 1957 deutscher Staatsbeamter – keiner Beliebtheit. Dies hing zunächst damit zusammen, dass er nach der „debellatio“ Deutschlands

---

30 Vgl *Kelsen*, Sozialismus und Staat<sup>2</sup> (1923) 8, weiters *Kelsen*, Marx oder Lassalle (1924) 265 und *Kelsen*, The Command Theory of Law (1955) 20: „Marx' interpretation of society as a natural law doctrine.“

31 Vgl *Olechowski*, *Kelsen*. Biographie 796.

32 *Klenner*, Rechtsleere. Verurteilung der Reinen Rechtslehre (1972).

33 Vgl *Klenner*, Rechtsleere 47.

34 *Hayek*, The Road to Serfdom (1976) 55. Die Rechtslehre *Hayeks* steht zur Reinen Rechtslehre in denkbar scharfem Kontrast. Für *Hayek* wird das Recht nicht gesetzt, sondern bildet sich spontan. Die alleinige Aufgabe des Richters ist die Feststellung, ob ein bestimmtes Verhalten der Gewohnheit entspricht oder nicht – vgl *Hayek*, The Constitution of Liberty (1960, Neudruck 2011), 199. Rechtsetzung, um die Gesellschaft zu verändern – sei es durch den Gesetzgeber oder durch den Richter – bedeutet für *Hayek* einen Weg in das Verderben des Sozialismus, gemäß dem Titel seines zweiten großen Werks „The Road to Serfdom“ (1944, Neudruck 2007). Dieser libertäre Ansatz ist mit *Kelsens* dynamischer Auffassung des Rechts unvereinbar – zur Konfrontation beider Konzepte und letztlich Unhaltbarkeit der Position *Hayeks* vgl den – keineswegs von links kommenden – *Richard A. Posner*, Law, Pragmatism, and Democracy (2003) 250 (290). Im Besonderen geht es bei *Hayek* um die Gegenüberstellung einer naturrechtlichen Vorstellung der „rule of law“ und des rechtspositivistisch, also formal geprägten Konzept des „Rechtsstaates“: „... what all the schools of natural law agree upon, is the existence of rules which are not of the deliberate making of any lawgiver. They agree that all positive law derives its validity from some rules that have not in this sense been made by man but which can be 'found' and that these rules provide both the criterion for the justice of positive law and the ground for man's obedience to it.“ Hingegen sei der Rechtsstaat ein „purely formal concept which required merely that all the action from the state be authorized by the legislature“. Damit wurde die Idee der „rule of law ... deprived of real content“ (Constitution of Liberty 364). In weiterer Folge weist *Hayek* die Schuld am NS-Unrecht genau jener Auffassung zu und hat dabei besonders *Kelsen* im Visier. An der eingangs zitierten Stelle heißt es: „... when I asked, if Hitler had obtained his unlimited powers in a swiftly unconstitutional manner, who would suggest that the rule of law still prevailed in Germany? Only to discover later that professors Hans Kelsen and Harald G. Laski, and probably many others socialist lawyers and political scientists following these influential authors had maintained precisely this“. Zum historischen wie theoretischen Unsinn dieser Behauptung vgl nur *Posner*, Law 289 und dann die gleich anschließenden Ausführungen zu den Schuldumkehrern.

die Kontinuität, also den staats- und völkerrechtlichen Fortbestand des Deutschen Reichs, verneinte. Dies widersprach der deutschen Staatsdoktrin und rief die Gegnerschaft der Staats- und Völkerrechtslehre hervor. *Kelsen* wurde so fast zur „persona non grata“.<sup>35</sup> Dazu trat aber die spezifisch bundesdeutsche Weise, das „NS-Unrecht“ rechtsphilosophisch zu bewältigen: In beispielloser Schuldumdrehung<sup>36</sup> wurde der Rechtspositivismus angeklagt, er habe die deutschen Juristen wehrlos gemacht.<sup>37,38</sup> Nun wurde diese „Positivismuslegende“ in der juristischen und historischen Fachwelt zwar schon längst aufgegeben, doch erlangte sie eine beträchtliche soziale Popularität<sup>39</sup> – und dieser Beitrag soll ja nicht nur Expert:innen ansprechen. Eine Schlüsselrolle spielte dabei die Wandlung des Rechtsphilosophen *Gustav Radbruch*:<sup>40</sup> Hatte er vor 1933 einen naiven Rechtspositivismus vertreten, der – ohne kritische Distanz – tatsächlich zum blinden Gesetzesgehorsam anleitete, also zur Rechtfertigung des positiven Rechts, wollte er ihm 1945 Schranken setzen, um extremes Unrecht erst gar nicht entstehen zu lassen. Geflissentlich wurde dabei übersehen, wo die wahren Feinde der Weimarer Republik zu suchen waren. Denn die akademischen Rechtspositivisten waren von den Nazis ja weitgehend vertrieben worden. Ganz andere Gelehrte waren die Protagonisten des neuen Rechtsdenkens, *Karl Larenz* zB, der auch nach 1945 im Amt und bis heute in Würde blieb<sup>41</sup> oder *Theodor Maunz*, der prominente Kommentator des Grundgesetzes.<sup>42</sup> Übersehen wurde dabei, dass sich das NS-Regime zur Durchsetzung seiner Ziele einer ausgeklügelten Herrschaftstechnik bediente, die das geltende Recht gleich auf mehreren Ebenen angriff: durch Unwirksamwerden geltenden Rechts, explizite Rechtsetzung und Uminterpretation.<sup>43</sup> Die Strategie des Nationalsozialismus zur Beherrschung des positiven Rechts war raffiniert: Auf der einen Seite stand die generell-abstrakte Rechtsetzung und ihre möglichst gehorsame Befolgung durch alle Hierarchien hindurch. Das war die Herrschaftstechnik vor allem für die Verwaltung, also für jene Bereiche, in denen zwar Beamt:innen, nicht unbedingt aber ausgebildete Jurist:innen am Werk waren. Diese Befehlsempfänger:innen handelten eher nicht aus einer reflektierten rechtspositivistischen Einstellung heraus, sondern – wenn nicht ohnedies aus Überzeugung – dann aus gewohntem beamtenmäßigem Gehorsam und neuer Loyalität.

35 Vgl. *Olechowski*, *Kelsen*. Biographie 735.

36 „Schuldverschiebung“ – vgl. *H. Dreier*, Hans Kelsen (1881–1973): „Jurist des Jahrhunderts“? in *Heinrichs/Franzkiel/Schmalz/Stolleis* (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (193) 705 (723).

37 Vgl. zusammenfassend *Deiseroth*, War der Positivismus schuld? in *Betrifft Justiz* 2013, 5.

38 Zur allgemeinen Frage nach dem Verhältnis des Rechtspositivismus – in seinen verschiedenen Spielarten – zu „Unrechtssystemen“ vgl. *Ott/Rea-Frauchinger*, *The Varieties of Legal Positivism. The Hitler Argument and Other Objections to Legal Positivism* (2018) 203.

39 Vgl. grundlegend *Foljanty*, *Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Aktualität in der Naturrechtsdebatte der Nachkriegszeit* (2013) passim.

40 Vgl. *H. Dreier*, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis? in *FS Walter* 1991, 118.

41 Vgl. darüber *Rüthers*, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjustiz im Dritten Reich<sup>2</sup> (1989) 92.

42 Vgl. *Stolleis*, Theodor Maunz – ein Staatsrechtslehrerleben, in: *Kritische Justiz* 1993, 393.

43 Zum Folgenden: *H. Dreier*, Nachwort. Was ist doppelt am „Doppelstaat“? Zur Rezeption und Bedeutung der klassischen Studie von Ernst Fraenkel, in von *Brüneck* (Hrsg.), *Fraenkel, Der Doppelstaat<sup>3</sup>* (2012) 274 (282).

Das Regime musste aber auch dafür Sorge tragen, dass in den traditionellen Rechtsgebieten – hauptsächlich im großen Bereich des Zivilrechts – keine zu auffallenden Änderungen eintraten, die das bürgerliche Publikum irritiert hätten. Hier kam nun die besonders in der deutschen Zivilrechtslehre besonders hoch entwickelte „objektive Auslegung“ des Rechts zur Anwendung.<sup>44</sup> Einfallspforten waren die Generalklauseln in den Gesetzen, zum Teil durch Richterrecht geschaffen, die unbestimmten Rechtsbegriffe, ideologische Rechtsfiguren wie das „konkrete Ordnungsdenken“. Ein Bsp ist die von *Larenz* federführend betriebene Umdeutung des § 1 BGB, wo die gleiche zivilrechtliche Rechtsfähigkeit aller Menschen so von ihrer historischen und normativen Grundlage abgelöst wurde, dass sie rassistisch aufgeladen werden konnte und zur Entrechtlichung von Menschen führte.<sup>45</sup>

Wer hier nun wagte, Widerstand mit juristischen Mitteln zu leisten, musste situativ verschiedene Strategien anwenden: Befehlsempfänger:innen in der Exekutive konnten sich vielleicht eher auf das Naturrecht, auf religiöse Überzeugungen, auf das Gewissen berufen. Der in gehobener Stellung arbeitende Jurist konnte hingegen nicht selten den „Positivismus als Strategie“ verwenden, um gegen die gewünschte, als selbstverständlich vorausgesetzte Neuinterpretation des bisherigen Rechts aufzutreten.<sup>46</sup>

Letztlich spielte der rechtsphilosophische Standort des Rechtsapparats keine entscheidende Rolle. Essentiell war vielmehr letztlich die politische Ideologie der Richter und nicht ihr methodischer Standpunkt. Deshalb konnten die Richter im NS-Regime auch auf ihre Unabhängigkeit pochen. Denn sie folgten ohnedies weitestgehend den Wertvorstellungen des Regimes.<sup>47</sup>

## 5. Ein Feindbild für falsche Freunde

Das Phänomen der Schuldumdrehung, von dem gerade die Rede war, wurde in ganz unverblümter Art vom österreichischen Rechtsphilosophen *René Marcic* 1949 in den „Salzburger Nachrichten“ zum Ausdruck gebracht. Dort hieß es:<sup>48</sup>

„Der Wert des Menschen steigt oder sinkt, je nachdem man das Wesen des Menschen höher oder niedriger ansetzt. Wer über Gott und das Gebet Spott treibt, und wer in Gott höchstens ein Es, jedoch keine Person, kein Du erfährt, der darf sich nicht wundern, wenn er die Abwertung seines Wesens am eigenen Leibe zu spüren bekommt, und eines Tages in die Gaskammer gesteckt wird. Mendelssohn und seinesgleichen haben selber die Welt heraufbeschworen, von der sie dann verfolgt wurden“.

*Marcic*, der der Ustascha entnommen war, hat sich für diese Äußerung später entschuldigt. Er spielt für unser Thema aber deshalb eine besondere Rolle, weil er – mag sein ge-

44 Vgl *Rüthers*, Die heimliche Revolution. Vom Rechtsstaat zum Richterstaat (2014) 26.

45 Vgl etwa *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung<sup>7</sup> (2012) 326.

46 Vgl *Franssen*, Positivismus als juristische Strategie, NJW 1969, 766.

47 Vgl *Reiter-Zatloukal*, Richterbild und Richterausbildung im nationalsozialistischen Deutschen Reich, in *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft (2014) 83 (106).

48 Für das genaue Zitat und die Vor- und Nachgeschichte dieser Affäre vgl *Wikipedia*, [https://de.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9\\_Marcic](https://de.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9_Marcic) (5.4.2022).

läutert – für eine spezifisch österreichische Art der Behandlung der *Reinen Rechtslehre* hauptverantwortlich war. In Österreich war die positivistische Prägung der Staatsrechtslehre zu stark, um eine nachhaltige Renaissance des Naturrechts nach deutschem Vorbild möglich zu machen. Auch stand ihr das schiere Gewicht der Persönlichkeit *Kelsens* entgegen. Nun ist die gesamte Befassung der österreichischen Rechtswissenschaft mit *Kelsen* nach 1945 ein ergiebiges Thema, für dessen Bearbeitung hier aber nicht Platz ist, außerdem käme sie zu früh.

Hier geht es um einen abgeschlossenen historischen Vorgang. Der Umgang mit *Kelsen* erfolgte so, dass der *Reinen Rechtslehre* das Naturrecht gleichsam überstülpt wurde.<sup>49</sup> Vor allem *Alfred Verdross*, der ganz wesentlich an den Anfängen der *Reinen Rechtslehre* beteiligt war<sup>50</sup> und *Kelsen* – trotz wenig erfreulicher Umstände – doch persönlich verbunden blieb,<sup>51</sup> übernahm zwar *Kelsens* hierarchischen Aufbau des Rechts und insoweit auch den rechtspositivistischen Geltungsbegriff, mochte diesem aber nur eine Funktion „neben einer Rechtswertlehre und Metaphysik“ des Rechts einräumen.<sup>52</sup>

1962 fand in Salzburg ein „Forschungsgespräch“ zum Thema „Das Naturrecht in der politischen Theorie“ statt, zu dem man neben *Kelsen* einige Rechtsphilosophen, politische Theoretiker und Theologen eingeladen hatte.<sup>53</sup> Im Wesentlichen ging es dabei um die *Reine Rechtslehre* und die Veranstaltung hatte zeitweilig weniger den Charakter einer wissenschaftlichen Tagung als vielmehr eines Exorzismus. Man wollte *Kelsen* unbedingt in die Position drängen, das Naturrecht zu akzeptieren. *Kelsen* hielt zwar ein Naturrecht für denkmöglich, wenn man es als Emanation eines göttlichen Willens auffasst, an Gott muss – und kann nur – geglaubt werden. Für *Kelsen* war jede Normenordnung durch menschliches oder zumindest personales Wollen bestimmt: „Kein Imperativ ohne Imperator“.<sup>54</sup> Das genügte aber den anwesenden Naturrechtlern keineswegs. Vor allem *Marcic* ging es darum, das Naturrecht aus einer ontologischen Ordnung heraus abzuleiten, was für *Kelsen* wegen des grundlegenden Paradigmas der Trennung von Sein und Sollen nicht in Betracht kommen konnte.<sup>55</sup> *Kelsen* blieb bei seiner Position, doch war er damals schon immerhin 80 Jahre alt und hatte der Anstrengung Tribut zu zollen. Fairerweise ist einzuräumen, dass sich die Exponenten des Naturrechts für *Kelsen* einsetzten

49 Vgl. *Fillafer/Feichtinger*, Natural Law and the Vienna School: Hans Kelsen, Alfred Verdross and Eric Voegelin, in *Langford/Bryan/McGarry* (Hrsg.), Hans Kelsen and the Natural Law Tradition (2019) 425.

50 Vgl. *Köck*, Alfred Verdross. Sein wissenschaftliches Werk. Eine Einführung aus Anlass der Sammlung seiner Schriften, in *Köck/Schambeck* (Hrsg.), Alfred Verdross. Gesammelte Schriften (2019) XL.

51 Vgl. *Olechowski*, Kelsen. Biographie 868.

52 Vgl. *Verdross*, Abendländische Rechtsphilosophie<sup>2</sup> (1963) 190, 193 (Kursivsetzung im Original).

53 Vgl. *Schmölz* (Hrsg.), Das Naturrecht in der politischen Theorie (1963).

54 *Kelsen*, Die Grundlage der Naturrechtslehre, in *Schmölz*, Naturrecht 1 (34).

55 *Marcic*, Das Naturrecht als Grundnorm der Verfassung, in *Schmölz*, Naturrecht 69 (85). Vgl. auch *Auer*, Diskussionsbemerkung, in *Schmölz*, Naturrecht 117: „Wir Theologen, die ein Naturrecht vertreten, nehmen an, daß der übernatürliche, theologische Glaube, nicht nötig ist, um an einem Naturrecht festzuhalten. Das, was unseres Erachtens das Naturrecht voraussetzt, ist die philosophisch-rationale Erkennbarkeit Gottes durch die natürliche Vernunft“. Zur gegenaufläuterischen Tendenz *Marcic'* vgl. auch *U. Neumann*, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in *U. Neumann*, Recht als Struktur und Argumentation (2008) 257 (265).

und seine Schriften gemeinsam mit jenen von *Verdross* und *Merkl* in den zweibändigen Aufsätzen „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ publizierten – eine sehr wichtige Veröffentlichung.<sup>56</sup>

In gesellschaftlicher Hinsicht zeigte sich namentlich *Marcic* besonders freundlich und sprach *Kelsen* als „Meister“ an.<sup>57</sup> So wie ich das sehe, war er aber ein falscher Freund und der eigentlich positivistische *Kelsen* seine „bête noire“.

## 6. Schlussbetrachtung

Viel Feind, viel Ehr, könnte man ausrufen. Dass wir es heute moderater halten, hat meines Erachtens vor allem zwei Gründe: Zum einen ist seit dem Tod *Kelsens* fast ein halbes Jahrhundert verstrichen: Deshalb richtet sich die Aufmerksamkeit nun auch intensiv auf *Kelsens* Leben.<sup>58</sup> Zum anderen wurde das Werk selbst zum Forschungsgegenstand, als quasi „Kelsenologie“.<sup>59</sup>

Die stets aktuelle rechtstheoretische wie auch politische Debatte bleibt zwar in Gang, das beweisen zahllose Tagungen-, doch sie wird nicht mit gleicher Vehemenz geführt. Eine Ausnahme bildete *Papst Benedikt XVI*, als er *Kelsen* 2011 im Deutschen Bundestag eine „Euthanasie der Rechtsphilosophie“ vorwarf.<sup>60</sup>

Zudem haben akademische und kulturelle Positionen an realer politischer Bedeutung verloren. Die Frage, wer denn etwa Direktorin des Wiener Burgtheaters, Vertreter der Erkenntnistheorie an der Universität Wien oder Professorin für Verfassungsrecht sein sollte, war vor einigen Jahrzehnten hochpolitisch aufgeladen, weil in solchen Berufungen je nach Standort politische Gefahren oder politische Chancen gesehen wurden. Heute erscheinen den meisten politischen Akteur:innen diese Sphären schon zu entrückt.<sup>61</sup> Das ist zwar einerseits gut so, zeigt aber andererseits auch den politischen Relevanzverlust von Kultur und Wissenschaft.

*Hans Kelsen* war ein kompromissloser Aufklärer, stets „in defense of modern times“.<sup>62</sup> Am postmodernen Denken mit seinen Wurzeln in spezifisch rechten wie linken Denkwindungen hätte er keinen Gefallen gefunden.<sup>63</sup>

Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner ist Geschäftsführer des Hans Kelsen – Instituts und leitet die Forschungsstelle „Hans Kelsen und sein Kreis“ am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien; clemens.jabloner@univie.ac.at

56 *Klecatsky/Marcic/Schambeck* (Hrsg), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Bd 1 und 2 (1968, Neudruck 2010).

57 Etwa in *Schmölz*, Naturrecht 121.

58 Wofür vor allem die *Kelsen-Biographie Thomas Olechowskis* steht.

59 Wofür namentlich das umfangreiche Werk von *Stanley Paulson* steht.

60 Vgl im Einzelnen *H. Dreier*, *Benedikt XVI. und Hans Kelsen*, JZ 2011, 1151.

61 Heute agiert die Politik zumeist allein in persönlichen Loyalitäten.

62 So der Titel der ersten – von *Kelsen* zurückgezogenen Fassung – des Spätwerks *Secular Religion* von 1955.

63 Vgl *Englard*, *Nazi Criticism against the normativist theory of Hans Kelsen: The intellectual basis and post-modern tendencies*, *Israel Law Review* 1998, 183 (242).

# *Princeps legibus solutus est* und die Entwicklung der Souveränität im frühneuzeitlichen Europa<sup>1</sup>

Karina Jasmin Karik

---

*Princeps legibus solutus est* bedeutet wortwörtlich, dass der Kaiser von den Gesetzen losgelöst ist, also keiner Gesetzesbindung unterliegt. Warum aber genießt der *princeps* Freiheit von den Gesetzen? In welchem Ausmaß ist der Herrscher von den Gesetzen losgelöst? Und: Inwiefern kommt ihm Souveränität zu? Eine kritische Analyse von Quellen aus drei Epochen – Antike, Mittelalter, Frühe Neuzeit – zeigt, dass *princeps legibus solutus est* über die Jahrhunderte hinweg einen starken Bedeutungswandel durchlebte. Dies primär deswegen, da Gelehrte der Frühen Neuzeit *princeps legibus solutus est* dadurch in einen anderen Kontext setzten, dass sie diese Formulierung in ihre Theorien zur Souveränität einwoben. Dieser ideengeschichtlich-staatstheoretische Beitrag zeigt am Beispiel der Souveränität auf, dass (rechtliche) Konzepte mitunter nicht die ihnen unterstellte Kontinuität und Unabänderlichkeit aufweisen, sondern vielmehr auf langwierigen Evolutionsprozessen fußen, wandelbar sind. Unter „Souveränität“ wird dabei die innere Souveränität des absolutistischen Herrschers verstanden, die im Sinne *Bodins* „primär ausgezeichnet durch die Gesetzgebungsbefugnis“<sup>2</sup> ist. Diese Souveränität innerhalb eines bestimmten Territoriums ist der Gegenpart zur äußeren Souveränität, welche sich auf die Unabhängigkeit vis-à-vis außerhalb des souveränen Territoriums stehender Kräfte bezieht.<sup>3</sup>

## 1. Privatrechtliche Wurzeln: *Princeps legibus solutus est* in der Antike

Frühe Erwähnungen von *princeps legibus solutus est* lassen sich im privatrechtlichen Kontext des Römischen Rechts finden. Die Rechtstexte, auf die im Folgenden Bezug genommen wird, datieren auf das 3. Jh n Chr;<sup>4</sup> sie stellen, soweit ersichtlich, die einzigen

---

1 Ausgearbeiteter Vortrag, gehalten am 14.12.2021, im Rahmen der Wiener Rechtsgeschichtlichen Gesellschaft. Mein herzlicher Dank ergeht an Prof. *Meissel*, Prof. *Gamauf*, Prof. *Benke* und Ass.-Prof.<sup>in</sup> *Halbwachs*.

2 *Quaritsch*, Souveränität, in *Erler/Kaufmann* (Hrsg), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte IV (1990) Sp 1714 (Sp 1715).

3 Zur Unterscheidung siehe etwa *Philpott*, Ideas and the Evolution of Sovereignty, in *Hashmi*, State Sovereignty: Change and Persistence in International Relations (1997) 19; zur äußeren Souveränität siehe ferner *Quaritsch* in *Erler/Kaufmann*, Sp 1719.

4 *Benke*, In sola prudentium interpretatione. Zu Methodik und Methodologie römischer Juristen, in *Feldner/Forgó* (Hrsg), Norm und Entscheidung. Prolegomena zu einer Theorie des Falls (2000) 17 ff.

römisch-rechtlichen Quellen zu diesem Thema dar.<sup>5</sup> Es ist nicht auszuschließen, dass weitere Zeugnisse bzw Überlieferungen zur *legibus solutio* im Laufe der Zeit verloren gegangen sind. Fest steht, dass *princeps legibus solutus est* im Kontext des römischen Ehe- und Erbrechts eine Rolle spielte; denkbar – aber nicht belegbar! – ist, dass auch andere Rechtsbereiche eine *legibus solutio* kannten. Diese Prämissen bestimmen den Fokus der folgenden Erörterungen.

### 1.1. Zwischen Republik und Prinzipat: Kaiser Augustus und dessen (eherechtliche) *legibus solutio*

Der römische Jurist *Ulpian*, der der Spätklassik zuzuordnen ist,<sup>6</sup> schreibt in seinem Kommentar zur augusteischen Ehegesetzgebung (Ulp 13 ad I Iul Pap D 1 3 31): „Der Kaiser ist von den Gesetzen befreit. Obgleich die Kaiserin aber nicht von den Gesetzen befreit ist, gewähren ihr die Kaiser doch dieselben Vorrechte, die sie selbst haben.“<sup>7</sup> *Ulpian* erörtert hier die zwischen 18 v Chr und 9 n Chr erlassene augusteische Ehegesetzgebung, die später zusammenfassend als *lex Iulia et Papia* bezeichnet wurde.<sup>8</sup> Er bezieht sich nicht auf eine allgemeine Gesetzesbefreiung des Augustus, sondern auf eine spezifische im Kontext des Familienrechts. Folglich war *princeps legibus solutus est* ursprünglich bloß darauf bezogen, dass *Kaiser Augustus* von den von ihm erlassenen Ehegesetzen befreit war.<sup>9</sup> Was aber war rechtliche Grundlage – oder, anachronistisch mit unserem heutigen Vokabular formuliert, die zugrundeliegende Verfassung? Zu Zeiten von *Kaiser Augustus* existierte keine (bzw keine überlieferte) „*lex de imperio*“ als gleichsam römisch-rechtliches Pendant zur modernen Verfassung, die die kaiserlichen Befugnisse im Allgemeinen regelte und *Augustus* dieses Privileg verleihen hätte können. Die Existenz solch einer *lex de imperio* ist etwa bei *Vespasian* belegt: Im Jahre 69 n Chr wurden die „kaiserlichen Rechte *Vespasians*“ durch den Senat schriftlich festgelegt.<sup>10</sup> Somit existierte gleichsam eine Rechtsnorm, die verfassungsmäßig das Pouvoir des Kaisers regelte und ihm „simultaneously *imperium*, tribunician power and every other imperial prerogative“<sup>11</sup> zumaß –

5 Die hier nicht explizit behandelte Quelle Pauli sententiae 5 12 9a ist wortgleich mit deren in den Digesten enthaltener Überlieferung Paul 5 sent D 32 23.

6 Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte (2005) 209.

7 Originaltext: *Princeps legibus solutus est: augusta autem licet legibus soluta non est, princeps tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent*. Übersetzung von Seiler in Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler (Hrsg), Corpus Iuris Civilis II (1995) 115.

8 Siehe etwa Knopf, Die Ehepolitik des Augustus (Octavian). Eine Untersuchung zu den Eheschließungen innerhalb der „domus Augusta“ (2012) 28.

9 Zur ursprünglichen Bedeutung von *princeps legibus est* im Kontext der augusteischen Ehegesetzgebung siehe Behrends, *Princeps legibus solutus*, in Avenarius/Möller (Hrsg), Zur Römischen Verfassung. Ausgewählte Schriften (2014) 494; Sirks, *Princeps legibus solutus*, in Chevreau/Masi Doria/Rainer (Hrsg), Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat (2019) 959 (960).

10 Siehe Eck, *Vespasian und die senatorische Führungsschicht des Reiches*, in Capogrossi Colognesi/Tassi Scandone (Hrsg), La Lex de Imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi (Atti del Convegno, 20-22 novembre 2008; 2009) 231 (232).

11 Brunt, *Lex de Imperio Vespasiani*, The Journal of Roman Studies 1977, 105.

bzw, einer anderen Auffassung folgend, (bloß) bisher ohnehin Gelebtes in Schriftform goss.<sup>12</sup> Im Hinblick auf *Kaiser Augustus* lässt sich feststellen, dass dessen „herausgehobene Machtstellung“ auf der „Vergabe einzelner Ämter und Befugnisse, Ehrungen und Sonderrechte“<sup>13</sup> fußte – also nicht auf einer umfassenden, kohärenten Regelung, wie bei *Vespasian*.<sup>14</sup> Mit anderen Worten: Rechtliche Grundlage der spezifischen, ehrechtsbezogenen *legibus solutio* von *Kaiser Augustus* war eine darauf bezogene explizite Ausnahmeregelung. Da Augustus gemäß der *Ulpian*-Überlieferung gerade (bzw nur) vom Anwendungsbereich der *lex Iulia et Papia* ausgenommen war, erstreckte sich dessen *legibus solutio* nicht zwingendermaßen auf weitere Rechtsbereiche.<sup>15</sup> Außer Zweifel steht jedenfalls, dass *Augustus* an der Fassade des Weiterbestandes der römischen Republik festhielt und es aus diesem Grund scheute, eine *legibus solutio* tatsächlich im großen Stil in Anspruch zu nehmen.<sup>16</sup>

*Ulpian* führt weiters aus, dass auch die Kaiserin sich nicht an die *lex Iulia et Papia* halten muss. Der Hinweis darauf, dass die Kaiserin selbst grundsätzlich nicht von den Gesetzen befreit ist, zeigt, dass sie keine Trägerin von Souveränität war. *Ulpian* begründet, dass die Kaiserin nicht kraft ihrer eigenen Position von den augusteischen Ehegesetzen befreit ist, sondern durch ihren Ehegatten, den Souverän, davon befreit wird. Während den Kaiser als Träger der Souveränität diese Eigenschaft über seine eigenen Ehegesetze stellt, hängt die Befreiung seiner Gattin sowohl von seinem Status als Souverän, als auch von seinem Willen ab. Man könnte folglich die Befreiung des Kaisers von der *lex Iulia et Papia* als originär, jene seiner Gattin als derivativ bezeichnen, da sie von seiner Position abgeleitet ist.

## 1.2. Gesetzesbindung als Tugend: Die „Severerformel“ und ihr erbrechtlicher Hintergrund

Im Jahre 232 n Chr wurde unter *Kaiser Severus Alexander* wiederum auf *princeps legibus solutus est* Bezug genommen. Ein Reskript der kaiserlichen Kanzlei, überliefert in C 6 23 3, befasst sich mit der Bindungswirkung der erbrechtlichen Gesetze für den Kaiser: „Es ist schon oft verordnet worden, dass aus einem *unvollständig* errichteten Testamente auch der Kaiser keine Erbschaft in Anspruch nehmen kann. Denn obgleich *die lex imperii* den Kaiser von den Förmlichkeiten des Rechts befreit, so ist doch nichts der

---

12 *Levick*, *The lex de imperio Vespasiani: The parts and the whole*, in *Capogrossi Colognesi/Tassi Scandone* (Hrsg), *La Lex de Imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi* (Atti del Convegno, 20-22 novembre 2008; 2009) 11 (22).

13 *Knopf*, *Ehepolitik* (2012) 8.

14 Zur Notwendigkeit der Übertragung staatsrechtlicher Befugnisse über den Senat bzw per Gesetz siehe wiederum *Knopf*, *Ehepolitik* (2012) 94 f.

15 Anderer Ansicht *Behrends*, der von der Existenz einer *Octavian* in Bausch und Bogen vom Gesetz befreienden *lex Augusti* ausgeht, siehe *Behrends* in *Avenarius/Möller* 493 f.

16 Von *Augustus'* Balanceakt zwischen Republik und Prinzipat zeugen etwa seine *Res Gestae*; zur Analyse des darin verwendeten *auctoritas*-Begriffs siehe etwa *Rowe*, *Reconsidering the Auctoritas of Augustus*, *The Journal of Roman Studies* 2013, 1 ff. Siehe ferner *Benke* in *Feldner/Forgó* 65.

Herrschaft so gemäss, als nach den Gesetzen zu leben.<sup>17</sup> In diesem Reskript tritt die sogenannte „Severerformel“<sup>18</sup> klar zum Vorschein. Darunter versteht man die unter den Kaisern der Severerdynastie verbreitete Haltung, sich trotz Loslösung vom Gesetz diesem freiwillig zu unterstellen.<sup>19</sup> Worauf beruht aber die generelle *legibus solutio*, die umfassende Loslösung des Kaisers vom Recht – und warum verhalten severische Kaiser sich dennoch aus freien Stücken rechtskonform?

Die Frage nach der rechtlichen Grundlage der *legibus solutio* beantwortet die Quelle selbst: Die Freiheit des Kaisers von den Gesetzen beruht auf der *lex imperii*, die als „Verfassung“ angesehen werden kann. Es ergibt sich daraus das delikate Wechselspiel zwischen der unbeschränkten Macht des Souveräns einerseits und der Relevanz der Gesetze andererseits; zwischen *voluntas* und *lex*.<sup>20</sup> Welche *lex imperii* in der Quelle konkret gemeint ist, bleibt unklar. Grund dafür ist, dass aus der Gattung „*lex imperii*“ lediglich ein Exemplar (und das auch nur fragmentarisch) überliefert ist – die zuvor erwähnte *lex de imperio Vespasiani*. Da die *lex de imperio Vespasiani* (wie auch deren Bezeichnung zum Ausdruck bringt) spezifisch die Kompetenzen des Kaisers *Vespasian* festschrieb, ist zu konstatieren, dass diese im vorliegenden Text, der der Regierungsperiode von Kaiser *Severus Alexander* entspringt und auf diese Bezug nimmt, nicht gemeint sein kann.<sup>21</sup> Folglich lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob das Römische Recht weitere derartige „Verfassungen“ kannte – und falls dies der Fall ist, wie deren Ausgestaltung war.<sup>22</sup> Es bleibt damit nur auf abstrakter Ebene festzuhalten, dass die römischen Kaiser ab *Augustus* (in zum Teil unbekanntem Ausmaß) Freiheiten von der Gesetzesbindung beanspruchten.

Die Selbstbindung der *Severer* als propagiertes wie auch gelebtes Gegenstück zur *legibus solutio* diente ihnen zur gleichsam „freundlichen Selbstinszenierung“.<sup>23</sup> Insbesondere im

17 Originaltext: *Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare saepe constitutum est. licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere.* Übersetzung von *Jungmeister* in *Otto/Schilling/Sintenis* (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis V* (1832) 944 f., mit Ausnahme des in der Übersetzung kursiv Gedruckten (entspricht dem im Lateinischen nicht kursiv Gedruckten). Inhaltlich deckungsgleich ist die Digestenstelle *Paul 5 sent D 32 23*; *Paulus* scheint hier bloß die kaiserliche Ansicht wiederzugeben.

18 *Simon*, *Princeps legibus solutus*. Die Stellung des byzantinischen Kaisers zum Gesetz, in *Nörr/Simon* (Hrsg.), in *GedS Kunkel* (1984) 449 (488).

19 In *Inst 2 17 8* wird etwa berichtet, dass die severischen Kaiser *Septimius Severus* und *Antoninus Pius* überaus häufig auf diese Ansicht Bezug nehmen würden: (...) *secundum haec divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: „licet enim,“ inquirunt „legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus“*; Übersetzung *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler* in *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler* (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis Bd I* (1997) 101: „(...) In diesem Sinne haben auch die vergöttlichten Kaiser *Septimius Severus* und *Antoninus* [*Caracalla*] häufig auf Anfrage entschieden. ‚Denn‘, sagen sie, ‚sind wir auch von den Gesetzen befreit, leben wir doch nach den Gesetzen‘“. Siehe auch *Simon* in *GedS Kunkel* 464.

20 Zum Spannungsverhältnis zwischen *lex* und kaiserlicher *voluntas* siehe ferner *Wyduckel*, *Princeps Legibus Solutus*. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre (1979) 54.

21 Zur *lex de imperio Vespasiani* siehe wiederum *Eck* in *Capogrossi Colognesi/Tassi Scandone* (Atti del Convegno, 20-22 novembre 2008; 2009) 231 (232).

22 Siehe aber *Levick* in *Capogrossi Colognesi/Tassi Scandone* (Atti del Convegno, 20-22 novembre 2008; 2009) 11 (12): „Every Roman dynast – dictator, triumvir, and Princeps – had to have powers built on legal rock“.

23 Für *Simon* stellt dies eine „kaiserliche Tugend, ein moralisches *proprium imperii*“ dar, siehe *Simon* in *GedS Kunkel* 464.

erbrechtlichen Kontext wird dies offenkundig. Hier verzichteten die *Severer* auf eine wesentliche Einnahmequelle, indem sie es unterließen, Testamentserben die Erbschaften auszuschlagen. Konkret beinhaltete dies insbesondere den Verzicht auf den Antritt der Erbschaft zugunsten von überlebenden Kindern des Erblassers, sowie die Weigerung, sich aus unvollständigen Testamenten (die auch in der obigen Quelle C 6 23 3 erwähnt werden) zu bereichern.<sup>24</sup> Dies steht etwa im Kontrast zu Nero, der, als Ausdruck seiner stark absolutistischen Haltung, im Allgemeinen nicht davor zurückscheute, Erbschaften aus dem Kreis der Bevölkerung anzutreten.<sup>25</sup>

### 1.3. Zwischenfazit

Als Zwischenresümee lässt sich feststellen, dass *princeps legibus solutus est* im Kontext des römischen Ehe- und Erbrechts erwiesenermaßen in Erscheinung getreten ist; explizit erwähnt wird diese Formulierung unter Bezugnahme auf *Kaiser Augustus* sowie die severischen Kaiser. Ob weitere Rechtsgebiete von einer etwaigen *legibus solutio* betroffen waren, ist auf Grund der Quellenlage nicht ergründbar. Ebenso lassen die Quellen offen, ob sich eine bestehende *legibus solutio* nur auf einen spezifischen Kaiser, oder aber auch auf dessen Nachfolger erstreckte. Sowohl die oben getroffenen Beobachtungen zum sachlichen, als auch jene zum persönlichen Wirkungsbereich der *legibus solutio* sind daher nicht verallgemeinerungsfähig. Ebenso im Dunklen lassen die überlieferten Quellen, inwieweit ein Zusammenhang zwischen der *legibus solutio* von *Augustus* und der Severerformel bestand.

## 2. *Princeps legibus solutus est* im Mittelalter: Rezeption, Repetition, Rekontextualisierung

Zwischen 12. und 15. Jh wurde erneut auf *princeps legibus solutus est* zurückgegriffen; dies von mittelalterlichen Juristen, die heute als „Glossatoren“ und „Kommentatoren“ bekannt sind. Wenngleich sich diese mitunter in ihrer Arbeitsweise unterschieden (Glossatoren machten knappe, als „Glossen“ bezeichnete Anmerkungen zu den lateinischen Texten, während Kommentatoren diese vertiefend erörterten),<sup>26</sup> sind deren Ausführungen zu *princeps legibus solutus est* deckungsgleich.<sup>27</sup> Im Folgenden wird daher beispielhaft auf die *Glossa Ordinaria* des *Accursius*, eines mittelalterlichen Glossators, eingegangen.

*Accursius* kommentierte zur zuvor behandelten Digestenstelle D 1 3 31, die besagt, dass der Kaiser von den Gesetzen befreit ist und diese Gesetzesbefreiung auch auf die Kaise-

---

24 Rogers, *The Roman Emperors as Heirs and Legatees*, *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 1947, 157 f.

25 Siehe wiederum Rogers, *Roman Emperors* 157 f.

26 Stein, *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur* (1996, Übersetzung von Luig) 80–85, 117–122.

27 Pennington, *The Prince and the Law, 1200–1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition* (1993) 87; Wyduckel, *Princeps* 66 f.

rin erstreckt: „Aber aus seinem eigenen Willen heraus unterwirft er sich“.<sup>28</sup> Nach Ansicht dieses mittelalterlichen Juristen unterlag der Souverän nicht den Gesetzen, sondern er unterwarf sich diesen freiwillig. Nur auf Grund dieses freiwilligen „opt-in“ in die Gesetzesbindung ist der Souverän seinen Rechtssubjekten insofern gleichgestellt, als er jene nunmehr auch auf seine Person erstreckt hat; im Gegensatz zu den Rechtsunterworfenen beruht seine Unterwerfung jedoch auf Freiwilligkeit. Wahrscheinlich ist, dass *Accursius* in seiner Kommentierung auf die Severerformel, also die freiwillige Gesetzesbindung der (severischen) Kaiser, Bezug nahm. Dieserart erweiterte bzw ergänzte der mittelalterliche Jurist die *Ulpian*-Stelle D 1 3 31 – und zwar in puncto kaiserlicher Selbstbindung, trotz Loslösung vom Gesetz.

Eine andere Deutungsmöglichkeit der Glosse ist, dass *Accursius* nicht das Ziel verfolgte, *Ulpian*s Text um die Severerformel zu ergänzen, sondern vielmehr darauf abstellte, zwei an sich widersprüchliche Aussagen so auszulegen, dass sie kompatibel scheinen:<sup>29</sup> Sowohl die Annahme, dass der Souverän nicht an Gesetze gebunden ist, als auch die gegensätzliche Annahme, dass der Souverän selbst, gleich seinen Untertanen, den Gesetzen unterworfen ist, lassen sich aus *Accursius*' Glosse gleichermaßen ableiten. Grund dafür ist, dass der Jurist zugleich Raum für die Verfechter der Unabhängigkeit des Souveräns, als auch für die Vertreter der Bindung des Souveräns lässt. Unabhängig von der Intention des *Accursius* kann festgehalten werden, dass dessen Argumentationslinie (ursprünglich) voneinander divergierende Bewertungen, die schon im römischen Reich getroffen worden waren, miteinander in Kontext stellt: Grundsätzlich ist der Souverän von den Gesetzen befreit, aber aus eigenem Willen hält er sich, gleich den Rechtssubjekten, daran. Die mittelalterlichen Überlegungen zu *princeps legibus solutus est* vollziehen also eine maßgebliche Leistung, die über die bloße Repetition bereits vorhandener Ideen hinausgeht: Während die oben behandelte Digestenstelle D 1 3 31 besagt, dass dem Kaiser eine Gesetzesbefreiung zugutekommt, ist in der angeführten Codex-Stelle C 6 23 3 zu lesen, dass der Kaiser sich aus intrinsischer Motivation an die Gesetze hält. Indem *Accursius* in seiner Kommentierung der gegenständlichen Digestenstelle konstatiert, dass der Souverän sich aus freiem Willen den Gesetzen unterwirft, spannt er eine Brücke zwischen der in den Digesten proklamierten Bindungsfreiheit des Souveräns und dessen im Codex festgeschriebener (freiwilliger) Gesetzesbindung. *Accursius* bewirkte folglich die Kontextualisierung zweier aus unterschiedlichen Regelwerken (Digesten/Codex) stammender Fragmente, wobei der eine Text zur Entschärfung des anderen, der eine Lösung des Souveräns vom Gesetz beinhaltete, herbeigezogen wurde.

28 Originaltext: *Voluntate tamen sua seipsum subiicit*; eigene Übersetzung.

29 So *Wyduckel*, *Princeps* 52 ff.

### 3. *Princeps legibus solutus est* in der Frühen Neuzeit: Einzug ins öffentliche Recht

Die Rezeption, Repetition und Rekontextualisierung römisch-rechtlicher Gedanken, die im Mittelalter erfolgte, steht in starkem Kontrast zum Umgang mit *princeps legibus solutus est* in der Frühen Neuzeit, wie durch *Jean Bodins* „Les Six Livres de La République“ sowie *Thomas Hobbes*’ „Leviathan“ repräsentiert. Diese beiden Werke eignen sich zur vergleichenden Analyse der Entwicklung der Souveränität in der Frühen Neuzeit im Kontext von *princeps legibus solutus est*. Sowohl *Bodin* als auch *Hobbes* entwickeln aus absolutistischer Perspektive das (moderne) Konzept der Souveränität und greifen dabei auf *princeps legibus solutus est* zurück.

#### 3.1. *Jean Bodin*: Souveränität des absolutistischen Herrschers

*Bodin* schreibt gegen Ende des 16. Jh: „Wenn also der prince souverain von den Gesetzen seiner Vorgänger ausgenommen ist, wird er noch viel weniger an die Gesetze und Verordnungen gebunden sein, die er selbst macht: Denn man kann zwar von jemand anderem das Gesetz vorgeschrieben bekommen, aber es ist von Natur aus unmöglich, sich selbst das Gesetz vorzuschreiben, genauso wie es unmöglich ist, sich selbst etwas zu befehlen, was vom eigenen Willen abhängig ist (...). Und ganz genau wie der Papst sich selbst nie die Hände bindet, wie die Kanonisten sagen, kann sich auch der prince souverain nicht selbst die Hände binden, selbst, wenn er es wollte.“<sup>30</sup>

Es fällt zunächst auf, dass *Bodin princeps legibus solutus est*, im Gegensatz zur mittelalterlichen Glosse, nicht mehr gleichsam isoliert „für sich“ betrachtet, sondern in ein größeres theoretisches Konstrukt einarbeitet. Dies liegt primär an der Natur der Glosse, die als (bloßer) Kommentar zum Römischen Recht immanente Grenzen hat. *Bodin* hingegen geht es nicht darum, (die lateinischen Quellen zu) *princeps legibus solutus est* separat und auf abstrakter Ebene näher zu erörtern. Vielmehr versucht er, diesen Textbaustein zur Untermauerung der Position des Herrschers nutzbar zu machen. Zu diesem Zweck argumentiert *Bodin*, dass die Souveränität, die dem Souverän zusteht, wesensnotwendig beinhaltet, dass der Souverän selbst nicht an seine eigenen Gesetze gebunden ist. Wäre dies anders, so schreibt er, wäre ein Souverän nicht souverän. Auch *Bodin* anerkennt eine Möglichkeit, dass der Träger der Souveränität sich in bestimmter Weise binden kann: Schließt der Souverän mit einem anderen Souverän, oder aber mit der gesamten Bevölkerung, über die er herrscht, einen Vertrag ab, in dem er sich verpflichtet, sich an eigene Gesetze zu halten, so ist er an dieses vertragliche Versprechen gebunden.<sup>31</sup>

30 Originaltext: „Si donc le Prince souuerain est exempt des loix de ses predecesseurs, beaucoup moins seroit il tenu aux loix & ordonnances qu’il fait: car on peut bien recevoir loy d’autruy, mais il est impossible par nature de se donner loy, non plus que commander à soy même chose qui depende de sa volonté (...). Et tout ainsi que le Pape ne se lie iamais les mains, comme disent les canonistes: aussi le Prince souuerain ne se peut lier les mains, quand ores il voudroit“, *Bodin*, Les Six Livres de La République (1579) 92; eigene Übersetzung.

31 *Bodin*, Six Livres 92 ff.

Diese Überlegungen führen zur Frage, aus welchem Grund *Jean Bodin* seine theoretischen Überlegungen zur Souveränität auf die Festigung der Position des Souveräns konzentriert – und inwiefern sich hier ein Bezug zum römischen Recht feststellen lässt. Die Beweggründe für *Bodins* Ausführungen lassen sich durch einen Blick auf seine Biographie – zumindest annähernd – beantworten. Zum einen vollzog Bodin einen Karrierewechsel, der ihn vom Parlament in den Dienst des Monarchen führte. Dies erklärt, dass die politische Ausrichtung von *Bodins* Schriften sich in gewisser Hinsicht an die Wünsche und Positionen des Regenten anzupassen hatte.<sup>32</sup> Eine weitere Motivation *Bodins*, die Position des Souveräns zu stärken, war der Bürgerkrieg, den der Staatstheoretiker erleben musste – und der daraus aufkeimende Wunsch, zu einem stabilen System beizutragen.<sup>33</sup> *Bodins* Konnex zum römischen Recht war seine juristische Ausbildung, die ihn mit Kenntnissen über das römische Recht ausgestattet hatte.<sup>34</sup> Wenngleich *Bodin* in seinen Ausführungen römisch-rechtliche Quellen nicht explizit zitiert, waren diese, wie *Lloyd* schreibt, sicherlich „his thought’s intellectual underpinning“,<sup>35</sup> also die Basis seiner intellektuellen Tätigkeit.

### 3.2. *Thomas Hobbes*: Über den Leviathan und den Gesellschaftsvertrag

*Hobbes* schreibt Mitte des 17. Jh zu unserem Thema: „Der Souverän eines Staates (...) ist nicht den ‚Civil Laws‘ unterworfen. Denn, da er die Macht hat, Gesetze zu erlassen und aufzuheben, kann er sich, wann immer er möchte, von dieser Unterwerfung befreien, indem er die Gesetze aufhebt, die ihn plagen, und neue macht; und folglich war er bereits zuvor frei. Denn dass er frei ist, bedeutet, dass er frei ist, wann er es wünscht. Und es ist auch nicht möglich, dass irgendjemand an sich selbst gebunden ist; denn der, der binden kann, kann auch befreien; und deshalb ist der, der nur an sich selbst gebunden ist, nicht gebunden.“<sup>36</sup> Der Begriff der „Civil Laws“ bezeichnet in diesem Kontext die Summe an Normen, die innerhalb eines Staates gelten.<sup>37</sup>

32 *Lee*, *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought* (2016) 187; siehe hingegen, ausschließlich die Bürgerkriegserfahrungen *Bodins* als relevant beurteilend, *Beilner*, *Von der mittelalterlichen Rechtsidee zum souveränen Staat* (1976) 70; zur legitimierenden Funktion, die theoretischen Konstrukten mitunter anheim wird, siehe *Philpott*, *Ideas in Hashmi* 28; *Werner/de Wilde*, *The Endurance of Sovereignty*, *European Journal of International Relations* 2001, 286.

33 *Glanville*, *The antecedents of „sovereignty as responsibility“*, *European Journal of International Relations* 2011, 237; *Rosin*, *Souveränität zwischen Macht und Recht. Probleme der Lehren politischer Souveränität in der frühen Neuzeit am Beispiel von Machiavelli, Bodin und Hobbes* (2003) 102; *Quaritsch*, *Souveränität* 48 ff; siehe auch *Quaritsch* in *Erler/Kaufmann* Sp 1717. Das Zusammenspiel beider genannter Faktoren als ursächlich für *Bodins* absolutistische Haltung erachtend, *Lee*, *Sovereignty* 187.

34 Siehe etwa *Lloyd*, *Jean Bodin. ‚This Pre-eminent Man of France‘* (2017) 66 ff; *Lee*, *Sovereignty* 165 f.

35 *Lloyd*, *Bodin* 121.

36 Originaltext: „The Sovereign of a Common-wealth [...] is not Subject to the Civill Lawes. For having power to make, and repeale Lawes, he may when he pleaseth, free himselfe from that subjection, by repealing those Lawes that trouble him, and making of new; and consequently he was free before. For he is free, that can be free when he will: Nor is it possible for any person to be bound to himselfe; because he that can bind, can release; and therefore he that is bound to himselfe onely, is not bound“, *Hobbes*, *Leviathan* in *Tuck*, *Revised student edition* (1996) 184; eigene Übersetzung.

37 *Hobbes*, *Leviathan* 183.

*Hobbes* postuliert im *Leviathan* den historisch-fiktiven Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, durch den die Gesamtheit der Bevölkerung den Souverän eingesetzt hat. Kraft dieser Einsetzung, die jegliche Handlung des Souveräns zu legitimieren vermag, handelt, so *Hobbes*, der Souverän stets im Sinne der gesamten Bevölkerung.<sup>38</sup> Dazu setzt er voraus, dass der souveräne Herrscher den Willen der Bevölkerung lediglich ausführt; jede Handlung des Herrschers ist somit Handlung eines jeden Rechtsunterworfenen. Vor diesem Hintergrund erklärt *Hobbes*, dass der Souverän, der sich jederzeit durch das Aufheben von Gesetzen von deren Bindung befreien kann, gerade deshalb gar nicht den Gesetzen unterworfen ist. Für *Hobbes* besteht die *legibus solutio* des Herrschers, da jener kraft seiner staatlichen Position Gesetze ohnehin jederzeit beseitigen und neue schaffen könne. Wie auch *Bodin*, war *Hobbes* geprägt vom Bürgerkrieg und deshalb daran interessiert, durch seine Ausführungen die innere Ordnung zu stabilisieren.<sup>39</sup> Dies erklärt die herrschaftslegitimierende Ausrichtung des *Leviathan*.<sup>40</sup>

Wenngleich man in *Hobbes* primär den prominenten Denker des Naturrechts sieht, so war sein Wirken auch von der römischen Rechtsüberlieferung inspiriert. Wie *Daniel Lee* herausgearbeitet hat, verfügte *Hobbes* auf Grund seiner beruflichen Erfahrung ein profundes Rechtswissen, auf welches er bei der Entwicklung diverser Konzepte zurückgriff.<sup>41</sup> Des Weiteren nimmt *Hobbes* im *Leviathan* explizit auf die „antient Civill Lawes [sic] of the City of Rome“<sup>42</sup> Bezug. Wie auch bei *Bodin*, tritt der römisch-rechtliche Einfluss in *Hobbes'* Werk darüber hinaus größtenteils implizit zum Vorschein; dennoch ist der Einfluss des römischen Rechts klar erkennbar. Am deutlichsten bezieht sich *Hobbes* im ersten Satz des Zitats auf das römische Recht: Er gibt die Formulierung *princeps legibus solutus est* exakt wieder, indem er schreibt, dass der Souverän eines Staates nicht den „Civil Laws“, also den innerhalb des Staates geltenden Normen,<sup>43</sup> unterworfen ist.

#### 4. Fazit

*Princeps legibus solutus est* ist ein absolutistisch gefärbter Ausdruck, bezogen auf den Träger der Souveränität. Dass der Souverän losgelöst von den Gesetzen ist, findet sich bereits im römischen Recht – und zwar im Kontext des Familien- und des Erbrechts. Unter den *Severern* stand dieser Loslösung des Kaisers vom Gesetz explizit dessen freiwillige Gesetzesbindung gegenüber;<sup>44</sup> bereits *Kaiser Augustus* pflegte wohl aus taktischen

---

38 *Hobbes*, *Leviathan* 184.

39 *Voigt*, *Der moderne Staat. Zur Genese des heutigen Staatsverständnisses* (2015) 9; *Rosin*, *Souveränität* 165 f.

40 Zu *Hobbes'* Intention, die Herrschaftsposition des Souveräns in theoretischer Hinsicht zu stärken, siehe auch *Voigt*, *Staat* 10.

41 *Lee*, *Hobbes and the civil law. The use of Roman law in Hobbes's civil science*, in *Dyzenhaus/Poole* (Hrsg.), *Hobbes and the Law* (2012) 210 (211).

42 *Hobbes*, *Leviathan* 125.

43 Siehe zu dieser Definition wiederum *Hobbes*, *Leviathan* 183.

44 *Simon* in *GedS Kunkel* 465.

Gründen eine ähnliche Praxis.<sup>45</sup> Über diese Feststellungen hinaus bestehen, der Quellenlage geschuldet, einige offene Fragen. Unklar ist insbesondere, ob es eine *legibus solutio* im römisch-rechtlichen Kontext auch jenseits des Familien- und Erbrechts gab, sowie, ob jeweils nur spezifische Kaiser, oder aber auch deren Nachfolger von einer solchen umfasst waren.

Mittelalterliche Juristen sahen *princeps legibus solutus est* durch die freiwillige Selbstunterwerfung des Souveräns eingeschränkt; dies potentiell, da sie Quellen aus den Digesten und aus dem Codex miteinander in Verbindung brachten. Gelehrte der Frühen Neuzeit richteten, im Kontrast dazu, ihre theoretischen Bemühungen darauf, jede Bindung des Souveräns auszuschließen. Bei *Bodin* ist der Souverän nur dann ein solcher, wenn er *legibus solutus* ist; *Hobbes* begründet die Freiheit des Souveräns von den Gesetzen aus dessen Gesetzgebungskompetenz. Diesen grundsätzlich verschiedenen Theoremsätzen war gemein, dass sie ohne die Folie des römisch-rechtlichen *princeps legibus solutus est* wohl nicht in dieser Form entstanden wären. Bemerkenswert ist dabei insbesondere, dass die römisch-rechtliche Vorstellung von *princeps legibus solutus est*, die (soweit belegt ausschließlich) im Privatrecht verankert war, in der Frühen Neuzeit auf den staatsrechtlichen Kontext umgelegt wurde.

Mag.<sup>a</sup> Karina Jasmin Karik, BA M.A.I.S. arbeitet und dissertiert am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien; karina.jasmin.karik@univie.ac.at

---

<sup>45</sup> Siehe wiederum *Rowe*, *Reconsidering the Auctoritas of Augustus*, *The Journal of Roman Studies* 2013, 1 ff; *Benke* in *Feldner/Forgó* 65.

# Jedes fünfte Kind ist von Armut bedroht

Die sozialen Grundrechte im BVG Kinderrechte und deren Anwendungspotential

Sebastian Öhner

---

## 1. Einleitung

In Österreich ist mehr als jedes fünfte Kind von Armut bedroht.<sup>1</sup> Betroffen sind damit ungefähr 23 % der Kinder und Jugendlichen, insgesamt rd 368.000. Besonders drastisch zeigt sich die Situation bei Alleinerziehenden-Haushalten.<sup>2</sup> Hier ist sogar jedes zweite (!) Kind von Armut und sozialer Ausgrenzung bedroht. Die sozio-ökonomischen Auswirkungen der Pandemie auf die Lebensverhältnisse vieler Familien haben dabei zu einem weiteren Anwachsen der Kinderarmut geführt. Diese, mehr als nur bedenklichen, hohen Zahlen spiegeln die Lebensrealität vieler Kinder und Jugendlicher in Österreich wider.<sup>3</sup> Der akute Handlungsbedarf Österreichs, Kinderarmut und ihre Ursachen zu bekämpfen, wurde in den letzten Jahren mehrmals festgestellt.<sup>4</sup> Zudem ist auch im aktuellen Regierungsprogramm das Ziel verankert, Kinderarmut um die Hälfte zu reduzieren.<sup>5</sup> Als vorläufiges Ergebnis kann festgehalten werden, dass alleine seit dem letzten Jahr 18.000 Kinder und Jugendlichen *mehr* von Armut bedroht sind, als es noch im letzten Jahr der Fall war.<sup>6</sup>

Mit der europäischen Kinder-Garantie, die als Teil der Umsetzung der Europäischen Kinderrechtestrategie<sup>7</sup> zu sehen ist, sollen nun europaweit gezielte Maßnahmen gegen Kinderarmut gesetzt werden.<sup>8</sup> Es ist also eine weitere Chance, dass Kindern und Jugendlichen in Österreich die notwendigen Bedingungen für eine bestmögliche Entwicklung und

---

1 *Statistik Austria*, Tabellenband EU-SILC 2021 und Bundesländertabellen mit Dreijahresdurchschnitt EU-SILC 2019 bis 2021. Einkommen, Armut und Lebensbedingungen (2022).

2 *S BMSGPK*, Armutsgefährdung und soziale Ausgrenzung von Ein-Eltern-Haushalten in Österreich (2021).

3 *S Netzwerk Kinderrechte Österreich*, Ergänzender Bericht zum 5. und 6. Bericht der Republik Österreich an die Vereinten Nationen gem Art 44 Absatz 1 lit b des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (2019) 35 f.

4 *S Committee on the Rights of the Child*, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Austria 2020 Rz 17; sowie *BMEIA*, UPR 2021 – Österreichische Antwort zu den erhaltenen Empfehlungen, 139.177, 139.180 (2021).

5 *Die neue Volkspartei und Die Grünen – Die Grüne Alternative*, Regierungsprogramm 2020–2024, 168.

6 Vgl *Statistik Austria*, Tabellenband EU-SILC 2020 und Bundesländertabellen mit Dreijahresdurchschnitt EU-SILC 2018 bis 2020. Einkommen, Armut und Lebensbedingungen (2021).

7 EU-Kinderrechtsstrategie, Mitteilung der EK an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v 24.3.2021, KOM (2021) 142 endg.

8 Empfehlung (EU) 2021/1004 des Rates v 14.6.2021 zur Einführung einer Europäischen Garantie für Kinder, ABl L 223/14.

Entfaltung, so wie es im Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern<sup>9</sup> (BVG Kinderrechte) verankert ist, gewährleistet werden.

Dieses aus kinderrechtlicher Sicht bedeutende Ereignis soll zum Anlass genommen werden, um die kinderrechtlichen Schutz- und Fürsorgeverpflichtungen des Staates im Bereich der Prävention von Kinderarmut zu erläutern. Zudem soll ein Einblick in die Anwendung des Art 1 BVG Kinderrechte als in Österreich verankertes, soziales Grundrecht gegeben werden.

## 2. Was ist unter Kinderarmut zu verstehen?

Zu Beginn sollen Facetten für die Definition des Begriffs Armut bzw der Kinderarmut dargestellt werden. Armut tritt vor allem als Mangel der Teilhabemöglichkeiten am gesellschaftlichen Leben in Erscheinung.<sup>10</sup> Darüber hinaus wird Armut oft in Zahlen festgehalten. Als Einkommensarmutsgrenze werden rund 60 % des mittleren Pro-Kopf Haushaltseinkommens definiert.<sup>11</sup> Von manifester Armut spricht man insb dann, wenn die geringe finanzielle Ausstattung mit Einschnitten in zentralen Lebensbereichen verbunden ist (wie zB kein Zugang zu gesunder Ernährung, keine Möglichkeit die Wohnung warm halten zu können oder abgetragene Kleidung tragen zu müssen).

Betrachtet man den Bereich der Kinderarmut, können die Auswirkungen in vier Dimensionen eingeteilt werden:<sup>12</sup>

- die *materielle Dimension*, unter die bspw Essen, Kleidung und angemessene Wohnmöglichkeiten fallen;
- die *soziale Dimension*, mit der eine verringerte gesellschaftliche Teilhabe verstanden wird, die sich oft darin manifestiert, dass Kinder die von Armut bedroht sind weniger Freund:innen haben und sich ausgegrenzt fühlen;
- die *kulturelle Dimension*, zu der ua die mangelnde Teilhabe an Kultur und Sport oder eine verringerte sprachliche Kompetenz gezählt wird. Auch ist der erschwerte Zugang zu Bildung unter diesem Faktor subsumiert;
- sowie die *gesundheitliche Dimension*, mit der va ein häufigeres Auftreten von Krankheiten und ein verstärktes Verletzungsrisiko assoziiert wird. Hierunter fällt bspw das vermehrte Auftreten psychischer Erkrankungen.

Diese vier Dimensionen sind nicht voneinander isoliert zu betrachten, sondern wirken jeweils stets aufeinander ein und prägen die Lebensrealitäten von betroffenen Kindern.<sup>13</sup> Kinder sind deshalb am stärksten von Armut betroffen, weil sie die Wurzeln ihres Ent-

9 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern BGBl I 2011/4.

10 *Dimmell/Fenninger*, Was wir über Kinderarmut wissen, 31, *Die Armutskonferenz*, Was heißt hier arm? Armut & Armutsbekämpfung in Österreich (2010) 5.

11 *Die Armutskonferenz*, Was heißt hier arm? 5, *Volkshilfe*, Fakten zu Kinderarmut und Bildung (2021) 9.

12 *Volkshilfe*, Fakten 9. Bundes Jugendvertretung, Positionspapier gegen Armut und soziale Ausgrenzung von Kindern und Jugendlichen (2016) 7.

13 *Bundes Jugendvertretung*, Positionspapier (2016) 6 f.

wicklungspotenzials trifft.<sup>14</sup> Die Kinderrechte beinhalten deswegen umfassende rechtliche Verpflichtungen zur Gewährleistung bestmöglicher Entwicklungsbedingungen.

### 3. Die VN-Kinderrechtskonvention als Ausgangspunkt

Die Konvention über die Rechte des Kindes (KRK)<sup>15</sup> ist der wichtigste Ausgangspunkt des kinderrechtlichen Verständnisses. Zur Vollständigkeit sei erwähnt, dass noch drei Fakultativprotokolle zur KRK bestehen, von denen Österreich jedoch das dritte betreffend des Rechts von Kindern auf ein Beschwerdeverfahren vor dem VN-Kinderrechteausschuss, noch nicht ratifiziert hat.<sup>16</sup> Die KRK schafft in ihren 54 Artikeln einen möglichst breit aufgestellten und nahezu alle Lebensbereiche von Kindern und Jugendlichen umfassenden Katalog an Regelungen.<sup>17</sup> Der vermutlich bedeutendste mit der KRK einhergehende Paradigmenwechsel ist die Implementierung umfassender, subjektiver Rechte von Kindern. Dadurch wurden sie aus der Rolle bloßer Schutzobjekte rechtlicher Normierung gehoben.<sup>18</sup>

Als zentrale Grundprinzipien der KRK gelten das Diskriminierungsverbot (Art 2), das Kindeswohlvorrangigkeitsprinzip (Art 3 Abs 1), das Recht auf Leben und Entwicklung (Art 6) und das Recht auf Partizipation (Art 12).<sup>19</sup> Zudem sind die Aspekte *Protection* (Berücksichtigung der speziellen Schutzbedürftigkeit von Kindern und Jugendlichen), *Provision* (Schaffung der Voraussetzungen um die Grundversorgung von Kinder und Jugendlichen sicherzustellen) und *Participation* (Ermächtigung der Kinder und Jugendlichen zur Selbst- und Mitbestimmung) die drei speziell hervorzuhebenden Aus- und Zielrichtungen der Kinderrechte.<sup>20</sup>

Die Gewährleistung bestmöglicher Entwicklungsbedingungen und Teilhabemöglichkeiten war von jeher eines der prioritären Problemgebiete, das mit Implementierung der KRK verbessert werden sollte.<sup>21</sup> Deshalb lassen sich zu allen Grundprinzipien Verbindungen zur Armutsprävention feststellen. Ein Bsp dieser Zusammenhänge ist das Diskriminierungsverbot in Art 2 KRK, welches die Setzung spezifischer Maßnahmen vor-

---

14 UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (2007) 387.

15 Übereinkommen über die Rechte des Kindes samt Vorbehalten BGBl III 2020/178.

16 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten BGBl III 2002/92; Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie BGBl III 2004/93; Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren, unterzeichnet am 28.2.2012, noch keine Ratifizierung.

17 *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen<sup>2</sup> (2017) 56.

18 *Schmahl*, Kinderrechtskonvention 59; *Fuchs*, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, Jahrbuch Öffentliches Recht (2011) 95.

19 *Grabenwarter*, Zur Frage der Integration der Garantien der Kinderrechtskonvention in das österreichische Bundesverfassungsrecht in *Berka/Grabenwarter/Weber*, Studien zur Kinderrechtskonvention und ihrer Umsetzung in Österreich, BMFJ Wien (2014) 30.

20 *Fuchs* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar<sup>2</sup> Art 24 Rz 6; *Schmahl*, Kinderrechtskonvention 57.

21 S im 6. Erwägungsgrund der Präambel zur VN-Kinderrechtskonvention, Übereinkommen über die Rechte des Kindes.

sieht, die in Armut lebende Kinder fördern sollen. Dabei soll ua die oftmals mangelnde Chancengleichheit im Bereich der Bildung oder der Gesundheitsversorgung ausgeglichen werden.<sup>22</sup> Auch Art 6 KRK stellt eine klare Verbindung zur Armutsprävention her. In Abs 2 leg cit wird festgelegt, dass das Recht des Kindes auf Entwicklung im größtmöglichen Umfang zu schützen ist.<sup>23</sup> „Entwicklung“ ist in diesem Sinne ganzheitlich zu verstehen. Miteingeschlossen sind die psychische, mentale, spirituelle, moralische, psychische und soziale Entwicklung.<sup>24</sup> Hierbei wird angenommen, dass die Rolle des Staates bei der Sicherstellung der Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes umso größer ist, je verletzlicher das Kind ist.<sup>25</sup>

Eine Betonung erfährt das Recht auf Schutz der Entwicklung durch weitere Regelungen, die darüber hinaus erforderliche Entwicklungsbereiche ausdrücklich schützen. Hervorzuheben sind hier ua das Recht auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit (Art 24 KRK) oder das Recht auf Bildung (Art 28 KRK). Verankert ist in Art 27 KRK aber auch das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard, das ebenfalls als subjektives Recht des Kindes konzipiert ist.<sup>26</sup> Durch die hier klargestellte, kausale Verknüpfung zwischen dem Recht auf einen angemessenen Lebensstandard und der körperlichen, geistigen, seelischen und sozialen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen, wird verdeutlicht, dass der angemessene Lebensstandard direkte Auswirkungen auf das psychische und physische Wohlbefinden des Kindes hat.<sup>27</sup> Bringt man auch diese Bestimmungen in Zusammenhang mit der Definition von Kinderarmut zeigt sich abermals wie eng verknüpft das Recht auf Entwicklung und die Armutsprävention sind. Es ist ersichtlich, dass die KRK als zentrale Quelle der Kinderrechte ein dichtes Netz an Regelungen geschaffen hat, die Kindern und Jugendlichen ein bestmögliches Aufwachsen sichern sollen.

#### 4. Die Überleitung der Kinderrechte in die österreichische Rechtsordnung

In Österreich wurde die KRK im Jahr 1992 gem Art 50 Abs 2 Z 3 B-VG auf einfachgesetzlicher Ebene und mit Erfüllungsvorbehalt beschlossen. Somit ist sie Teil der österreichischen Rechtsordnung, aber steht nicht im Verfassungsrang. Ihre Wirkung beschränkt sich demnach als solche primär auf die innerstaatliche Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung insb der Regelungen, die in Erfüllung der KRK ergangen sind.<sup>28</sup>

---

22 *Sax/Hainzl*, Die verfassungsgeschichtliche Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Österreich (1999) 156; *Committee on the Rights of the Child*, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Austria 2020 Rz 17.

23 S Art 6 Abs 2 Übereinkommen über die Rechte des Kindes.

24 *Sax/Hainzl*, Umsetzung 161.

25 *Schmabl*, Kinderrechtskonvention, Art 6 Rz 14.

26 S Art 27 Übereinkommen über die Rechte des Kindes samt Vorbehalten.

27 *Schmabl*, Kinderrechtskonvention, Art 27 Rz 3.

28 *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber* 31.

Schon bald nach der Übernahme in die Rechtsordnung wurde die Debatte rund um die Implementierung der Rechte von Kindern in der österreichischen Verfassung laut.<sup>29</sup> Dies erfolgte nach einem langen Ringen – und der für den Wandel in Österreich nicht unwichtigen Implementierung spezifischer Rechte von Kindern und Jugendlichen in Art 24 der Europäischen Grundrechtecharta (GRC)<sup>30</sup> – sodann im Jahr 2011. Mit dem BVG Kinderrechte wurden spezifische Rechte von Kindern und Jugendliche im Verfassungsrang verankert. Hinter den neu geschaffenen, eigenständigen Grundrechten von Kindern- und Jugendlichen steckte eine Richtungsentscheidung. Sie bestand darin dieser Gruppe speziellen Schutz zu verleihen und ihnen umfassende Ansprüche auf die Gewährleistung bestmöglicher Entwicklungsbedingungen einzuräumen.<sup>31</sup>

Grundrechtsträger:innen sind nach diesen Bestimmungen Kinder- und Jugendliche bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres.<sup>32</sup> Die Grundrechtsverpflichtung trifft den Staat. Dabei sind Gesetzgebung, Vollziehung und auch das privatrechtliche Handeln miteinander geschlossen.<sup>33</sup> Die im BVG Kinderrechte enthaltenen Normen sind subjektiv-rechtliche Gewährleistungen. Sie können als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geltend gemacht werden und dienen zusätzlich als Auslegungsmaßstab in Verfahren vor Gerichten und Verwaltungsbehörden. Dabei ist die Miteinbeziehung originär kinderrechtlicher Überlegungen im Rahmen der Auslegung ein effektives Mittel, um Abwägungsentscheidungen zugunsten einer umfassenden Berücksichtigung der Bedürfnisse der betroffenen Grundrechtsträger:innen zu erzielen.<sup>34</sup>

Inhaltlich sind die vom BVG Kinderrechte umfassten Themengebiete sehr breit gefächert. Folgt man der Einteilung von *Fuchs*, können sie aber in die Bereiche Freiheitsrechte, Gleichheitsrechte und soziale Grundrechte gegliedert werden. Mit dem BVG Kinderrechte ist also eine, zum Teil sogar unbemerkt gebliebene, Entscheidung für die Implementierung sozialer Grundrechte in die Österreichische Bundesverfassung getroffen worden.<sup>35</sup>

## 5. Die Gruppe der sozialen Grundrechte im BVG Kinderrechte

Insbesondere das in Art 1 BVG Kinderrechte normierte Kindeswohlvorrangigkeitsprinzip ist in diesem Zusammenhang bemerkenswert.<sup>36</sup> Normiert wird hier für jedes Kind der „Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf

---

29 *Sax/Hainzl*, Umsetzung 56 ff.

30 ErläutRV 413 BlgNR 18. GP 26.

31 *Fuchs*, Kinderrechte 96.

32 *Sax*, Kinderrechte 206.

33 *Lais/Schön*, Das Kindeswohl in der Rechtsprechung von VfGH und VwGH, RZ 2021, 212; *Grabenwarter in Berka/Grabenwarter/Weber* 59.

34 *Fuchs*, Kinderrechte 96; *Kasper*, Das Kindeswohlprinzip bei Rückkehrenscheidungen, Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht (2020) 275; *Grabenwarter/Frank*, B-VG, Art 1 BVG Kinderrechte Rz 2.

35 *Fuchs*, Kinderrechte 101 f; *Grabenwarter*, in *Berka/Grabenwarter/Weber* 59 f.

36 Daneben sind auch noch Art 2 Abs 2 und Art 6 Abs 1 BVG Kinderrechte dieser Gruppe zuzuordnen.

bestmögliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit.<sup>37</sup> Dieser hier enthaltene kinderspezifische Schutz- und Fürsorgeanspruch ist dabei an die entsprechenden Kindeswohl-Bestimmungen in Art 3 KRK und Art 24 GRC angelehnt. Insofern ist die KRK als wichtige Grundlage für dessen Interpretation zu verstehen.<sup>38</sup> In diesem Zusammenhang sei zu erwähnen, dass durch die Entwicklung einer strukturierten Prüfung der Kindeswohlvorrangigkeit im Zuge der wirkungsorientierten Folgenabschätzung (WFA) eine Konkretisierung der verpflichtenden Berücksichtigung im Gesetzgebungsprozess stattgefunden hat.<sup>39</sup>

Ziel des Kindeswohlvorrangigkeitsprinzips ist der umfassende Schutz des Wohlergehens des Kindes. Art 1 BVG Kinderrechte vermittelt also Schutzansprüche und einen Leistungsanspruch an den Staat.<sup>40</sup> Dabei wird ebenso klargestellt, dass das Kindeswohl bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen vorrangig berücksichtigt werden muss.<sup>41</sup> Es ist also gemäß seiner Konzeption auch bei der Handhabung einfachgesetzlicher Regelungen als vorrangig zu berücksichtigen und enthält ebenso die Verpflichtung an den Gesetzgeber, das Kindeswohl in allen Kinder und Jugendliche betreffenden Angelegenheiten verstärkt miteinzubeziehen.<sup>42</sup> Das Kindeswohl wurde somit zum zentralen verfassungsrechtlichen Auslegungsgesichtspunkt in allen Kinder und Jugendliche betreffenden Angelegenheiten.<sup>43</sup>

Der sachliche Schutzbereich des Art 1 BVG Kinderrechte ist denkbar weit. Umfasst sind hiervon in jedem Fall auch die für das Wohlergehen des Kindes notwendige soziale Absicherung, eine ausreichende Gesundheitsversorgung und der Zugang zu Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen.<sup>44</sup> Zudem gehört hierzu auch die Verpflichtung zur Sicherung des Wohlergehens vor Verwahrlosung, Übergriffen oder Kinderarmut.<sup>45</sup> Dem Gesetzgeber kommt bei Erfüllung seiner Schutzpflichten ein gewisser Gestaltungsspielraum zu. Aus Art 1 BVG Kinderrechte ist aber jedenfalls ein effektives Schutzniveau und die Möglichkeit zu Abwehrmaßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls abzuleiten.

Das Kindeswohl ist ein unbestimmter, dynamischer Begriff.<sup>46</sup> Die Flexibilität des Begriffes ist wichtig, weil das Kindeswohl immer nur fallbezogen festgestellt werden kann.

37 Art 1 BVG Kinderrechte.

38 ErläutRV 413 BlgNR 18. GP 26.

39 VO des BM für Wirtschaft, Familie und Jugend über die Abschätzung der Auswirkungen auf junge Menschen im Rahmen der wirkungsorientierten Folgenabschätzung bei Regelungsvorhaben und sonstigen Vorhaben (WFA-Kinder- und Jugend-VO – WFA-KJV) BGBl II 2012/495.

40 *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber* 59. *Fuchs*, Kinderrechte 102.

41 Art 1 BVG Kinderrechte.

42 ErläutRV 413 BlgNR 18. GP, 26.

43 *Berka*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (2018) Rz 1406a.

44 Gerade der Zugang zu Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen steht in engem Zusammenhang mit dem Recht auf Schutz der Entwicklung, Art 6 BVG Kinderrechte.

45 *Fuchs*, Kinderrechte 102; *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber* 60.

46 *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl: Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht (2015) 104; VN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr 14 (2013), The right of the child to his or her best interests taken as a primary consideration, VN-Dok CRC/C/GC 14, 9.

Dadurch ist es möglich, eine umfassende Bewertung der Lebensqualität des Kindes unter der Berücksichtigung individueller Bedürfnisse durchzuführen. Untersucht werden dabei ua körperliche, seelische, soziale und finanzielle Aspekte.<sup>47</sup> Bei einer solchen Überprüfung, kann man die Situation eines einzelnen Kindes, einer spezifischen Gruppe von Kindern (zB Kinder mit einer Behinderung), oder auch Kinder im Allgemeinen vor Augen haben.<sup>48</sup> Diese Überlegungen bilden die jeweilige Ausgangs- und Interpretationslage der einfachgesetzlichen Normen, die sich mit dem Kindeswohl auseinandersetzen.<sup>49</sup> Um willkürliche Entscheidungen im Sinne des Kindeswohls zu verhindern, werden auch Parameter aufgestellt, die eine solche Überprüfung unterstützen. Hierfür dient sowohl in der Lehre als auch in der Judikatur der aus dem Zivilrecht übernommene Katalog des § 138 ABGB.<sup>50</sup> Enthalten sind darin bspw immaterielle Rechte, wie die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten und Neigungen oder die allgemeine Wahrung der Rechte, Ansprüche und Interessen des Kindes. Darüber hinaus werden auch materielle Rechte, wie angemessene Wohnbedürfnisse oder die Zurverfügungstellung der Basisbedürfnisse (Ernährung, Kleidung, Hygiene) des Kindes normiert. Nicht zuletzt ist auch der Schutz vor negativen Auswirkungen auf die Psyche des Kindes in § 138 ABGB implementiert. Die in diesem Katalog festgehaltenen Parameter, weisen dabei starke Überschneidungen zu den, in die materielle, soziale, kulturelle und gesundheitliche gegliederten Dimensionen der Kinderarmut auf. So ergibt sich ein immer klareres Bild des Gerüsts der Grundbedürfnisse, das den Inhalt des Kindeswohls in diesem Zusammenhang verdeutlicht.

## 6. Die Anwendung des Kindeswohlvorrangigkeitsprinzips am Beispiel der Kinderarmut

Das in Art 1 BVG Kinderrechte normierte Kindeswohlvorrangigkeitsprinzip ist zu den sozialen Grundrechten zu zählen. Zudem ist sich die Lehre auch einig, dass der sachliche Anwendungsbereich die individuelle wirtschaftliche und soziale Absicherung umfasst. Darunter sollen, wie oben bereits festgestellt, im Sinne der Gewährleistung bestmöglicher Entwicklungsbedingungen auch geeignete Maßnahmen zur Armutsprävention fallen. Lange war es aufgrund des weit formulierten Tatbestandes des Art 1 BVG Kinderrechte jedoch unklar, zu welchen Maßnahmen der Staat im Detail verpflichtet ist.<sup>51</sup>

Dabei lassen sich anhand des Bsp der Prävention von Kinderarmut Parameter erkennen, wie die staatliche Schutz- und Fürsorgepflicht hier iSd Kindeswohls zu verstehen ist. Schon die KRK gibt insb in Art 3 iVm Art 27 KRK klare Anhaltspunkte dafür, welche

---

47 *Fuchs*, Kinderrechte 102; *Zander*, Gefährdungen von Kindern und Jugendlichen durch Armut in Handbuch Kinderschutz in der Demokratie – Eckpfeiler guter Fachpraxis (2021) 76 f, *UNICEF*, Understanding Child subjective well-being (2021) 2.

48 VN-Kinderrechtsausschuss CRC/C/GC 14, 4.

49 *Sax*, Kinderrechte 205.

50 *Kasper*, Kindeswohlprinzip 278, VwGH 15.5.2019, 2018/01/0076, VwGH 24.9.2019, 2019/20/0274.

51 *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber* 60.

Aspekte aus kinderrechtlicher Perspektive unter das Recht des Kindes auf „bestmögliche Entwicklung und Entfaltung“ des Kindes fallen. Für die Abwägung, welche Interessen des Kindes bei der Anwendung des Art 1 BVG Kinderrechte berücksichtigt werden müssen, kann des Weiteren auch auf den Katalog des § 138 ABGB zurückgegriffen werden. Dieser dient als Prüfungsraster und ermöglicht eine transparente und nachvollziehbare Beurteilung der bestmöglichen Entwicklung und Entfaltung eines Kindes.<sup>52</sup>

Auch in der Rsp lassen sich anhand der wenigen, vorhandenen Fälle die sich unter dem Gesichtspunkt sozialer Grundrechte mit Art 1 BVG Kinderrechte auseinandersetzen, schon vielversprechende Muster für die Anwendung des Kindeswohlvorrangigkeitsprinzips im Bereich der Prävention von Kinderarmut erkennen. So wurde bspw schon vom VfGH festgestellt, dass Sozialhilfe-Höchstsätze, die für betroffene Kinder eine Gefährdung ihres Lebensunterhalts und Wohnbedarfes darstellen, in Anbetracht des Art 1 BVG Kinderrechte verfassungswidrig sind.<sup>53</sup> Es zeigt sich also die Pflicht des Staates, sein Handeln daran zu messen, ob eine unsachliche Benachteiligung der betroffenen Kinder in ihrem Recht auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung gegeben ist. Der VfGH stellte somit fest, dass kinderrechtliche Überlegungen mit in die Abwägung miteinfließen müssen, wenn über Rahmenbedingungen entschieden wird, die iSd Rechts auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung für das Aufwachsen von Kindern wesentlich sind. Art 1 BVG Kinderrechte entsprechend sind Maßnahmen zu setzen, die der Förderung des bestmöglichen Entwicklungspotentials von Kindern und Jugendlichen entsprechen.<sup>54</sup>

Der Familienbonus Plus<sup>55</sup> ist ein gutes Bsp, um die fehlende Ausrichtung nach dem Kindeswohlvorrangigkeitsprinzip zu beschreiben. Als Steuerabsetzbetrag soll er finanzielle Entlastungen für Familien schaffen. Durch ihn erhalten jedoch vor allem jene Familien mit höheren Einkommen mehr Entlastungen.<sup>56</sup> Gerade für Alleinerziehenden-Haushalte, als eine der am stärksten von Armut und Ausgrenzung gefährdeten Gruppen, sind die Vorteile deutlich geringer und können auch nicht durch die im Familienbonus Plus erhaltenen Kindermehrbeträge ausgeglichen werden.<sup>57</sup> Im Sinne des Art 1 BVG Kinderrechte, der insb Schutz- und Fürsorgeverpflichtungen für besonders gefährdete Gruppen vorsieht, erfüllt die aktuelle Ausgestaltung des Familienbonus Plus somit nicht die kinderrechtlichen Verpflichtungen zur Armutsprävention. Darüber hinaus wurde die man-

52 S bspw OGH 25.9.2018, 2 Ob 136/18s.

53 VfGH 12.12.2019, G 164/2019-25, G 171/2019-24.

54 S ErläutRV 413 BlgNR 18. GP 26; s hierzu auch *Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs*, Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Grundsätze für die Sozialhilfe (Sozialhilfe-Grundsatzgesetz) sowie eines Bundesgesetzes betreffend die bundesweite Gesamtstatistik über Leistungen der Sozialhilfe (Sozialhilfe-Statistikgesetz), 2019; *SozialRechtsNetz der Armutskonferenz*, Fact Sheet: Kinderrechte Kindeswohl mit sozialer Sicherheit stärken (2021) 3 ff.

55 S BMF, Familienbonus Plus – alle Informationen, [www.bmf.gv.at/themen/steuern/arbeitnehmerinnenveranlagung/steuertarif-steuerabsetzbetraege/familienbonus-plus.html](http://www.bmf.gv.at/themen/steuern/arbeitnehmerinnenveranlagung/steuertarif-steuerabsetzbetraege/familienbonus-plus.html) (4.5.2021)

56 BMSGPK, Monetäre Familienleistungen für unterschiedliche Haushaltskonstellationen 2021 (2021) 16.

57 BMSGPK, Monetäre Familienleistungen 2021, 17.

gelnde Treffsicherheit der Familien- und Sozialleistungen insb auch durch die im Dezember 2021 durchgeführte Kinderkostenstudie aufgezeigt.<sup>58</sup>

Um weiter festzustellen, in welchen Bereichen diese Überlegungen aus kinderspezifischer Sicht noch relevant sind, kann die europäische Kindergarantie bzw das Programm Kinderchancen<sup>59</sup> herangezogen werden.

## 7. Die Hausaufgaben machen und Versäumnisse nachholen: Die Chance der europäischen Kindergarantie?

Die Europäische Union hat bereits in Art 3 Abs 5 des EUV die Bekämpfung der Armut als eines ihrer Ziele verankert. Zudem wurde in der GRC, die im Jahr 2009 in Kraft trat, nicht nur ein Recht auf angemessenen Lebensstandard verankert,<sup>60</sup> sondern in Art 24 auch die Gewährleistung des Kindeswohls und der Rechte von Kindern und Jugendlichen normiert. Dennoch hat die 2021 angenommene Empfehlung des Rates zur Einführung einer Europäischen Garantie für Kinder nochmals einen neuen Anknüpfungspunkt geliefert.

Trotz der Betitelung als „Garantie“ ist das europäische Vorhaben als bloße Empfehlung des Rates nicht bindend und vermittelt auch keine direkten Ansprüche. Von echten Garantien zur Verbesserung für armutsbetroffene Kinder und Jugendliche und einer Verpflichtung zur Maßnahmensetzung kann nicht gesprochen werden. Vielmehr ist die Kindergarantie vielleicht als dringender Hinweis zu verstehen, die gravierenden Versäumnisse in der Prävention von Kinderarmut endlich anzugehen und die staatlichen Schutz- und Fürsorgepflichten tatsächlich auch wahrzunehmen.

Im Fokus stehen Kinder aus besonders vulnerablen Gruppen. Zu diesen gehören insb Kinder aus prekären familiären Verhältnissen, Kinder mit Migrationshintergrund sowie mit Migrationserfahrung, Kinder mit einer Behinderung, Kinder, die einer ethnischen Minderheit angehören, obdachlose Kinder oder Kinder, die von gravierender Wohnungsnot betroffen sind und Kinder, die sich in alternativen Betreuungseinrichtungen befinden.<sup>61</sup> Ziel der Kindergarantie ist es, die prioritär notwendigen Maßnahmen für die Bekämpfung von Kinderarmut festzustellen. Dazu zählt der effektive Zugang zu gesunder Nahrung, angemessenem Wohnraum, hochwertiger frühkindlicher Betreuung, Bildung und Erziehung, Bildungsangeboten und schulbezogenen Aktivitäten, mindestens einer gesunden Mahlzeit pro Schultag und zur Gesundheitsversorgung.

Teil der Empfehlung ist dabei ebenso die gezielte Untersuchung der länderspezifischen Probleme, die Erstellung eines nationalen Aktionsplans zur Bewältigung ebendieser, so-

---

58 Statistik Austria, Kinderkostenanalyse 2021 (2021).

59 BM für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, Vortrag an den Ministerrat v 10.9.2021, GZ 2021-0.541.170.

60 Toggenburg, Die Rechte der Kinder und der Mehrwert der EU-Grundrechtecharta, iFamZ 2019, 263.

61 S bspw Unicef, Initiative to reduce poverty and social exclusion among children and recommendations for the implementation of the European Child Guarantee in Spain (2021).

wie die Verpflichtung zu regelmäßigen Berichten über die Fortschritte. In diesem Sinne wurde im September 2021 in Österreich mit der Erarbeitung des „Programm Kinderchancen“ begonnen.<sup>62</sup>

Der Kindergarantie bzw dem Programm Kinderchancen wird aber jedenfalls die Rolle als Scheinwerfer für die Sichtbarmachung des schon gemäß Art 1 BVG Kinderrechte bestehenden, verpflichtenden Handlungsbedarfs zuteil. Sie gibt, insb durch die innerstaatliche Konkretisierung der allgemein gehaltenen Fokuspunkte der Ratsempfehlung, klare Hinweise auf jene Bereiche, in denen die aktuellen Rahmenbedingungen auf ihre Konformität mit Art 1 BVG Kinderrechte zu überprüfen sind. Somit bereitet sie das Feld für die effektive Anwendung des Kindeswohlvorrangigkeitsprinzip. Aufgabe iSd staatlichen Schutz- und Fürsorgepflicht wird es somit sein, die im nationalen Aktionsplan identifizierten Bereiche, bei denen konkreter Handlungsbedarf besteht, anhand der genannten Parametern für die Bewertung der bestmöglichen Entwicklungs- und Entfaltungsbedingungen zu messen.

## 8. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass durch die mit der Implementierung des BVG Kinderrechte einhergegangenen Richtungsentscheidungen, effektiv anwendbare, soziale Grundrechte in der österreichischen Verfassung verankert wurden. Die kinderspezifische Herangehensweise schafft hierbei einen klaren Konnex zwischen staatlichen Schutz- und Fürsorgepflichten und der Prävention und Bekämpfung von Kinderarmut.

Trotz der inhaltlich guten Ausgestaltung steckt die Anwendung kinderrechtlicher Grundrechtsüberlegungen zum Teil noch in den Kinderschuhen.<sup>63</sup> Die Versäumnisse bei der Prävention von Kinderarmut manifestiert sich in den steigenden Zahlen. Der erwartete nationale Aktionsplan als Folge des Programms Kinderchancen dient dabei zumindest als Scheinwerfer für die notwendigen Handlungsschritte. Auch hier bleibt jedoch dessen tatsächliche Umsetzung abzuwarten.

An Lösungsvorschlägen für die Bekämpfung von Kinderarmut würde es nicht mangeln. Hervorzuheben ist hier unter anderem der Vorschlag, eine Kindergrundsicherung zu implementieren.<sup>64</sup> Auch für die Umsetzung dieses Ansatzes bietet sich Art 1 BVG Kinderrechte als zentrale Stütze an. In diesem Sinne ist der Text auch als Appell für die Anwendung der im BVG Kinderrechte enthaltenen sozialen Grundrechte zu verstehen.

Mag. Sebastian Öhner studierte Rechtswissenschaften am Juridicum Wien und der Istanbul University (TR). Er ist aktuell Rechtsreferent der Wiener Kinder- und Jugendanwaltschaft und Generalsekretär der Österreichischen Liga für Menschenrechte; sebastian.oehner@wien.gv.at

62 *BM für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz*, Vortrag an den Ministerrat v 10.9.2021, Geschäftszahl 2021-0.541.170.

63 Anmerkung: Dieser schlechte „Wortwitz“ ist trotz seiner Einfachheit so lange zu forcieren, bis es tatsächlich nicht mehr der Fall ist, dass Kinderrechte vielfach übersehen werden.

64 *S Fuchs/Hollan*, Simulation der Einführung einer Kindergrundsicherung in Österreich (2018).

# Die gerichtliche Zuständigkeit bei Strafverfahren mit indigener Beteiligung im U.S. amerikanischen Recht

Thorsten Holzer<sup>1</sup>

---

## 1. Einleitung

In den Vereinigten Staaten von Amerika kommt es aufgrund der bundesstaatlich-föderalistischen Struktur<sup>2</sup> auch auf der Ebene der Gerichtsbarkeit zu einer Zersplitterung: Einerseits gibt es die Gerichte des Bundes sowie andererseits jene der Bundesstaaten, die oftmals zum wechselseitigen Vollzug, in Form der Rsp, von Rechtsakten der jeweils anderen Gebietskörperschaft berufen sind.<sup>3</sup> Als Besonderheit treten hierzu noch Staatsverträge des Bundes mit einer Reihe von Indigenenstämmen auf dem Territorium der Bundesstaaten, die Reservatsgebieten bzw Gebieten des „Indian Territory“ weitreichende Souveränitätsrechte, insb auch zur Ahndung von Straftaten, einräumen. Damit stellen sich im Bereich des Zivil- und Strafrechts weitreichende Fragen zur Zuständigkeitsabgrenzung.<sup>4</sup>

Die gerichtliche Zuständigkeitsverteilung in Strafsachen<sup>5</sup> mit indigener Beteiligung zählt demgemäß zu den komplexesten und mitunter auch kasuistischsten Teilbereichen des amerikanischen Strafrechts. Dies ergibt sich dabei vor allem aus den parallel existierenden Gerichtsstrukturen von Federal, State und Tribal Courts. Die entscheidenden Anknüpfungsmerkmale für die Zuständigkeit liegen dabei im Allgemeinen in der Person des:r Täters:in und des Opfers bzw auch dem Ort der Tat.<sup>6</sup> Abänderungen erfährt diese Anknüpfung durch Gesetzgebungsakte des Kongresses, die zu Abweichungen von dieser grds Systematik führen.<sup>7</sup>

Im Folgenden wird ein Überblick über die kompetenzrechtlichen Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Strafrechtswesens sowie über die hoheitlichen Befugnisse der Indigenenstämmen selbst und ihrer Tribal Courts gegeben, um so zu einer Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Federal, State und Tribal Courts zu gelangen.

---

1 Der vorliegende Beitrag spiegelt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wider.

2 Zum Verfassungsgefüge der USA instruktiv *Currie*, Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika (1988) 23 ff; *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA<sup>2</sup> (2001).

3 S dazu auch *Hay*, US-Amerikanisches Recht<sup>6</sup> (2015) 25; *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem (2014) 297.

4 *Hay*, Recht<sup>6</sup> 7 und 28; *Oklahoma Tax Commission vs Chikasaw Nation*, 515 US 450 (1995); *US v. Lara*, 541 US 193 (2004).

5 S hierzu sowie zur Gerichtsorganisation im US-Amerikanischen Recht allgemeine *Hay*, Recht<sup>6</sup> 25 f.

6 Vgl *Pevar*, The Rights of Indians and Tribes<sup>4</sup> (2012) 127 ff, *Meisner*, Modern Problems of Criminal Jurisdiction in Indian Country, *American Indian Law Review* 1992 Vol 17 No 1, 175.

7 S hierzu näher unter 4.2.

## 2. Die kompetenzrechtliche Zuständigkeit für das Strafrechtswesen im Verfassungsgefüge der USA

Das Strafrechtswesen fällt grds in die Zuständigkeit der Einzelstaaten, da der Bund nach der Kompetenzverteilung der amerikanischen Verfassung hierfür nicht zuständig ist.<sup>8</sup> Allerdings erließ Letzterer in der Vergangenheit verstärkt durch die „instate commerce clause“ nach Art I § 8 Abs 3 der US-Verfassung Normen im Strafrecht – es gab hier somit zuletzt eine immer stärkere zentralistische Tendenz.<sup>9</sup> Als Ausfluss dieser ist dabei auch der „Model Penal Code“ des Bundes zu sehen, der eine Art Zwischenstellung zwischen Gesetz und Kommentar darstellt.<sup>10</sup> Er gilt gleichzeitig als die umfassendste Quelle des modernen materiellen Strafrechts in den USA, da die überwiegende Anzahl der Bundesstaaten ihr Strafrecht diesem – zumindest tw – anpassten.<sup>11</sup> Eine weitere Zersplitterung ergibt sich aus der Möglichkeit für Kommunen (Städte, Gemeinden, Bezirke) – obwohl diese verfassungsrechtlich als unselbständige Untergliederungen dem jeweiligen Bundesstaat zugerechnet werden<sup>12</sup> – die Begehung bestimmter Handlungen unter Strafe zu stellen und damit den Bereich des materiellen Strafrechts zu erweitern. Dies jedoch nur soweit, als diese Erweiterungen nicht mit dem Recht des jeweiligen Bundesstaates in Widerspruch stehen.<sup>13</sup>

Die prozessrechtliche Zuständigkeit zu Straftaten weist die Kompetenz für Bundesstrafangelegenheiten primär den Bundesgerichten in einem dreigliedrigen Instanzenzug zu.<sup>14</sup> Soweit eine entsprechende bundesgesetzliche Ermächtigung besteht, gibt es auch die Möglichkeit des Vollzugs von Bundesstrafrecht durch bundesstaatliche Gerichte.<sup>15</sup> Der umgekehrte Fall – die Anwendung von bundesstaatlichen Strafgesetzen durch Bundesgerichte – ist bspw bei einem entsprechenden Antrag eines:r Angeklagten auf Verlegung vor ein Bundesgericht möglich.<sup>16</sup>

Zu dieser grds Zuständigkeitsverteilung treten nun durch die auf Reservationsgebieten bestehenden Tribal Courts und die tw auch noch bestehenden Courts of Indian Offenses

8 Dies folgt dabei aus der Generalklausel des 10 Amendments, wonach alle Angelegenheiten, die nicht in Art I § 8 der amerikanischen Verfassung dem Bund in Gesetzgebung zugewiesen sind, den Bundesstaaten zukommen, s dazu auch *Currie*, Verfassung 10.

9 *Neumann*, Das US-amerikanische Strafrechtssystem als Modell für die vertikale Kompetenzverteilung im Strafrechtssystem der EU? (2014) 41 ff; *Dubber*, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht (2005) 5; *Hay*, Recht<sup>6</sup> 264, *Brugger*, Einführung<sup>2</sup> 63.

10 *Dubber*, Einführung 18.

11 *Dubber*, Einführung 16.

12 *Neumann*, Strafrechtssystem 42 f; zu diesen und den von ihnen zu ahndenden Vergehen, welche im österreichischen oder deutschen Strafrechtsverständnis eher dem Bereich der Verwaltungsübertretungen auf den Gebieten des Sicherheits- und Sittlichkeitspolizei zu zuordnen wären *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA. Eine Untersuchung zur Strafgewalt im föderativen Staat (2010) 141 ff.

13 *Reinbacher*, Strafrechtssystem der USA 141 ff; Minnesota Supreme Court, *State vs Daily*, 169 NW 2d 746, 748 (1996); *Dubber*, Einführung 3.

14 *Neumann*, Strafrechtssystem 96 ff; *Reinbacher*, Strafrechtssystem der USA 116.

15 US Supreme Court, *Palmore vs United States*, 411 US 389, 402 (1973); US Supreme Court, *Tennessee vs Davis*, 100 US 257 (1879); US Supreme Court, *Testa vs Katt*, 330 US 386 (1947).

16 *Reinbacher*, Strafrechtssystem der USA 48 f; *Neumann*, Strafrechtssystem 107.

weitere Gerichtstypen hinzu: Bei Ersteren kommt Tribal Law zur Anwendung, während die Courts of Indian Offenses eine gemischte Form des Rechts (Tribal Law und bundes- und bundesstaatliches Recht) anwenden.<sup>17</sup>

### 3. Begriffsbestimmungen

#### 3.1. Indian Law

Das Indian Law umfasst jene Normen, welche das Verhältnis der Stämme zum Bund, sowie die sich daraus ergebenden Implikationen für die Stämme, deren Mitglieder sowie die Bundesstaaten regeln.<sup>18</sup> Das Indian Law oder auch Federal Indian Law (um den Bezug zwischen Stamm und Bund herauszustreichen)<sup>19</sup> enthält ein vielschichtiges Geflecht von Regelungsmaterien und reicht vom Strafrecht über Prozessrecht zu den Zuständigkeiten bis hin zu Fragen des Immobilien- und Baurechts.<sup>20</sup> Es regelt jedoch nicht das Verhältnis der Stammesmitglieder zueinander, sondern wirkt sich auf deren Stellung nur sehr indirekt aus. Die Kompetenz zur Setzung von Indian Law oder auch Federal Indian Law kommt dabei dem Bund zu, der hier eine umfassende Kompetenz besitzt.<sup>21</sup>

#### 3.2. Tribal Law

Das Tribal Law enthält Regelungen des Rechtsverhältnisses zwischen den einzelnen Stammesangehörigen.<sup>22</sup> Aus der Vielzahl und der Verschiedenheit der Stämme<sup>23</sup> ergibt sich, dass man zum Tribal Law keine allgemeingültigen Aussagen treffen kann, da dieses zwischen den Stämmen divergiert. Bei einigen Stämmen besteht dieses aus altem Indian Customary Law (indigenem Gewohnheitsrecht), bei anderen findet man wiederum Kodifikationen, welche dem Federal oder dem State Law, sehr stark nachgeformt sind.<sup>24</sup> Die Kompetenz zur Setzung des entsprechenden Tribal Laws liegt dabei bei den Stämmen selbst.<sup>25</sup>

#### 3.3. Customary/Indian Common Law

Der Begriff des Customary oder auch Indian Common Law meint das althergebrachte, gewohnheitsrechtliche Recht, welches schon vor langer Zeit herangezogen wurde, um die Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Stammesmitgliedern zu regeln. Dieses ist

---

17 S dazu den Exkurs zu den Courts of Indian Offenses.

18 *Angermaier*, Traditionelles Recht und seine Anwendung in den Tribal Courts der Navajo (1996) 13.

19 Vgl dazu auch *Angermaier*, Tribal Courts 13.

20 *Cohen*, Handbook of Federal Indian Law<sup>2</sup> (1972) VII.

21 Vgl Art I § 8 cl 3 der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika. Siehe auch *Pevar*, The Rights<sup>4</sup> 109.

22 *Canby*, American Indian Law in a nutshell<sup>6</sup> (2015) 3.

23 In den USA existieren derzeit nach Angaben des Bureau of Indian Affairs 561 anerkannte Indigenenstämme, s auch [www.bia.gov/frequently-asked-questions](http://www.bia.gov/frequently-asked-questions) (24.4.2021).

24 *Angermaier*, Tribal Courts 14; *Canby*, Indian Law 3.

25 Vgl *Angermaier*, Tribal Courts 14.

entscheidend von der Kultur und Historie des jeweiligen Stammes geprägt und als eine umfassende, das Leben in seiner Gesamtheit erfassende Ordnung zu verstehen.<sup>26</sup> Zumeist wird der Begriff Indian Common Law bevorzugt verwendet, da dieser die Gleichwertigkeit mit dem Recht der USA und den Stellenwert der gewohnheitsrechtlichen Regelungen für das indigene Rechtssystem besser zum Ausdruck bringt.<sup>27</sup>

### 3.4. Indian

Zunächst ist festzuhalten, dass es keine einheitliche Definition des Begriffs „Indian“ gibt: Dies folgt schon daraus, dass man eine Person sowohl in ethnologischer, als auch in juristischer Sichtweise als indigen einordnen kann.<sup>28</sup> Während für den ethnologischen Standpunkt alleine die Abstammung einer Person entscheidend ist und somit jemand, der bspw zu 3/4 afroamerikanische Wurzeln und nur zu 1/4 indigene Wurzeln besitzt, ersterer Gruppe zugeordnet werden muss, so ist aus juristischer Sicht die biologische Abstammung ein Teil der Einordnung, aber nicht das alles entscheidende Kriterium; vielmehr muss auch der Bezug der Einzelnen zur Gemeinschaft bzw umgekehrt mitberücksichtigt werden.<sup>29</sup>

Somit können, bei aller Divergenz der verschiedenen gesetzlichen Definitionen, zwei Merkmale als für die Einstufung als Indigene entscheidend angesehen werden. Zum einen die Notwendigkeit eines gewissen Anteils indigener Abstammung und die Anerkennung der Person als indigen durch einen Stamm.<sup>30</sup> Allerdings ist die Anerkennung durch einen Stamm dabei im Bereich der Gerichtsbarkeit und der Zuständigkeit der verschiedenen Gerichte nicht stets eine zwingende Voraussetzung für die Einstufung einer Person als indigen.<sup>31</sup>

Was das Ausmaß indigener Abstammung anbelangt, welche zur Einstufung als indigen notwendig ist, divergieren die einzelnen Gesetze der USA sehr stark. So wird von einigen Gesetzen ein 50 %-Anteil,<sup>32</sup> von anderen ein 25 %-Anteil<sup>33</sup> und von wieder anderen gar nur 1/16-Anteil<sup>34</sup> indigener Abstammung verlangt. Von der Rsp als ausreichend angesehen wurde bereits 1/8-Anteil indigener Abstammung.<sup>35</sup>

26 Angermaier, Tribal Courts 14,90 ff; vgl auch allgemein Sack, Ethnographische Beobachtung als Basis für die Rechtsvergleichung, in Lampe (Hrsg) Beiträge zur Rechtsanthropologie ARSP Sonderheft (1985) 182 f.

27 Angermaier, Tribal Courts 90 f; *In re Estate of Belone vs Yazzie*, 5 Navajo Rptr. 161, 165 (Navajo 1987); bezüglich der Bedeutung anderer Ansicht *Pevar, The Rights*<sup>4</sup> 97.

28 Cohen, Handbook<sup>2</sup> 2; *Pevar, The Rights*<sup>4</sup> 17; *Canby, Indian Law*<sup>6</sup> 9.

29 Cohen, Handbook<sup>2</sup> 2; *Sanapaw vs Smith*, NW 2d 425 (Wisconsin Court of Appeal 1983); *Gillingham, Pathfinder: Tribal, Federal and State Court Subject Matter Jurisdictional Bounds*, ALLR Vol 18 No 1, 73 (80). Ausführlich zu den unterschiedlichen Einstufungen und den hierbei bestehenden Divergenzen auf den verschiedenen legislativen Ebenen *Pevar, The Rights*<sup>4</sup> 17; *Nofire vs United States*, 164 US 657 (1897); *Halbert vs United States*, 283 US 753 (1931).

30 Cohen, Handbook<sup>2</sup> 2 f; *Canby, Indian Law*<sup>6</sup> 9; *US vs Dodge*, 538 F.2d 770, 776 (8th Cir 1976), cert Denied, 429 US 1099 (1977).

31 *United States vs LaBuff*, 658 F.3d 873 (9th Cir 2011); *United States vs Pemberton*, 405 F.3d 656 (8th Cir 2005).

32 Act of May 27, 1908, 35 Stat 312 (Five Civilized Tribes).

33 The Indian Appropriation Act of May 25, 40 Stat 564, 25 USC 297.

34 Act of March 4, 1931, relating to the Eastern Band of Cherokees of North Carolina, 46 Stat 1518.

35 *Sully vs United States*, 195 Fed 113 (CCSD 1912).

Von der Einstufung als indigen iSd Federal Law zu unterscheiden, ist die Einstufung als „Indian“ iSd Aufnahme in einen Stamm. Diese setzt zumeist, nachdem die Festlegung der Voraussetzungen hierfür durch das Urteil in der Rs *Waldron vs United States*<sup>36</sup> getroffen und später auch durch den Indian Reorganization Act verfestigt wurde,<sup>37</sup> einen gewissen Anteil indigener Abstammung – der von 50 % bis zu einem 1/16-Anteil reichen kann – voraus.<sup>38</sup> Diese Unterscheidung bedingt, dass es zu einem Auseinanderfallen der Einstufungen einer Person als indigen kommen kann; so gilt bspw eine weiße Person, die von einem Stamm aufgenommen wurde, als indigen im Rahmen dieses Stammes, jedoch nicht als solcher iSd Federal Law.<sup>39</sup>

Somit ist es einer Person ohne jegliche indigene Abstammung unmöglich als indigen iSd Federal Law zu gelten, mag sie auch in den Stamm aufgenommen worden sein. Sehr wohl möglich ist jedoch der entgegengesetzte Weg, nämlich der Verlust der Eigenschaft als indigen im Bereich des Federal Law.<sup>40</sup> Dies geschieht nach der Entscheidung in *Nagle vs United States*<sup>41</sup> dadurch, dass man den Stamm verlässt und beginnt, eine nicht indigene Lebensweise zu führen.<sup>42</sup>

Das Kriterium des Anteils indigener Abstammung wird über kurz oder lang in den Hintergrund treten, da der biologische Anteil an Indigenen von Generation zu Generation schwindet.<sup>43</sup> Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass dem Faktor der indigenen Lebensweise, aber vor allem auch jenem der Aufnahme in einen Stamm, da am leichtesten nachweisbar,<sup>44</sup> auch im legislativen Bereich des American Indian Law eine gesteigerte Bedeutung zukommen wird.

### 3.5. Tribe

Die Anerkennung als indigen bedingt das Bestehen eines Stammes, da die Anerkennung durch diesen nach Federal Law zumeist Voraussetzung für die Einstufung als indigen ist.<sup>45</sup> Daher kommt der Klärung des Begriffs *Tribe* (Stamm) entscheidende Bedeutung zu. Wie auch für den Begriff „Indian“, so gibt es auch für den Begriff des Stammes eine ethnologische und eine juristische Definition. Ethnologisch gilt eine Einheit von Personen dann als Stamm, wenn diese ein gemeinsames kulturelles Erbe teilen und eine von anderen Gruppen verschiedene Sprache sprechen.<sup>46</sup> Den Versuch einer juristischen Definition

36 *Waldron vs United States et al*, 413,1905.

37 *Schmidt*, American Indian Identity and Blood Quantum in the 21st Century: A Critical Review, *Journal of Anthropology* 2011, 1 (5).

38 *Pevar*, *The Rights*<sup>4</sup> 18.

39 *US vs Rogers*, 45 US 566 (1846); *Nofire vs US*, 164 US 657 (1897); *Cohen*, *Handbook*<sup>2</sup> 2 f.

40 S auch *Pevar*, *The Rights*<sup>4</sup> 17.

41 191 Fed, 141 (CCA 9, 1911).

42 S hierzu auch *Cohen*, *Handbook* 3; *Angermaier*, *Tribal Courts* 18.

43 *Schmidt*, *Journal of Anthropology* 2011, 1 (6 f).

44 Vgl *Canby*, *Indian Law*<sup>6</sup> 11; *United States vs Stymiest*, 581 F.3d 759, 764 (8th Cir 2009).

45 Siehe unter 3.4.

46 *Pevar*, *The Rights*<sup>4</sup> 20; vgl auch *Canby*, *Indian Law*<sup>6</sup> 3 ff.

hat *Canby* unternommen, der den Stamm als „eine Gruppe von Indigenen, welche als bestimmte und historisch durchgängige politische Einheit für zumindest einige staatliche Bereiche anerkannt ist“ definiert.<sup>47</sup>

Juristisch erfolgt die Anerkennung einer Gruppe als Stamm dann, wenn der:die Präsident:in oder der Kongress für den Stamm ein Reservat eingerichtet haben und dieser durchgehend politische Beziehungen zu den Vereinigten Staaten unterhalten hat.<sup>48</sup> Die Kompetenz zur Anerkennung von Stämmen lag ursprünglich beim Kongress, dieser hat diese in den 1970ern auf der Basis von 5 USC § 301 for Departmental regulations und 25 USC §§ 2, 9 Duties of Commissioner and Regulations by President an das Secretary of the Interior delegiert, welches diese nun gem 25 CFR § 83 ausübt. Dieses ließ vom Bureau of Indian Affairs einen 25 CFR § 83 entsprechenden Richtlinienkatalog für die Anerkennung von Stämmen ausarbeiten.<sup>49</sup>

Als Voraussetzungen für die Anerkennung als Stamm gelten dabei unter anderem: Der Stamm darf nicht bereits terminiert, also vom Bund aufgelöst worden sein, das Vorliegen einer bis heute andauernden Führung über die Mitglieder des Stammes, der Nachweis als amerikanischer Indigenenstamm etc.<sup>50</sup> Mit der Anerkennung als Stamm sind auch große finanzielle Vorteile verbunden, da nur anerkannte Stämme an staatlichen Förderprogrammen teilnehmen können.<sup>51</sup>

Ein weiteres Problemfeld im Rahmen der Anerkennung von Stämmen wird durch die Umsiedlungspolitik der staatlichen Behörden eröffnet, da diese zum einen mehrere distinkte Stämme in einem Reservat zusammenfassen, zum anderen ursprünglich homogene Stämme auf verschiedene Reservate aufspalten.<sup>52</sup>

Als Ausfluss der ihnen von Natur aus innewohnenden Souveränität kommt den Stämmen auch die Kompetenz zu, Recht und Ordnung in ihren Gebieten aufrecht zu erhalten.<sup>53</sup> Dies inkludiert unter anderem auch das Recht Gerichte einzurichten, Strafgesetze zu erlassen und diese auch zu vollziehen; dies alles in Bezug auf Stammesangehörige.<sup>54</sup> Demgegenüber hat ein Stamm keine strafrechtliche Jurisdiktion über Nichtindigene, die Stammesrecht verletzen, diese kann einem Stamm aber vom Kongress verliehen werden.<sup>55</sup> Die Jurisdiktion erstreckt sich mittlerweile auch auf Angehörige anderer Stämme.<sup>56</sup> Die Entscheidung des Supreme Court in der Rechtsache *Duro vs Reina*, welche den Abschluss

47 *Canby*, Indian Law<sup>6</sup> 4.

48 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 14; *Angermaier*, Tribal Courts 16.

49 *Angermaier*, Tribal Courts 16 f; *Quinn*, Federal Acknowledgment of American Indian Tribes: Authority, Judicial Interposition, and 25 CFR § 83, AILR Vol 17 No 1, 54.

50 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 19; *Angermaier*, Tribal Courts 17.

51 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 19.

52 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 15.

53 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 99.

54 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 99; *US vs Wheeler*, 435 US 313, 323 (1978).

55 *Oliphant v. Suquamish*, 435 US 191 (1978); *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 95; *Williams-Vedder*, Die Rechtsstellung der eingeborenen Völker in den USA und Kanada (1995) 55.

56 *Duro vs Reina*, 110 S Ct 2053 (1990); *Wheeler vs United States*, 435 US 313 (1978); *Montana vs United States*, 450 US 544 (1981); *Meisner*, AILR Vol 17 No 1, 175 (182 f).

einer Reihe von kontroversiellen und sprachlich nicht immer exakten Entscheidungen rund um dieses Thema bildete,<sup>57</sup> sah eine solche zunächst vor, wurde jedoch sehr bald durch die Erlassung des Public law 102-137, mit welcher die strafrechtliche Zuständigkeit der Stämme auch auf nicht stammesangehörige Indigene ausgedehnt wurde, obsolet.<sup>58</sup> Diese Kompetenz in Strafsachen unterliegt aber, wie generell die Souveränität der Stämme, stets der Möglichkeit der Beschränkung durch den Kongress.<sup>59</sup>

### 3.6. Indian Territory

Der Begriff des „Indian Territory“ bzw. „Indian Country“, der für die Zuständigkeitsverteilung bei Strafsachen mit indigener Beteiligung ein maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist, da nur bei auf diesem Gebiet begangenen strafbaren Handlungen eine Zuständigkeit der Tribal Courts einzugreifen vermag,<sup>60</sup> ist ein vergleichsweise weiter. Dieser umfasst nicht nur das Reservationsgebiet im eigentlichen Sinn, sondern auch sämtliche Landflächen, welche von der Bundesverwaltung unter Aufsicht gestellt und primär der Nutzung durch Indigene vorbehalten wurden,<sup>61</sup> und sogar, was für das amerikanische Recht oftmals ungewöhnlich ist,<sup>62</sup> Niederschlag in einer Legaldefinition gefunden hat.<sup>63</sup> Der weite Umfang des Begriffs „Indian Territory“ bzw. „Indian Country“ führt dazu, dass in diesen Gebieten nicht nur Indigene, sondern auch Personen nicht indigener Herkunft leben.<sup>64</sup>

## 4. Die Zuständigkeitsverteilung bei Strafsachen mit indigener Beteiligung

Im Folgenden soll nun die Zuständigkeitsverteilung bei Strafsachen mit indigener Beteiligung selbst beleuchtet werden, wobei eine Gliederung in vier mögliche Fallvarianten erfolgt.

### 4.1. Zuständigkeit bei Straftaten zwischen Indigenen

Bei Straftaten zwischen Indigenen auf „Indian Country“ besteht nach dem oben dargelegten Muster<sup>65</sup> grds eine Zuständigkeit des Stammes und dessen Tribal Courts, da dies ein inhärenter Bestandteil der Souveränität der Stämme ist.<sup>66</sup> Gewisse Einschränkungen und Abänderungen hiervon ergeben sich durch legislative Akte des Kongresses, die wichtigsten sind der Major Crimes Act, der General Crimes Act, sowie das Public Law 280.

57 Dazu ausführlich *Meisner*, AILR Vol No 1, 175 (182 ff).

58 S auch *Pevar*, *The Rights of Indians*<sup>4</sup> 100.

59 *Pevar*, *The Rights of Indians*<sup>4</sup> 100.

60 *Pevar*, *The Rights of Indians*<sup>4</sup> 20.

61 *Pevar*, *The Rights of Indians*<sup>4</sup> 20 f; *Canby*, *Indian Law*<sup>6</sup> 140 ff; *Alaska vs Native Village of Venetie Tribal Government*, 522 US 520 (1998).

62 Vgl *Hay*, *Recht*<sup>6</sup> 5 f.

63 Federal Criminal Statute, Title 18 of the US Code, Section 1151.

64 *Pevar*, *The Rights of Indians*<sup>4</sup> 23.

65 S Pkt 3.5.

66 Statt vieler *Pevar*, *The Rights of Indians*<sup>4</sup> 127.

Der Major Crimes Act stellt eine Antwort des Kongresses auf das Verfahren *Ex parte Crow Dog*<sup>67</sup> dar, in welchem der Supreme Court entschied, dass eine indigene Person, welche auf „Indian Country“ einen Mord an einer anderen indigenen Person begeht, nicht der Jurisdiktion des Bundes unterliegt. Daraufhin erließ der Kongress 1885 den Major Crimes Act, mit welchem die Zuständigkeit des Bundes für bestimmte von einer:m Indigenen an einer anderen indigenen Person im „Indian Country“ begangene Verbrechen hergestellt worden ist.<sup>68</sup> Zu den *major crimes*, die im Laufe der Zeit erweitert wurden, zählen unter anderem Mord, Entführung, Vergewaltigung und Raub.<sup>69</sup>

Der General Crimes Act wiederum ermächtigt die Bundesregierung die strafrechtlichen Regeln des Bundes auf ein „Indian Country“ zu übertragen. Davon ausgenommen sind Fälle bei denen ein:e Indigene:r ein Verbrechen gegen eine andere indigene Person begeht, oder es sich um eine Angelegenheit handelt, die mittels vertraglicher Vereinbarung zwischen den Vereinigten Staaten und den Stämmen der Zuständigkeit der Tribal Courts vorbehalten ist oder die tatbegehende Person, wenn es sich bei dieser um eine indigene handelt, bereits durch einen Tribal Court verurteilt wurde.<sup>70</sup> Er führte somit nicht zu einer Abänderung der grds Regel, wonach der Stamm die Jurisdiktion über seine Mitglieder ausübt und richtet sich damit gegen Verbrechen, an denen Personen verschiedener Ethnien beteiligt sind, die keine major crime darstellen.<sup>71</sup>

Den mit Abstand weitreichendsten Eingriff in diese allgemeine Regelung der Jurisdiktion über Stammesangehörige brachte das Public Law 280 mit sich. Mit diesem Gesetz wurde die Gerichtsbarkeit in Straf- und Zivilrechtssachen auf die Bundesstaaten übertragen. Diese Übertragung erfolgte zunächst auf sechs Bundesstaaten, die sogenannten *mandatory states*, welche diese Übertragung auch nicht ablehnen konnten, allen übrigen Staaten wurde die Möglichkeit eingeräumt, von dieser Übertragung Gebrauch zu machen, wobei es ihnen freisteht in welchem normativen und territorialen Umfang eine Übertragung auf sie stattfinden soll.<sup>72</sup> Seit dem Erlass des Indian Civil Rights Act 1968 bedarf es zur Übertragung allerdings der Zustimmung der Stämme.<sup>73</sup>

Hieraus ergibt sich für den Fall einer strafrechtlichen Handlung eines:r Indigenen gegen eine:n andere:n, mag diese:r auch nicht zugleich Mitglied des gleichen Stammes sein, auf „Indian Country“, dass grundsätzlich eine Zuständigkeit der Tribal Courts gegeben ist, hingegen keine der Bundesstaatsgerichte, sofern nicht eine ausdrückliche Übertragung durch den Kongress, wie bspw durch das Public Law 280, stattgefunden hat.<sup>74</sup> Im Falle,

67 109 US 556 (1883).

68 *Pevar*, *The Rights of Indians*<sup>4</sup> 129; *Deloria/Lytle*, *American Indians* 170.

69 S ausführlich *Deloria/Lytle*, *American Indians* 170; *Angermaier*, *Tribal Courts* 78 f.

70 *Pevar*, *The Rights of Indians*<sup>4</sup> 129.

71 *Angermaier*, *Tribal Courts* 78.

72 *Angermaier*, *Tribal Courts* 81 f; *Pevar*, *The Rights of Indians*<sup>4</sup> 128; *Williams-Vedder*, *Die Rechtsstellung* 39 spricht in diesem Zusammenhang nur von 5 *mandatory states* wobei unklar bleibt, woraus sich diese Abweichung ergibt.

73 *Williams-Vedder*, *Die Rechtsstellung* 39.

74 *Pevar*, *The Rights of Indians*<sup>4</sup> 134 f; *Yakima Indian Nation vs United States*, 439 US at 470-71 (1992); *United States vs John*, 437 US 634 (1978).

dass der:die Täter:in einem anderem Stamm als jenem angehört auf dessen „Indian Country“ die Tat begangen wurde greift die örtliche Zuständigkeit des Tribal Courts auf dessen Gebiet die Tat begangen wurde ein und umfasst auch eine:n Täter:in, die:der nicht Angehöriger des jeweiligen Stammes ist.<sup>75</sup>

Eine Zuständigkeit des Bundes besteht in dieser Konstellation dann, wenn es sich bei der begangenen strafbaren Handlung um ein *major crime* handelt,<sup>76</sup> bzw nach der Judikatur auch dann, obwohl es sich hierbei nicht um *major crimes* handelt, wenn ein Angriff auf eine:n Bundesbeamte:n verübt wird, bei Fälschung der Post sowie Geldfälschung<sup>77</sup> und auch in jenen Fällen, in denen durch die Begehung eines *major crime* auch ein anderes geringfügigeres Delikt mitbegangen wird.<sup>78</sup>

Ob durch den Major Crimes Act die Zuständigkeit der Stämme für die dort genannten *major crime* generell beseitigt wird, ist strittig.<sup>79</sup> Gegen eine solche Exklusion der Zuständigkeit der Tribal Courts spricht insb die grundlegende Regel, dass es nur dann zu einer Beschränkung der Stammessouveränität kommt, wenn dies ausdrücklich in einem Gesetz vorgesehen wird, was beim Major Crimes Act nicht der Fall ist.<sup>80</sup>

Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass der Major Crimes Act die Zuständigkeit der Stämme im Rahmen ihres Wirkungskreises beseitigen sollte, so besteht diese dennoch für geringfügigere Delikte weiter. Dies kann aber zu heiklen Konstellationen führen, insb wenn man an den klassischen Mordfall denkt, bei dem (nach US-Verständnis) stets auch eine Körperverletzung vorliegt. Dies wirft nun die Frage auf, wie es sich in so einem Fall mit der Zuständigkeit eines Tribal Courts verhält. Kann dieses zusätzlich zum Federal Court, das für die Ahndung des Mordes zuständig ist, tätig werden? Zwar kennt auch das amerikanische Recht das Rechtsinstitut des *ne bis in idem*, welches im fünften Zusatzartikel zur Verfassung verankert ist.<sup>81</sup> Allerdings greift das Verbot der Doppelbestrafung nach der Rsp des Supreme Court nur dann, wenn von ein und derselben Gebietskörperschaft, um genau zu sein von deren Gerichten, zweimal dieselbe Straftat angeklagt oder verurteilt wird.<sup>82</sup>

Für die Konstellation Indigene als Täter:innen und Opfer auf dem Gebiet des „Indian Country“ ist die Entscheidung *United States vs Wheeler*<sup>83</sup> von entscheidender Bedeutung: Der Supreme Court stellte nämlich fest, dass die Regierungen der Stämme eigenständige politische Entitäten darstellen, welche unabhängig von der Bundesregierung sind, mag der Kongress auch die Möglichkeit haben, deren Kompetenzen einzuschränken, und das

75 *United States vs Lara*, 541 US 193 (2004).

76 *Cohen*, Handbook<sup>2</sup> 363; *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 134.

77 *US vs Cowboy*, 694 F.2d 1228 (10th Cir 1982).

78 *US vs Laughing*, 855 F.2d 659 (9th Cir 1988).

79 Tendenziell dagegen *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 135; ebenso *Cohen*, Handbook<sup>2</sup> 363; Dafür demgegenüber *US vs Whaley*, 37 Fed 145 (CCSD Cal 1888).

80 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 136 f.

81 S dazu ausführlich *Neumann*, Strafrechtssystem 134; *Reinbacher*, Strafrechtssystem 162 f.

82 *Barktus vs Illinois*, 359 US 121 (1959).

83 435 US 313 (1978).

Doppelbestrafungsverbot in diesem Fall nicht eingreift, sodass der:die Täter:in sowohl von einem Bundesgericht als auch von einem Stammesgericht (für die mitbegangene strafbare Handlung) verurteilt werden kann.<sup>84</sup>

Abschließend lässt sich somit festhalten, dass in jenen Fällen, in denen sowohl Täter:in als auch Opfer Indigene sind, grundsätzlich eine Zuständigkeit des Tribal Courts besteht, außer es handelt sich um ein *major crime*; in diesem Fall besteht eine Zuständigkeit des Bundesgerichts und auch eine solche des Tribal Courts für ein mitbegangenes „kleineres“ Verbrechen. Eine Zuständigkeit der *state courts* besteht nur sofern ihnen diese, wie bspw durch das Public Law 280, übertragen worden ist.

#### 4.2. Zuständigkeit bei Straftaten zwischen Indigenen (Täter:in) und Nichtindigenen (Opfer)

Zunächst ist festzuhalten, dass in dieser Konstellation, wie schon in der zuvor, grds keine Zuständigkeit der Gerichte der Einzelstaaten gegeben ist, sofern diesen nicht vom Kongress die Kompetenz hierzu, wie bspw durch das Public Law 280, übertragen wurde.<sup>85</sup>

Generell besteht in dieser Konstellation, bedingt durch Bundesgesetze, eine Zuständigkeit des Bundes. Dies zunächst in jenen Fällen, in denen ein:e Indigene:r ein *major crime* begeht, da in einem solchen Fall unabhängig von der Ethnie des Opfers eine Bundeszuständigkeit eingreift.<sup>86</sup> Da allerdings vom Major Crimes Act nur eine begrenzte Anzahl von Delikten erfasst wird, spielen auch noch der General Crimes Act und der Assimilative Crimes Act eine große Bedeutung. Mit ersterem wurde das *Federal Enclave Law* iSd General Crimes Act auf das Territorium der „Indian Countrys“ ausgedehnt, was zur Folge hatte, dass bei Straftaten gegen ein:e:n Nichtindigene:n, die gleichzeitig das *Federal Enclave Law* verletzen, eine Bundeszuständigkeit gegeben ist<sup>87</sup>(Enklaven sind bspw auch Nationalparks oder militärische Stützpunkte<sup>88</sup>). Weiters ist in dieser Konstellation der Assimilative Crimes Act zu beachten, der Straftatbestände nach dem Recht der Einzelstaaten auch auf Bundesgebiet wie bspw Militärstützpunkten oder Reservaten anwendbar macht.<sup>89</sup>

Zu einer Überschneidung zwischen den einzelnen Regelungsmaterien kann es am ehesten im Bereich zwischen General Crimes Act und Major Crimes Act kommen, da die Verbrechen nach dem Major Crimes Act im Regelfall auch solche nach dem *Federal Enclave Law* sind.<sup>90</sup> In diesem Fall ist nach der Rsp auf die *lex specialis*-Regel zurückzugreifen und dem Major Crimes Act der Vorrang zu geben.<sup>91</sup>

84 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 136; *Angermaier*, Tribal Courts 79; *United States vs Lara*, 541 US 193 (2004).

85 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 139; vgl auch *Angermaier*, Tribal Courts 82; *Deloria/Lytle*, American Indians 178 ff.

86 Statt vieler *Deloria/Lytle*, American Indians 170; *Canby*, Indian Law<sup>6</sup> 183 f.

87 *Angermaier*, Tribal Courts 78; *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 139; *Deloria/Lytle*, American Indians 167.

88 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 139.

89 *Deloria/Lytle*, American Indians 173 f.

90 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 140.

91 *US vs John*, 587 F.2d 683 (5th Cir), cert Denied, 441 US 925 (1979).

Ähnlich wie bereits im Verhältnis Indigene:r gegen Indigene:n kann auch im Falle einer strafbaren Handlung einer indigenen Person gegen eine nicht indigene das Doppelbestrafungsverbot relevant werden. Der 5. Zusatzartikel zur US-Verfassung steht einer Strafverfolgung durch ein Tribal Court für eine geringere strafbare Handlung, die mit einer schwerwiegenderen Straftat, für welche ein Federal Court zuständig ist, verbunden ist, nicht entgegen.<sup>92</sup> Der General Crimes Act enthält für dieses Problem allerdings eine besondere Klausel, welche vorsieht, dass eine Anklage und Verurteilung durch den Bund dann nicht möglich ist, wenn der:die Indigene bereits nach dem Recht seines Stammes für die Straftat abgeurteilt worden ist oder wenn andere Verträge der Anwendung des General Crimes Act entgegenstehen.<sup>93</sup> Neben dieser Zuständigkeit des Bundes besteht in der Konstellation, dass der:die Täter:in indigener Abstammung, das Opfer hingegen nicht ist, wie schon im Verhältnis zwischen zwei Indigenen, eine Zuständigkeit der Tribal Courts, die aus der den Stämmen inhärenten Souveränität folgt.<sup>94</sup>

### 4.3. Zuständigkeit bei Straftaten zwischen Nichtindigenen (Täter:in) und Indigenen (Opfer)

In dieser Konstellation besteht grundsätzlich, wiederum sofern den Einzelstaaten nicht durch einen Einzelakt bzw das Public Law 280 die Jurisdiktionshoheit übertragen wurde, ausschließlich die Zuständigkeit der Bundesgerichte.<sup>95</sup> Diese Ausschließlichkeit wird vor allem durch den General Crimes Act und den Assimilative Crimes Act herbeigeführt, welche in ihrem Zusammenspiel aus Sanktionierung von Verletzungen des *Federal Enclave Law* iVm der Anwendung von sämtlichen strafrechtlichen Normen der Einzelstaaten auch auf Bundesgebiet ein sehr lückenloses Netz der Jurisdiktion ergeben.<sup>96</sup> Eine Zuständigkeit der Tribal Courts besteht hingegen seit der Grundsatzentscheidung des Supreme Court in der Rs *Oliphant vs Suquamish Tribe*<sup>97</sup> nicht, sofern ihnen nicht hierzu vom Kongress zuvor die Kompetenz verliehen wurde.<sup>98</sup>

### 4.4. Zuständigkeit bei Straftaten zwischen Nichtindigenen und Nichtindigenen

Für die vorliegende Variante sind vor allem zwei Entscheidungen des Supreme Courts von Bedeutung: Während dieser nämlich in der Rs *Worcester vs Georgia*<sup>99</sup> entschied,

92 S Pkt 4.2.

93 *Angermaier*, Tribal Courts 78; *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 140 f; *Coben*, Handbook 363.

94 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 139.

95 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 141; *Angermaier*, Tribal Courts 80; *Coben*, Handbook<sup>2</sup> 364.

96 Vgl auch *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 141; *Deloria/Lytle*, American Indians 189 f; *Oliphant vs Suquamish Indian Tribe*, 435 US 191 (1978).

97 435 US 191 (1978).

98 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 141; *Williams-Vedder*, Die Rechtsstellung 55; *Angermaier*, Tribal Courts 84; *Deloria/Lytle*, American Indians 180 f; vgl auch *Ermaçora*, Menschenrechte in der sich wandelnden Welt, Band III Amerika (1994) 474.

99 31 US 515 (1832).

dass eine Zuständigkeit der State Courts für von Nichtindigenen auf „Indian Country“ begangene Straftaten nie besteht, kam er etwa 50 Jahre später von dieser Sichtweise ab. Grundlegend für diesen Richtungswechsel war die Entscheidung in *United States vs McBratney*,<sup>100</sup> in welcher der Supreme Court den State Courts die Zuständigkeit für von Nichtindigenen an Nichtindigenen begangenen Straftaten auf „Indian Country“ zuerkannt hat.<sup>101</sup>

Eine Zuständigkeit der Tribal Courts für diese Fälle ist nach der Rsp zu *Oliphant vs Suquamish Tribe* nicht gegeben. Eine solche der Federal Courts nur, sofern die strafbare Handlung ein Bundesverbrechen ist, bei dem eine Zuständigkeit der Federal Courts besteht und zwar unabhängig vom Ort der Begehung.<sup>102</sup>

Alle diese soeben vorgestellten Varianten greifen nur dann ein, wenn es sich nicht um Einzelstaaten handelt, in welchen das Public Law 280 gilt bzw diese auf andere Weise vom Kongress die Jurisdiktion über den Bereich der „Indian Countrys“ übertragen bekommen haben. In diesen greift nämlich ausschließlich die Gerichtsbarkeit der State Courts ein.<sup>103</sup>

## 5. Resümee

Abschließend lässt sich sohin festhalten, dass für die gerichtliche Zuständigkeit in Strafsachen mit indigener Beteiligung die maßgeblichen Faktoren 1. an den Beteiligten selbst liegen, sohin darin, wer Täter:in und wer Opfer ist, 2.) wo die strafbare Handlung begangen wurde, ob sich hierbei nämlich um „Indian Country“ handelt und 3.) ob nicht eine spezifische gesetzliche Ausnahme, wie etwa das Public Law 280, eine Abkehr von der ansonsten bestehenden Zuständigkeitsverteilung vorsieht. Als Grundregel lässt sich dabei festhalten, dass strafbare Handlungen zwischen Indigenen auf „Indian Country“ der Gerichtsbarkeit der Tribal Courts unterliegen, allerdings mit den zuvor dargelegten Ausnahmen durch den Major Crimes Act und das Public Law 280. Hingegen besteht eine solche für Nichtindigene nie, mag die strafbare Handlung auch auf „Indian Country“ gesetzt worden sein.

Mag. Dr. Thorsten Holzer ist Richter am Verwaltungsgericht Wien und ehemaliger Lektor an der Universität Wien; thorsten.holzer@gpr.at

---

100 104 US 621 (1881).

101 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 142; *Angermaier*, Tribal Courts 82; *Canby*, Indian Law<sup>6</sup> 199 f.

102 *Pevar*, The Rights of Indians<sup>4</sup> 144; hierunter fällt bspw ein tätlicher Angriff auf ein Mitglied einer Polizeieinheit des Bundes; s auch *See Negonsett vs Samuels*, 507 US 99, 105 (1993).

103 *Deloria/Lytte*, American Indians 179; *Angermaier*, Tribal Courts 81 f.

# Thema: Femizid

Tötungen aufgrund des Geschlechts

## Vorwort der Gastherausgeber\*innen

Ümra Gencer / Philipp Hense-Lintschnig / Valerie Purth-Eisendle

---

*Ni una menos* – *Nicht eine weniger* – ist der weltweite Slogan von Aktivist:innen zum feministischen Streik. Die Bewegung nahm 2015 ihren Anfang in Argentinien, als eine Frau von ihrem Partner ermordet wurde. Aktivist:innen antworteten mit einem kollektiven Aufschrei und nutzten die Organisationsform des Streiks als Arbeitskampfmaßnahme, um auf den Zusammenhang von geschlechtsbezogener, ökologischer und kolonialer Gewalt gegen Frauen aufmerksam zu machen. Von Argentinien aus breitete sich die Bewegung auf dem gesamten Globus aus.<sup>1</sup>

Femizide sind die tödliche Zuspitzung patriarchaler Gewalt an Frauen. Diese Gewalt beginnt im Kleinen, mit sexistischen Stereotypen und misogynen Einstellungen. Sie umfasst sowohl strukturelle Gewalt, dh die einem System inhärente ungleiche Verteilung und tw gewaltvolle Aufrechterhaltung von Macht, wie etwa der Gender Pay Gap oder die ungleiche Verteilung von Sorgearbeit, als auch institutionelle Gewalt, wie zB die Einschränkung von Reproduktionsrechten wie wir sie hochaktuell gerade in den USA erleben können. Auf einer familiärer bzw intimpartner:innenschaftlicher Ebene zeigt sich diese Gewalt häufig in Form von „häuslicher Gewalt“, und kann in der Tötung durch den:die (Ex-)Intimpartner:in gipfeln.

Auch in Österreich sind Frauenmorde Realität. Durch die vermehrte mediale Berichterstattung über Morde an Frauen durch ihre (Ex-)Partner sind in den vergangenen Jahren sowohl das Phänomen selbst als auch der Begriff „Femizid“ zunehmend in den Fokus der gesellschaftlichen Wahrnehmung gerückt. Diese erhöhte Aufmerksamkeit bedeutet aber keineswegs, dass es tatsächlich mehr Frauenmorde bzw Femizide gegeben hätte. Nichtsdestotrotz ist eine breitere Diskussion über das Phänomen geschlechtsspezifischer Tötungen von Frauen begrüßenswert, sofern sie konstruktiv und verantwortungsvoll ist. Wir gehen der Frage nach, wie der Rechtsstaat zu verhindern versucht, dass es zu dieser gravierendsten aller Rechtsverletzungen an Frauen kommt, der Verletzung des Rechts

---

1 *Ni Una Menos – Austria*, Manifest 2018 (Deutsche Fassung), [www.osterreichnum.wordpress.com/2018/10/03/ni-una-menos-austria-2018-manifest-deutsche-fassung/](http://www.osterreichnum.wordpress.com/2018/10/03/ni-una-menos-austria-2018-manifest-deutsche-fassung/) (13.5.2022).

auf Leben. Zwar steht dieses verfassungsgesetzlich garantierte Grundrecht allen Menschen gleichermaßen zu, allerdings lässt sich (weiterhin) beobachten, dass Männer viel häufiger als Frauen in oder nach intimpartner:innenschaftlichen Beziehungen ihre (Ex-) Partnerinnen töten. Die zwar gleichermaßen für alle geltenden Strafgesetze haben die geschlechtsspezifische Dimension der Gewalt in ihrer ursprünglichen Konzeption nicht nur nicht bedacht, sondern zT sogar privilegiert (wie etwa die nur für Männer bis 1989 geltende straflose Vergewaltigung in der Ehe).<sup>2</sup>

Auf die spezifische Situation von Frauen wurde keine Rücksicht genommen, im Gegenteil geschlechtsspezifische Gewalt an Frauen blieb unsichtbar. Internationale Übereinkommen wie die *Istanbul Konvention* schafften erstmals umfassende rechtliche Instrumente und verpflichten Vertragsstaaten, Schutz- und Sorgfaltspflichten gegen Gewalt an Frauen zu ergreifen. Auf innerstaatlicher Ebene leisteten die Gewaltschutzgesetze ihren Beitrag dazu, den Blick auf die von Gewalt Betroffenen zu lenken. Der vorliegende Schwerpunkt will einen Beitrag dazu leisten, weiterhin bestehende Probleme in der Gesetzgebung und der Vollziehung in den Blick zu nehmen.

Zum Einstieg in den Schwerpunkt widmen sich gleich zwei Beiträge dem Begriff Femi-zid. Im Sinne einer Schwerpunkt-internen Debatte treten die Beiträge von *Haider* und *Beclin* in einen Dialog und in die Auseinandersetzung; *Haider*, eine Proponentin des Begriffs, führt uns durch seine Genese, Definitionen und Anwendung(en) im wissenschaftlichen sowie gesellschaftlichen Feld sowie durch seine Komplexitäten als Stärken. *Beclins* Beitrag liest sich demgegenüber als kritischer Kommentar, wenn die Autorin die Wirkmächtigkeit des Begriffs eher im Bereich des gesellschaftspolitischen Aktivismus verortet und in seiner Verwendung im wissenschaftlichen und konkret im strafrechtlichen und kriminologischen Bereich mehr Fallstricke als Chancen erkennt.

Anschließend beschäftigen sich *Hajszan/Germ* mit der Frage, wie die sogenannte Haus-tyrannentötung rechtlich betrachtet werden könnte. Damit sind va jene Fälle gemeint, bei denen Frauen keinen Ausweg aus einer für sie zunehmend kontrollierenden, gewaltvollen und letztlich auch (lebens-)gefährlichen Beziehung sehen, als den, selbst zu töten. *Hajszan/Germ* stellen hierfür den Tatbestand des Mordes dem des Totschlages gegenüber und erörtern die (Nicht-)Anwendbarkeit von Rechtfertigungsgründen.

*Reiter/Neunkirchner* gehen der Frage nach, wie sich häusliche Gewalt rechtlich definieren lässt. Anhand verschiedener Kategorisierungen von Gewaltformen überprüfen sie deren ausreichende Abbildung im StGB. Dabei werfen sie einen Blick auf die mangelhafte statistische Erfassung zu Femiziden und zur häuslichen Gewalt und zeigen die Relevanz einer stabilen Datenlage auf. Abschließend erörtern *Reiter/Neunkirchner* rechtsvergleichend zum Tatbestand des *Domestic Abuse* in Schottland den Straftatbestand der

---

2 Vgl dazu die Sexualstrafdelikte §§ 201 Notzucht, 202 Nötigung zum Beischlaf, 205 Schändung, 206 Beischlaf mit Unmündigen, der Stammfassung des Strafgesetzbuches BGBl 1974/60, die jeweils nur *außerehelichen Beischlaf* unter weiteren Voraussetzungen unter Strafe stellten. Erst mit den beiden Novellen BGBl 1989/242 und zuletzt BGBl I 2004/15 wurden diese Bestimmungen aus dem Rechtsbestand beseitigt.

häuslichen Gewalt und stellen zur Diskussion, welchen Beitrag das Strafrecht für die ganzheitliche Erfassung von häuslicher Gewalt leisten kann.

*Steiner* widmet sich in ihrem Beitrag den Rechten von Gewaltopfern in strafrechtlichen Verfahren und der juristischen Prozessbegleitung und beleuchtet insb jene Bereiche und Konstellationen, wo die praktische Anwendung dieser Instrumente trotz der vorhandenen rechtlichen Rahmenbedingungen dem an sie gestellten Anspruch noch nicht gerecht wird. Dabei lässt *Steiner* ihre praktischen Erfahrungen als Rechtsanwältin und juristische Prozessbegleiterin miteinfließen.

Abschließend unterwirft *Herbinger* die von verschiedenen Institutionen verwendeten Risikoeinschätzungsinstrumente einem kritischen Blick und stellt die Frage, ob nicht deren sekundäre Funktionen – abseits der eigentlich verfolgten Gewaltprognostik – ihr hauptsächliches Anwendungsgebiet sind. Der Autor bringt hierfür etwa die Beispiele, dass als Hochrisikofälle „etikettierte“ Personen bereitwilliger an Maßnahmen teilnehmen oder Institutionen daran ihre knappen Ressourcen ausrichten. Er betrachtet eingehend den Umgang mit Risikoeinschätzungsinstrumenten innerhalb der Polizei, im medizinischen und sozialen Sektor und zeigt deren unterschiedliche Handhabung in der Logik und Praxis der jeweiligen Interventionen auf.

Zur Veranschaulichung des Schwerpunkts stellen uns die feministischen Vereine *Kollektiv Kimäre* und *Viva la Vulva* Fotos der von ihnen gestalteten Gedenkwände am Wiener Yppenplatz zur Verfügung: Dort hielten sie das ganze Jahr 2021 lang die Zahl der in Österreich von ihren (Ex-)Partnern getöteten Frauen aktuell. So wollen wir den Impetus dieser aktivistischen Aneignung des öffentlichen Raums auch in den wissenschaftlichen Diskurs holen.

Mag.<sup>a</sup> Ümra Gencer ist Redaktionsmitglied des juridikum, arbeitet in einer Opferschutzeinrichtung und lebt in Wien, uemra.gencer@gmx.at

DI (FH) Mag. Philipp Hense-Lintschnig ist Redaktionsmitglied des juridikum, hat die letzten Jahre in einer Opferschutzeinrichtung gearbeitet und lebt in Graz, philipp@hense-lintschnig.at

Mag.<sup>a</sup> Valerie Purth-Eisendle ist Redaktionsmitglied des juridikum, hat in Istanbul zum emanzipatorischen Potential des Strafrechts im Bereich Gewalt gegen Frauen geforscht und lebt in Wien, valerie.purth@gmail.com

# Femizide – Begriff, Konzept und österreichischer Verwendungskontext

Isabel Haider

---

## 1. Der Femizidbegriff

Die *Istanbul Konvention* definiert „geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen“ [als] Gewalt, die gegen eine Frau gerichtet ist, weil sie eine Frau ist, oder die Frauen unverhältnismäßig stark betrifft“<sup>1</sup>. Ähnlich definiert die *Vienna Declaration on Femicide* Femizide als „the killing of women and girls because of their gender“.<sup>2</sup> Die Definition des Begriffs „Geschlecht“ (Gender) in der *Istanbul Konvention* weist darauf hin, dass die Gewalt in Zusammenhang steht mit „gesellschaftlich geprägten Rollen, Verhaltensweisen, Tätigkeiten und Merkmale[n], die eine bestimmte Gesellschaft als für Frauen und Männer angemessen ansieht“.<sup>3</sup> Männliche Gewalt gegen Frauen ist „Ausdruck historisch gewachsener ungleicher Machtverhältnisse“. Sie hat „strukturellen Charakter“ und „[ist] einer der entscheidenden sozialen Mechanismen [...], durch den Frauen in eine untergeordnete Position gegenüber Männern gezwungen werden“.<sup>4</sup> Der Begriff Gewalt gegen Frauen (Violence Against Women – VAW) hat sich als Fachterminus für Formen geschlechtsspezifischer Gewalt etabliert, die überwiegend gegen Frauen und Mädchen begangen werden.<sup>5</sup> Femizide sind die tödliche Form dieser geschlechtsbezogenen Gewalt gegen Frauen. Es existiert keine allgemeingültige Begriffsdefinition. Vielmehr variiert diese stark nach Verwendungskontext.<sup>6</sup>

Die *Vienna Declaration on Femicide* listet als explizite Manifestationsformen von Femiziden auch die „Tötung von Frauen und Mädchen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität“ und beinhaltet damit Femizide gegen LBTI Frauen.<sup>7</sup> Insbeson-

---

1 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt 3010 UNTS 107, Art 3 lit d.

2 *UN Economic and Social Council*, Vienna Declaration on Femicide, [www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ\\_Sessions/CCPCJ\\_22/E-CN15-2013-NGO1/E-CN15-2013-NGO1\\_E.pdf](http://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_22/E-CN15-2013-NGO1/E-CN15-2013-NGO1_E.pdf) (15.4.2022).

3 Art 3 lit c Istanbul Konvention.

4 Präambel der Istanbul Konvention.

5 *Mason-Bish/Duggan*, ‘Some men deeply hate women, and express that hatred freely’: Examining victims’ experiences and perceptions of gendered hate crime, *International Review of Victimology* 26 (1)/2020, 112 (115).

6 *United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)*, Global Study on Homicide 2019, Gender-related killing of women and girls, 8, [www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet\\_5.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet_5.pdf) (15.4.2022).

7 *UN Economic and Social Council*, Vienna Declaration on Femicide; *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, and Intersex Association (ILGA World)*, Submission to the Special Rapporteur on violence against women, 3, [www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/SR/Femicide/2021-submissions/CSOs/the-international-lesbian-gay](http://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/SR/Femicide/2021-submissions/CSOs/the-international-lesbian-gay).

dere Femizide gegen „nicht-heteronormative Frauen, nicht-cisnormative Frauen, intersex-Frauen, indigene Frauen, nicht-weiße Frauen, Frauen mit Behinderungen, Frauen in Sexarbeit, und Frauen an vielen anderen multiplen Intersektionen“ werden im Diskurs und in der statistischen Erfassung jedoch häufig übergangen. Es ist daher besonders darauf hinzuweisen, dass alle diese Formen von Femizid ebenfalls in das Begriffsverständnis einzubeziehen sind.<sup>8</sup>

In die breite Öffentlichkeit eingeführt wurde der Begriff des Femizids 1976 durch die US-amerikanische Soziologin *Diana Russell* mit einer klar politisch-aktivistischen Intention.<sup>9</sup> Der Begriff sollte auf die strukturellen Unterschiede des Großteils der Mordkriminalität gegen Frauen im Vergleich zu jener gegen Männer hinweisen. Die Nichtbeachtung der Geschlechtsbezüge tödlicher Gewalt durch Männer an Frauen verhindere ihre Bekämpfung.<sup>10</sup> Der Begriff „transformierte konventionelle Wahrnehmung, öffentliches Bewusstsein, wissenschaftliche Forschung und Politikgestaltung“ in Zusammenhang mit tödlicher Gewalt gegen Frauen.<sup>11</sup>

Tötungsdelikte wurden und werden weltweit nicht nur vorwiegend durch Männer, sondern auch vorwiegend an Männern begangen. Tötungen von Frauen machen weltweit etwa 20 % aus. Rund 10 % der Tötungen werden durch Frauen begangen.<sup>12</sup> Tatumstände und Fallmuster weisen eklatante Unterschiede zwischen der durch Männer an Männern begangenen tödlichen Gewalt im Vergleich zu jener an Frauen auf.<sup>13</sup> Das *Büro der Vereinten Nationen für Drogen- und Verbrechensbekämpfung (United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC)* unterteilt Tötungen allgemein in Hinblick auf Tatumstände und Fallmuster grob in drei Typen. Die erste Fallgruppe enthält solche, die „in Zusammenhang mit kriminellen Aktivitäten stehen“, die zweite jene mit „interpersonellen“ und die dritte solche mit „soziopolitischen Faktoren“.<sup>14</sup> Die Statistiken zu tödlicher Gewalt gegen Männer werden stark durch „volatile Faktoren“, wie „soziopolitische Entwicklungen“, das Aufkommen organisierter Kriminalität und die allgemeine Sicherheitslage in einem Land beeinflusst.<sup>15</sup> Täter\*innen und Opfer der Tötungsdelikte an Männern stehen dementsprechend überwiegend in keinem Naheverhältnis zueinander. Das

---

pdf (15.4.2022); vgl auch *United Nations General Assembly*, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Dubravka Šimonović. Taking stock of the femicide watch initiative, 16, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/187/50/PDF/N2118750.pdf?OpenElement> (15.4.2022); Übersetzung durch die Autorin.

8 *ILGA World*, Submission 2; Übersetzung durch die Autorin.

9 *Corradi/Marcuello-Servós/Boira/Weil*, Theories of femicide and their significance for social research, *Current Sociology* 64 (7)/2016, 975 (976); *Grzyb/Naudi/Marcuello-Servós*, Femicide definitions in *Weil/Corradi/Naudi*, Femicide across Europe. Theory, research and prevention (2018) 17 (21).

10 *Corradi/Marcuello-Servós/Boira/Weil*, *Current Sociology* 64 (7)/2016, 977; *Radford*, Introduction, in *Radford/Russell*, Femicide: The Politics of Woman Killing (1992) 3 (10).

11 *Corradi/Marcuello-Servós/Boira/Weil*, *Current Sociology* 64 (7)/2016, 976; Übersetzung durch die Autorin.

12 *UNODC*, Global Study on Homicide 2019, Executive summary, 23, [www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet1.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet1.pdf) (15.4.2022).

13 *UNODC*, Global Study on Homicide 2019, Executive summary, 24, [unodc.org](http://unodc.org).

14 *UNODC*, Global Study on Homicide 2019, Executive summary, 8, [unodc.org](http://unodc.org); Übersetzung durch die Autorin.

15 *UNODC*, Global Study on Homicide 2019, Executive summary, 24, [unodc.org](http://unodc.org); Übersetzung durch die Autorin.

Gegenteil ist jedoch bei Tötungen von Frauen der Fall. Tötungen in Intimbeziehungen oder im familiären Kontext werden weltweit zu 64 % an Frauen begangen. Dieser Anteil erhöht sich auf rund 82 %, wenn man nur den Intimbeziehungskontext betrachtet.<sup>16</sup> Tödliche Gewalt gegen Frauen richtet sich damit eher nach „langfristigen Aspekten wie Geschlechterrollen, gesellschaftlichen Normen, dem Status von Frauen in der Gesellschaft, Diskriminierung und Geschlechtergleichstellung“.<sup>17</sup> In Ländern mit geringerer Mordrate ist zu beobachten, dass tendenziell die Tötungen von Männern zurückgehen und sich die statistischen Unterschiede zwischen der Anzahl an weiblichen und männlichen Opfern verkleinern.<sup>18</sup> Den Kriminalstatistiken der meisten Länder liegt eine binäre Geschlechterordnung zugrunde.

## 2. Femizide – ein neues Phänomen?

Tödliche Gewalt an Frauen ist kein neues Phänomen. Kriminalitätsphänomene entstehen jedoch nicht nur aufgrund ihres eventuell neuen Auftretens, sondern können sich auch aus gesellschaftlichen Neubewertungen und wissenschaftlichem Fortschritt ergeben. Erkenntnisquellen zu Kriminalität, in Form von Wissenschaftsdisziplinen wie Kriminologie und Strafrecht sowie den Sicherheitsbehörden und eine damit verbundene Deutungshoheit waren und sind teilweise nach wie vor stark männlich und Weiß dominiert. Kriminalitätstheorien wurden lange Zeit anhand von Kriminalität als vorwiegend männlichem Phänomen unter Annahme von Allgemeingültigkeit entwickelt. Gender- und andere Diversitätsaspekte stießen, falls überhaupt, erst später auf Interesse.<sup>19</sup> *Gerlinda Smaus* sieht in Analogie zu *Sandra Harding* das Strafrecht und das Strafverfolgungssystem als „androzentristische Institutionen“<sup>20</sup> in einem „symbolischen Geschlechteruniversum“.<sup>21</sup> Bereits der Glaube und das Festhalten an einer vermeintlichen Gender-Neutralität und Objektivität, in einer vergeschlechtlichten Welt, ist Ausdruck dieses Androzentrismus.<sup>22</sup> Die vorherrschenden Machtverhältnisse knüpfen dabei nicht nur und unbedingt an die registrierte Geschlechterverteilung der Belegschaft einer Institution an, sondern an die Rolle, die in der beruflichen Tätigkeit eingenommen wird.<sup>23</sup> Das soziale Geschlecht (Gender) konstruiert sich in Handlungen und Interaktionen und ist verän-

16 UNODC, Global Study on Homicide 2019, Gender-related killing of women and girls, 11, unodc.org.

17 UNODC, Global Study on Homicide 2019, Executive summary, 24 f, unodc.org; Übersetzung durch die Autorin.

18 UNODC, Global Study on Homicide 2019, Executive summary, 24, unodc.org.

19 *Daly/Chesney-Lind*, Patriarchy, Feminism and Criminology, *Justice Quarterly* 5 (4)/1988, 497.

20 *Smaus*, Welchen Sinn hat die Frage nach dem „Geschlecht“ des Strafrechts?, in *Feest/Pali*, Gerlinda Smaus: „Ich bin ich“, Schriftenreihe des Strafvollzugsarchivs (2020) 355 (369); vgl auch *Connell*, Masculinities, (1995/2005) 77; *European Institute for Gender Equality*, Gender in justice, <https://eige.europa.eu/publications/gender-justice?lang=de> (15.4.2022).

21 *Smaus* in *Feest/Pali* 358.

22 *Smaus* in *Feest/Pali* 362.

23 *Smaus* in *Feest/Pali* 356.

derlich, situativ und relational.<sup>24</sup> Mit dem sozialen Geschlecht verknüpfte zugeschriebene Eigenschaften und Rollen beeinflussen Wahrnehmungen und Reaktionen. Bei der Beurteilung von Gewalt gegen Frauen „[füllen] Vertreter der sozialen Kontrolle [...] die leeren Buchstaben des Gesetzes mit männlichen Alltagstheorien [...]“.<sup>25</sup> Die vergeschlechtlichten Institutionen „[nützen] die Bedeutungszuschreibungen der strafrechtlichen Zwecke für männliche [...] Interessen aus [...] Sie konzentrieren sich vornehmlich auf den Schutz prestigeträchtiger Bereiche des öffentlichen Lebens und [vernachlässigen] Situationen, die als ‚inoffizielle‘, ‚private‘ Bereiche bezeichnet werden. Wie zufällig sind dies den Frauen zugewiesene Lebensbereiche.“<sup>26</sup>

### 3. Das zugrundeliegende Konzept

1992 definierten *Jill Radford* und *Diana Russell* Femizide ua als „the misogynist killing of women by men“.<sup>27</sup> Auch in weiterer Folge brachte *Russell* den Begriff mit dem Hate Crime Konzept in Verbindung, indem sie beispielsweise 2001 konstatierte: „Femicides are lethal hate crimes.“<sup>28</sup> Ungefähr zur gleichen Zeit fanden in den USA breitere kriminalpolitische Diskussionen zu Hate Crimes in Reaktion auf zwei brutale vorurteilsmotivierte Tötungen statt, insbesondere sollten bundesbehördliche Ermittlungen stärkere Eingriffsrechte erlauben.<sup>29</sup> Auch die ersten strafrechtswissenschaftlichen Abhandlungen im US-Kontext stammen aus dieser Zeit.<sup>30</sup> Mit ein Grund für *Russells* Zusammenziehung der Konzepte, neben der mE auch heute noch argumentierbaren (aber nur teilweisen) Überschneidungen, könnte also der damalige Zeitgeist der kriminalpolitischen Schwerpunktsetzung sein. Bereits in ihrer eigenen Argumentation zum damaligen Zeitpunkt wird jedoch klar, dass sie an ihrer soziologischen Perspektive festhält und eine Relevanz von Gender für die Begehung der Taten und die gesellschaftliche Reaktion darauf betont. Die misogyne Einstellung der Täter leitet sie hingegen, neben einigen medienöffentlichen Fällen, mehr aus den strukturellen Zusammenhängen und der institutionellen Verwendung der Gewalt ab, als tatsächlich auf innere Einstellungen individueller Täter einzugehen.<sup>31</sup> Wie beschrieben fanden einige der strafrechtlichen Auslegungsschwierigkeiten

24 *West/Zimmermann*, Doing Gender, Gender and Society 1 (2)/1987, 125.

25 *Smaus* in *Feest/Pali* 368.

26 *Smaus* in *Feest/Pali* 362.

27 *Radford* in *Radford/Russell* 3.

28 *Russell*, Introduction, in *Russell/Harmes*, Femicide in Global Perspective (2001) 3 (4).

29 Das erst rund neun Jahre nach den 1998 begangenen homophoben und rassistischen Straftaten umgesetzte Gesetz trug die Namen der Opfer, der *Matthew Shepard and James Byrd Jr Hate Crimes Prevention Act of 2009*; *Cornell Law School/Legal Information Institute*, Matthew Shepard and James Byrd, Jr Hate Crimes Prevention Act, [www.law.cornell.edu/wex/matthew\\_shepard\\_and\\_james\\_byrd\\_jr\\_hate\\_crimes\\_prevention\\_act](http://www.law.cornell.edu/wex/matthew_shepard_and_james_byrd_jr_hate_crimes_prevention_act) (15.4.2022).

30 *Lawrence*, Punishing hate: bias crimes under American law (1999); *Jacobs/Potter*, Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics (2001).

31 *Russell* in *Russell/Harmes* 4 ff.

in Zusammenhang mit Vorurteilmotiven des Hate Crime Konzepts auch erst ungefähr zur gleichen Zeit erstmalig Eingang in die (strafrechts-)wissenschaftliche Diskussion. Die Frage, inwiefern unter Femiziden somit ausschließlich Tötungen aus misogynen Motiven auf individuell-innerer Ebene des Täters zu verstehen sein sollen, war Ausgangspunkt für konzeptuelle Unschärfen des Begriffs und ist seitdem auch einer der wichtigsten Knackpunkte für die Verwendung im Strafverfolgungskontext. Details zu diesen Fragen würden den Rahmen des vorliegenden Artikels sprengen. Im Kern geht es jedoch um Probleme, die sich durchaus auch in Zusammenhang mit anderen Vorurteilmotiven stellen, sich bei Gewalt gegen Frauen aber aufgrund ihrer Prävalenz und des regelmäßigen Naheverhältnisses zwischen (männlichen) Tätern und Opfern potenzieren: Wie muss sich Frauenfeindlichkeit ausdrücken, um strafrechtlich relevant und für eine Straftat kausal zu sein? Reicht die Selektion der Opfer aufgrund ihres Geschlechts? Wie lässt sich das Geschlecht des Opfers als Motiv von anderen interpersonellen Motiven bei einander bekannten Täter\*in-Opfer-Verhältnissen abgrenzen und inwiefern ist dies überhaupt strafrechtlich relevant?<sup>32</sup>

### 3.1. Herausforderungen seiner Operationalisierung

In weiterer Folge wurden in der Begriffsverwendung verschiedene Wege eingeschlagen. Wurde der Begriff in wissenschaftlichen empirisch-quantitativen Studien oder in kriminalstatistischen Zählungen verwendet, wurden verschiedentlich entweder sämtliche Frauenmorde oder nur bestimmte, besser dokumentierte Manifestationsformen als stellvertretende Synonyme verwendet, zB indem (nur) Tötungen an Frauen im Intimbeziehungskontext als Femizide gezählt wurden. Soziologische Konzepte bedürfen regelmäßig einer Operationalisierung für ihre Messung in quantitativen Studien. Informationen, die für die Frage der Qualifizierung aller Frauentötungen als Femizid oder Tötung ohne Geschlechtsbezug benötigt würden, standen und stehen den Untersuchenden jedoch meistens nicht zur Verfügung. Es kann daher bei quantitativen Untersuchungen oftmals nur eine Annäherung anhand der vorhandenen bestmöglichen Informationen versucht werden, auch wenn damit nicht sämtliche Dimensionen umfasst werden können. Eine präzise Definition oder Gründe für die Verwendung des Begriffs „Femizid“ trotz Abweichung vom ursprünglichen Verständnis, fehlten allerdings in vielen dieser Studien, was zu einer weiteren Verwässerung und Uneinheitlichkeit des Begriffs und Konzepts beitrug und kritisiert wurde.<sup>33</sup>

32 Vgl zu diesen Fragen für das österreichische Strafrecht, erste Überlegungen bei Haider, Hate Crimes gegen Frauen – eine Diskussion aus Sicht der strafrechtlichen Umsetzung und Strafverfolgungspraxis in Österreich, JSt 2021, 51 und die teilweise Kritik bei Fuchs, Hate Crime in Österreich. Konzept, Rechtsrahmen, Datengrundlagen, Verbreitung und Auswirkungen von vorurteilsmotivierten Straftaten, www.bmi.gv.at/408/Projekt/files/hc\_pilotbericht\_final\_druck.pdf (15.4.2022) 25 ff.

33 Alvazzi del Frate, When the victim is a woman, in Geneva Declaration Secretariat, Global burden of armed violence 2011: Lethal encounters, 113 (115 f), www.genevadeclaration.org/fileadmin/docs/GBAV2/GBAV2011\_CH4.pdf (15.4.2022); Grzyb/Naudi/Marcuello-Servós in Weil/Corradi/Naudi 22; Russell in Russell/Harmes 15.

### 3.2. Die Mehrdimensionalität von Misogynie

*Jacquelyn Campbell* und *Carol Runyan* verwiesen in einer der ersten Studien, in denen Femizide mit Frauenmorden generell gleichgesetzt wurden, auf die schlechte Messbarkeit eines misogynen Motivs des Täters und bezogen sich damit noch auf dieses ursprüngliche Verständnis des Konzepts.<sup>34</sup> *Russell* kritisierte die dadurch bedingte Entpolitisierung des Begriffs.<sup>35</sup> Sie ging in weiterer Folge jedoch selbst von einem individuellen bzw. interpersonellen Verständnis von Misogynie ab.<sup>36</sup> Misogynie als zentraler Ansatz ist nicht (mehr) auf ein Verständnis als Motiv oder individuelle Einstellung beschränkt. Misogynie, wie anderen Unterdrückungsstrukturen, ist ein mehrdimensionales Verständnis zugrunde zu legen, indem diese nicht nur auf individueller, sondern auch auf struktureller und institutioneller Ebene sowie intersektional wirken.<sup>37</sup> „[V]iolence against oppressed groups serves broad and institutional (rather than isolated and individuated) purposes: to delineate and sustain hierarchical social relations of race, gender, sexuality and class and, thereby, to perpetuate the inequality of marginalized communities“.<sup>38</sup> In diese breitere Richtung entwickelte sich auch das Begriffs- und Konzeptverständnis in der internationalen Politik. Die *Vienna Declaration on Femicide* listet beispielhaft zehn Manifestationsformen von Femiziden auf. Tötungen aus misogynen Motiven sind eine davon.<sup>39</sup> Es erfolgt auch keine Einschränkung auf bestimmte strafrechtliche Vorsatzdelikte (zB Mord) oder ausschließlich eine Anknüpfung an individuelle Täter\*innen. Stattdessen ist allgemeiner von direkten und indirekten Tötungen die Rede, zu denen es nicht notwendigerweise aufgrund des Tötungsvorsatzes oder misogynen Motive individueller Täter\*innen kommt, sondern allgemein die tödliche Folge von Handlungen und gesellschaftlichen Umständen in patriarchalen Systemen sind (zB Tötungen durch unsauber durchgeführte kriminalisierte Abtreibungen).<sup>40</sup> Das Konzept ist somit nicht ausschließlich aus einer strafrechtlichen Perspektive zu betrachten.

### 3.3. Komplexität des Begriffs als Stärke

Hinter dem Femizidbegriff steht (auch) die Bezeichnung eines soziologischen Konzepts. Seine Komplexität und Mehrdimensionalität ist dabei Stärke, nicht Schwäche. Latente

34 *Campbell/Runyan*, Femicide: Guest editors' introduction, *Homicide Studies*, 2 (4)/1998, 347 (347-348).

35 *Russell* in *Russell/Harmes* 15.

36 *Russell*, The Origin and Importance of the Term Femicide, [www.dianarussell.com/origin\\_of\\_femicide.html](http://www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html) (15.4.2022).

37 *Crenshaw*, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity, Politics, and Violence Against Women of Color, in *Crenshaw/Gotanda/Peller/Thomas*, *Critical Race Theory* (1995) 357; *Manne*, *Down Girl: The Logic of Misogyny* (2017).

38 *Hutchinson*, Ignoring the Sexualization of Race: Heteronormativity, *Critical Race Theory and Anti-Racist Politics*, *Buffalo Law Review*, 47 (1)/1999, 1 (20).

39 *UN Economic and Social Council*, *Vienna Declaration on Femicide*.

40 *United Nations General Assembly*, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, *Rashida Manjoo*, 5, [www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16\\_En.pdf](http://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16_En.pdf) (15.4.2022); s dort auch für weitere Bsp.

Konstrukte (nicht direkt beobachtbar), wie es Kriminalitätsphänomene sind,<sup>41</sup> werden regelmäßig über Indikatoren (beobachtbare Vorgänge in der Welt) gemessen. Konzepte sollen komplexe Sachverhalte erklären und sich daher gerade nicht auf die enge Definition beobachtbarer Vorgänge beschränken. Femizid als Konzept und Begriff dient damit dem Aufzeigen und der Erklärung struktureller Zusammenhänge verschiedener Formen von tödlicher geschlechtsbezogener Gewalt gegen Frauen. Genauso passiert dies bei anderen Kriminalitäts- bzw. demokratiegefährdenden Phänomenen, die nicht ausschließlich an strafrechtliche Deliktsqualifikationen anknüpfen, wie bspw. Rechtsextremismus oder Terrorismus. Diese Begriffe enthalten Erklärungswert, der über eine enge kriminalstatistische Definition hinausgeht. Sie finden Verwendung zu kriminalanalytischen Zwecken, regelmäßig nicht beschränkt auf Untersuchungen einzelner Fälle oder Täter\*innen, sondern fallübergreifend, unter Einbeziehung gesellschaftlicher und politischer Kontexte.<sup>42</sup> Kommt es zur Quantifizierung im Sinne einer kriminalstatistischen Zählung, ist zu definieren, wie bzw. was gemessen wurde. Auch hier kommt es dann zu einer doppelgleisigen Begriffsverwendung, konzeptuell und statistisch.<sup>43</sup> Anhand jener Indikatoren, die Kriminalstatistiken in vielen Ländern schon bisher in Bezug auf sämtliche Kriminalitätsformen messen, lassen sich derzeit jedoch nur wenige der Manifestationsformen von Femiziden bestimmen (zB Geschlecht von Täter\*innen und Opfer und, wenn überhaupt, Täter\*in-Opfer-Beziehung). Daher werden aktuell va Tötungen im Intimbeziehungskontext statistisch als Indikator für Femizide herangezogen.<sup>44</sup> Dies spricht jedoch weniger gegen die Geeignetheit einer statistischen Zählung von Femiziden, sondern wirft eher generelle Fragen zur Geeignetheit eines one-size-fits-all Ansatzes und involvierter Interessen und Zwecke in der Konstruktion der Kriminalstatistik auf.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass es innerhalb der tödlichen Gewaltkriminalität an Frauen Fälle gibt, bei denen das Geschlecht keine Rolle spielt. Zu denken wäre hier allenfalls zB an wirtschaftliche Motive oder Gewalt gegen Zufallsopfer. Daneben gibt es tödliche Gewalt gegen Frauen, die einen Geschlechtsbezug aufweist. Der Geschlechtsbezug ergibt sich aus dem gesellschaftlichen Kontext, in dem die Gewalt stattfindet. Gender und seine Strukturierung von Gesellschaft, Interaktionen und Handlungen, intersektional mit anderen Unterdrückungsstrukturen, beeinflusst nicht nur „die Ausübung von Gewalt als Ressource für ‚doing masculinity‘“ oder als Wiederherstellung einer verletzten „Geschlechterordnung“, sondern „patriarchale strukturelle Arrangements“ wirken auch

---

41 Feltes, Kriminalitätsindizes: Warum messen wir Kriminalität nicht anders?, in *Boers/Kerner*, Kriminologie – Kriminalpolitik – Strafrecht: Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag (2013) 91 (94).

42 Vgl. *Bundesministerium für Inneres*, Verfassungsschutzberichte, [www.dsn.gv.at/501/](http://www.dsn.gv.at/501/) (15.4.2022).

43 Vgl. *European Institute for Gender Equality*, femicide, <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1128> (15.4.2022), das eine zweigleisige Definition heranzieht.

44 *UNODC*, Global Study on Homicide 2019, Gender-related killing of women and girls, 8-9, [unodc.org](http://unodc.org). Auch die UNODC Global Study on Homicide 2019 arbeitete mit Tötungen im Intimbeziehungs- und familiären Kontext als Proxies für Femizide, da nur für diese Manifestationsformen, zumindest annähernd, global Daten zu Vergleichszwecken vorhanden sind.

als Schutzbarrieren und hemmen den Zugang zu Ressourcen, die wiederum kriminalpräventiv wirken.<sup>45</sup> Damit kommen wir zum österreichischen Kontext.

#### 4. Der österreichische Kontext

In Österreich kommt der Begriff in der breiten Öffentlichkeit derzeit vorwiegend aktivistisch und medial zur Anwendung. Die in den Medien regelmäßig verwendete Femizidstatistik des aktuellen Jahres basiert auf einem Media Monitoring der *Autonomen Österreichischen Frauenhäuser*.<sup>46</sup> Eine behördliche Kriminalstatistik zu Femiziden gibt es in Österreich nicht. Geschlechtsbezüge werden in der sicherheits- und kriminalpolitischen Debatte zu Gewalt in Österreich derzeit nahezu völlig ausgeklammert. Aus meiner Sicht lassen sich drei Strömungen erkennen:

##### 4.1. Kriminalstatistik und -analyse

Kriminalstatistik und -analyse in Form der jährlich an National- und Bundesrat zu erstattenden Sicherheitsberichte behandeln Gewaltkriminalität als gender-neutrales Phänomen.<sup>47</sup> Gewalt gegen Frauen ist darin fast zur Gänze unsichtbar. Als relevant zu betrachten ist, dass seit dem Berichtsjahr 2018 zumindest die Anzahl der weiblichen Mordopfer angegeben wird. Bis 2017 ließ sich auch diese Information nicht entnehmen. Gewalt gegen Frauen oder einzelne Manifestationsformen werden nicht behandelt. In den Statistiken fehlen Indikatoren, die für eine externe Auswertung relevant wären. *Smaus'* Analyse der Sicherheitspolitik als „androzentristische Institution“<sup>48</sup> offenbart hier ihre Geltung auch in Österreich.

##### 4.2. Kriminalpolitik

Eine zweite Strömung ist in der Setzung punktueller Maßnahmen zu erkennen, die (iZm Femiziden) seit etwa 2019 in Reaktion auf – aus verschiedenen Gründen – als „spektakulär“ wahrgenommene Fälle<sup>49</sup> oder iZm dem internationalen Tag gegen Gewalt an Frauen<sup>50</sup> einhergehen. Auch hier werden Geschlechtsbezüge und andere Unterdrückungsstrukturen als der gesellschaftliche Kontext, in dem die Gewalt passiert, nicht themati-

45 *De Coster/Heimer*, Unifying Theory and Research on Intimate Partner Violence: A Feminist Perspective, *Feminist criminology* 16 (3)/2021, 286 (290, 292, 293); Übersetzung durch die Autorin.

46 *Autonome Österreichische Frauenhäuser*, Femizide in Österreich, [www.aeof.at/index.php/zahlen-und-daten/femizide-in-oesterreich](http://www.aeof.at/index.php/zahlen-und-daten/femizide-in-oesterreich) (15.4.2022).

47 Vgl. *Bundesministerium für Inneres*, Sicherheitsbericht, [www.bmi.gv.at/508/start.aspx](http://www.bmi.gv.at/508/start.aspx) (15.4.2022).

48 *Smaus* in *Feest/Pali* 369.

49 ZB *Blei/Hagen/Marchart/Scherndl*, Femizide: Wie viel Inhalt steckt im neuen Gewaltschutzpaket?, [derstandard.at/4.5.2021](http://derstandard.at/4.5.2021), [www.derstandard.at/story/2000126383469](http://www.derstandard.at/story/2000126383469) (15.4.2022).

50 *ORF.at*, Politik betont Angebote zum Schutz von Frauen, [orf.at](https://orf.at/stories/3237549/) 23.11.2021, <https://orf.at/stories/3237549/> (15.4.2022).

siert. Genderdimensionen werden hier auf das amtlich registrierte Opfergeschlecht Frau und gleichzeitig schlechthin auf das Phänomen der häuslichen Gewalt reduziert. Es wird folgende Message transportiert: *Wenn Frauen bloß den Mut fassten, die Polizei riefen und vorhandene Hilfsangebote nutzten, würde ihnen geholfen werden.* Die einzige Schutzbarriere vor Gewalt an einer Frau wäre demnach sie selbst.<sup>51</sup>

*Elizabeth A. Stanko* analysiert: „How ‘seriously’ we as a society respond to an incident of violence varies by the situation within which it takes place. [...] Social context is highly relevant to the way in which violence is defined as criminal harm or as harmful by perpetrator, victim, criminal justice official, and society at large. [...] Familiarity is a central feature of criminal violence to women. Indeed, familiarity facilitates discourses for minimizing the harm of violence.“ (Tödliche) Gewalt gegen Frauen wird auf beschreibende Merkmale (Täter männlich und dem Opfer nahestehend) und androzentristische „Binsenweisheit“ reduziert, indem ministerielle Forschungsaufträge, Kriminalstatistik und -analyse in Österreich nicht auf den Erkenntnissen feministischer internationaler Forschung aufbauen. Die Gesellschaft gibt vor, von Gewalt gegen Frauen nur wissen zu können, wenn die Opfer sich bemerkbar machen, erfasst aber gleichzeitig nicht einmal das Ausmaß jener, die es tun. Gewalt gegen Frauen wird als für die Gesellschaft versteckt und unvorhersehbar, gleichzeitig für das Opfer als vorherseh- und verhinderbar konstruiert. „In doing so, we render invisible what we do see and know about.“<sup>52</sup> Genau jener Simplifizierung von Gewalt gegen Frauen wird auch mit dem Femizidbegriff entgegengetreten.

#### 4.3. Das „femonationalistische“<sup>53</sup> Konstrukt der „kulturell-bedingten Gewalt“

Eine dritte Strömung zeigt sich in der fokussierten Behandlung von (tödlicher) Gewalt gegen Frauen als sogenannte „kulturell-bedingte Gewalt“.<sup>54</sup> Kultur als Faktor für (tödliche) Gewalt gegen Frauen wurde bisher ua geografisch auf Praktiken bestimmter Regionen beschränkt diskutiert, wie insbesondere Ehrenmorde oder weibliche Genitalbeschneidungen. „However, the cultural bases of other forms of violence against women have not been adequately examined, at least in part because of narrow conceptions of what constitutes ‘culture’.“<sup>55</sup> Auch in Österreich wird der Begriff ausschließlich zur Dis-

51 Vgl *Haider*, Den Schutz muss sie sich schon selbst suchen, derstandard.at 25.11.2021, [www.derstandard.at/story/2000131438866](http://www.derstandard.at/story/2000131438866) (15.4.2022). Obwohl er ausschließlich Gewalt gegen Frauen behandelt und seit 2020 anlässlich der jährlichen 16 Tage gegen Gewalt an Frauen-Kampagne veranstaltet wird, wird auch hier eine geschlechtsneutrale Titulierung als „Gewaltschutzgipfel“ gewählt.

52 *Stanko*, Theorizing About Violence. Observations From the Economic Social Research Council's Violence Research Program, *Violence Against Women* 12 (6)/2006, 543 (545–546); Übersetzung durch die Autorin.

53 *Farris*, Femonationalism and the “Regular” Army of Labor Called Migrant Women, *History of the Present* 2 (2)/2012, 184 (187).

54 ZB, APA, Raab sprach mit Expertinnen zu „kulturell bedingter Gewalt“, derstandard.at 11.5.2021, [www.derstandard.at/story/2000126570020](http://www.derstandard.at/story/2000126570020) (15.4.2022).

55 *United Nations General Assembly*, In-depth study on all forms of violence against women. Report of the Secretary-General, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/419/74/PDF/N0641974.pdf?OpenElement> (15.4.2022).

kussion *fremder* Kulturen als Faktor genutzt und nicht auf bestimmte Manifestationsformen eingeschränkt, sondern auch auf die Begehung von (tödlicher) Intimbeziehungsgewalt durch nicht-österreichische männliche Täter ausgeweitet.<sup>56</sup> Für Femizide im Intimbeziehungskontext durch nicht-österreichische männliche Täter wäre somit *automatisch* die als fremd konstruierte Kultur kausal. Für Femizide im Intimbeziehungskontext durch österreichische Täter könne es *nur* andere kausale Faktoren geben. Femizide im Intimbeziehungskontext werden auch nicht durch die Staatsbürgerschaft oder den Migrationshintergrund der Täter zu Ehrenmorden, sondern handelt es sich um voneinander abzugrenzende Konzepte.

Die Themen Femizide und Gewalt gegen Frauen werden instrumentalisiert in „femonationalistischen Bemühungen“ durch „deren Vereinnahmung für fremden- und islamfeindliche Kampagnen“.<sup>57</sup> Farris begründete den Begriff „femonationalism“ als „the contemporary mobilization of feminist ideas by nationalist parties and neoliberal governments under the banner of the war against the perceived patriarchy of Islam in particular, and of migrants from the Global South in general“.<sup>58</sup> Im öffentlichen Diskurs wird im Sinne *Margarete Jägers* ein für (tödliche) Gewalt gegen Frauen kausaler „Sexismus ethnisert“.<sup>59</sup> Sämtlichen Tätern mit nicht-österreichischen Staatsangehörigkeiten und Geburtsorten wird eine gemeinsame Kultur unterstellt<sup>60</sup> und oftmals eine Religionszugehörigkeit zum Islam insinuiert,<sup>61</sup> der als monolithischer Block homogenisiert wird und patriarchale Einstellungen naturalistisch bedinge.<sup>62</sup> Opferorientierte Ansätze fokussieren daneben schwerpunktmäßig auf proklamierte Empowerment-Bemühungen für Frauen mit Migrationshintergrund als „victims of their own culture“.<sup>63</sup> Die wiederholte Zuspitzung des politischen Diskurses zu Femiziden folgt damit neo-rassistischen Mustern durch Othering von Femiziden, als Produkt von als *anders*, *weniger progressiv* und *minderwertig* konstruierten Kulturen. Diese „Diskursstrategie“ verfolgt das Ziel, die eigene (österreichische) Kultur als „gleichstellungsorientiert, frauenfördernd und gewaltfrei“ aufzuwerten.<sup>64</sup> Der Diskurs erreichte seinen bisherigen Höhepunkt im politischen Statement einer Regierungsvertreterin, Gewalt gegen Frauen wäre ein importiertes Problem und

56 Vgl. Anfragebeantwortung der Bundesministerin für Frauen, Familie, Jugend und Integration, 6564/AB, v. 16.7.2021 zu 6621/J (XXVII. GP).

57 Farris, *History of the Present* 2 (2)/2012, 187.

58 Farris, *History of the Present* 2 (2)/2012, 185.

59 Jäger, *Ethnisierung von Sexismus im Einwanderungsdiskurs. Analyse einer Diskursverschränkung*, [www.diss-duisburg.de/Internetbibliothek/Artikel/Ethnisierung\\_von\\_Sexismus.htm](http://www.diss-duisburg.de/Internetbibliothek/Artikel/Ethnisierung_von_Sexismus.htm) (15.4.2022).

60 Vgl. Anfragebeantwortung, 6564/AB.

61 Vgl. APA, Raab, [derstandard.at](http://derstandard.at).

62 Jäger, *Ethnisierung*, [diss-duisburg.de](http://diss-duisburg.de).

63 Farris, *History of the Present* 2 (2)/2012, 184.

64 Sauer, *Gesellschaftstheoretische Überlegungen zum europäischen Rechtspopulismus. Zum Erklärungspotenzial der Kategorie Geschlecht, Politische Vierteljahresschrift* 1/2017, 1 (12); vgl. auch Mayer/Sori/Sauer, *Gendering 'the people'. Heteronormativity and 'ethno-masochism' in populist imaginary*, in *Ranieri, Populism, Media and Education: Challenging Discrimination in Contemporary Digital Societies* (2016) 84 (93); Kerner, *Alles Intersektional? Zum Verhältnis von Rassismus und Sexismus*, *Feministische Studien* 27 (1)/2009, 36 (41–43).

ermutige österreichische Täter, diese zu imitieren.<sup>65</sup> Die Ausblendung des gesellschaftlichen Kontextes und ausschließliche Konzentration auf die Umsetzung von Maßnahmen für unmittelbaren Gewaltschutz wird begleitet durch einen anderweitigen „Stillstand in der Frauenpolitik“.<sup>66</sup> Dies widerspricht einem, auch von der *Istanbul Konvention* vorgegebenen holistischen Ansatz in der Bekämpfung und Prävention von Gewalt gegen Frauen. Diese betont: „[T]he realisation of *de jure* and *de facto* equality between women and men is a key element in the prevention of violence against women“.<sup>67</sup>

## 5. Fazit

Die politisch-aktivistische Komponente des Femizidbegriffs geht über Begriffe wie „geschlechtsbezogene oder geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen“ hinaus. Er weist auf die Permanenz und multidimensionalen Mechanismen eines patriarchalen Gesellschaftssystems hin, für dessen Aufrechterhaltung auch die ultimative Form von Gewalt gegen Frauen in Kauf genommen wird.

Mag.<sup>a</sup> Isabel Haider, BA LL.M. ist DOC-Stipendiatin der Österreichischen Akademie der Wissenschaften am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien; isabel.haider@univie.ac.at

---

65 *Stajić*, Staatssekretärin Edtstadler bei „Im Zentrum“: Es gibt kein Patriarchat, [derstandard.at](http://derstandard.at/story/2000096748287/) 21.1.2019, [www.derstandard.at/story/2000096748287/](http://www.derstandard.at/story/2000096748287/) (15.4.2022).

66 *Der Standard*, Offener Brief: Kritik an aktueller Frauenpolitik, [derstandard.at](http://derstandard.at/story/2000132846954/) 26.1.2022, [www.derstandard.at/story/2000132846954/](http://www.derstandard.at/story/2000132846954/) (15.4.2022).

67 Präambel der Istanbul Konvention; Hervorhebung im Original.

# „Femizid“?

## Ein Plädoyer für eine zielorientierte Begriffsdefinition

Katharina Beclin

---

### 1. Ein neuer Begriff kommt auf

Der Begriff „Femizid“ tauchte zuletzt immer öfter im fachlichen Diskurs, aber auch in den Medien auf, wobei dies mit einer verstärkten Aufmerksamkeit für Frauenmorde einherging. Opferhilfeeinrichtungen, Frauenorganisationen und Wissenschaftler\*innen forderten und fordern die gezielte Beobachtung und Dokumentation sowie verstärkte Prävention von Frauenmorden bzw. „Femiziden“<sup>1</sup> wiederholt ein. Diesen Forderungen wurde durch entsprechenden Aktionismus,<sup>2</sup> Medienberichterstattung sowie durch wissenschaftliche Publikationen Nachdruck verliehen, oft unter Verwendung der Bezeichnung „Femizid(e)“. Seit dem langjährigen relativen Höchststand<sup>3</sup> von 43 vollendeten Morden an Frauen in Österreich im Jahr 2019 rückte die Thematik noch mehr in den Mittelpunkt des Interesses.

Die Entwicklung eines Begriffs für ein Phänomen ist insofern hilfreich, als es offenbar neue Impulse braucht, um die Umsetzung noch ausstehender Maßnahmen zur Gewaltprävention seitens der Politik einzufordern. Denn obwohl die Gewaltschutzgesetzgebung, mit der Österreich international eine Vorreiterrolle einnahm, heuer ihr 25-Jahre-Jubiläum feiert, fehlt bspw immer noch eine aussagekräftige statistische Erfassung von Gewalt im sozialen Nahraum, obwohl sich Österreich mit der Ratifizierung der *Istanbul-Konvention* verpflichtet hat, regelmäßige detaillierte Statistiken zu Gewalt gegen Frauen zu veröffentlichen, aus denen unter anderem „Geschlecht, Alter, Art der Gewalttat und Beziehung zwischen Opfer und Täter bzw Täterin“<sup>4</sup> hervorgehen sollen. Dies, obwohl die „Arbeitsgruppe Gender-Stat“ schon rechtzeitig vor Inkrafttreten der *Istanbul-Konven-*

---

1 Da es noch keine allgemein anerkannte Begriffsdefinition von „Femizid“ gibt, und ein entsprechender Vorschlag erst nach Diskussion verschiedener Definitionsansätze erfolgt, setze ich „Femizid(e)“ bewusst durchgehend unter Anführungszeichen.

2 Vgl bspw Kundgebungen von *Ni Una Menos – Austria!*, <https://osterreichnum.wordpress.com/2021/08/28/redo-13-mai-2021-donnerstag-demo-schwerpunkt-geschlechtsspezifischen-gewalt-discursos-redebeitrage-en-esp-de/> (29.4.2022), oder *OBRA – One Billion Rising Austria*, [www.facebook.com/OneBillionRisingAustria](https://www.facebook.com/OneBillionRisingAustria) (29.4.2022). Die Autorin hat sich an den Aktionen von OBRA auch schon mehrfach beteiligt und ist Ehrenmitglied des Vereins.

3 Die Zahl von 43 vollendeten Morden an Frauen wurde in den 18 Jahren, in denen dieser Wert gesondert ausgewiesen wurde, zweimal erreicht und fünfmal überschritten; vgl *BMI* (Hrsg), *Polizeiliche Kriminalstatistik Österreichs, jährlich erscheinende Broschüre, Ausgaben für die Berichtsjahre 1982 bis 1999*.

4 Vgl Punkt 76 der Erläuterungen zu Art 11 der Istanbul Konvention, <https://rm.coe.int/1680462535> (30.4.2022).

tion 2014 einen detaillierten Vorschlag zur Umsetzung dieser Verpflichtung vorgelegt hatte.<sup>5</sup>

Bis heute sind daher Opferhilfeeinrichtungen, die interessierte Öffentlichkeit und Wissenschaftler\*innen darauf angewiesen, dass „Femizide“ auf der Basis von Medienberichten gezählt werden oder gelegentlich Sonderauswertungen durch das Bundeskriminalamt erfolgen. Eine Sonderauswertung mit dem Titel „Morde in Österreich“ aus Daten des BMI-PAD<sup>6</sup> für das Jahr 2021 findet man auf der Homepage des Bundeskriminalamtes.<sup>7</sup> Hier werden allerdings nur selektiv Informationen zu *vollendeten* Morden *an Frauen* ausgewiesen, etwa die Verteilung der Taten nach der Tatzeit auf die Monate des Jahres 2021 und nach dem Tatort auf die neun Bundesländer sowie Angaben zu Alter und Staatsbürgerschaft von Tatverdächtigen und Opfern. Keine Angaben finden sich zur Täter\*in-Opferbeziehung oder zu einem möglichen Motiv. Gerade diese Merkmale wären aber – je nach dem Begriffsverständnis von „Femiziden“ – die entscheidenden Kriterien für die Zählung als solche.

## 2. Kritik als Chance?

Einen anderen Schwachpunkt der bisherigen Erfassung von „Femiziden“ zeigt indirekt ein Artikel der Journalistin *Beate Hausbichler* aus dem Herbst 2021 mit dem Titel „Der Begriff ‚Femizid‘ muss Ihnen nicht gefallen“<sup>8</sup> auf. Zu Beginn des Artikels schildert sie nämlich drei Mordversuche, die sich kurz zuvor ereignet hatten, erwähnt jedoch nicht, dass diese meist nicht als Femizide gezählt werden. Dafür kritisiert sie scharf, dass sich im „STANDARD Forum“ eine Diskussion über das „begriffliche Instrumentarium“ bzw. „Femizid“ entwickelt habe, die vom eigentlichen Thema ablenke.

Auch wenn die Diskussionen in Online-Foren oft ziemlich unsachlich und unhöflich, vereinzelt sogar gehässig ablaufen, sollte man darin enthaltene berechtigte Kritik dennoch – im eigenen Interesse – als Denkanstoß nützen. Bei näherer Betrachtung sieht man nämlich rasch, dass die Erfassung bzw. Dokumentation von „Femiziden“ noch nicht nach klar definierten Regeln erfolgt, von einem „begrifflichen Instrumentarium“ also nicht die Rede sein kann. Darunter leidet nicht nur die Aussagekraft der veröffentlichten Zahlen, sondern auch die Eignung dieser Daten als Basis für die Entwicklung und Evaluierung von Präventionsmaßnahmen.

---

5 Näheres zu der 2011 von der Wiener Interventionsstelle gegen Gewalt in der Familie ins Leben gerufenen Arbeitsgruppe: <https://interventionsstelle-wien.at/download/?id=294> (29.4.2022).

6 PAD steht für Protokollierungs-, Aufzeichnungs- und Datenverarbeitungsprogramm; vgl dazu Öffentliche Sicherheit 7-8/2018, 62, [https://bmi.gv.at/magazinfiles/2018/07\\_08/datenverarbeitung.pdf](https://bmi.gv.at/magazinfiles/2018/07_08/datenverarbeitung.pdf) (27.4.2022).

7 *Bundeskriminalamt*, Morde in Österreich, [https://bundeskriminalamt.at/501/files/2022/Morde\\_weibliche\\_Opfer\\_2021.pdf](https://bundeskriminalamt.at/501/files/2022/Morde_weibliche_Opfer_2021.pdf) (29.4.2022).

8 *Hausbichler*, Der Begriff „Femizid“ muss Ihnen nicht gefallen, *www.derstandard.at* 27.10.2021 <https://derstandard.at/story/2000130727743> (26.4.2022).

Es geht also – anders, als von *Hausbichler* getitelt – nicht um die Frage, ob der Begriff „Femizid“ gefallen muss, sondern darum, ob man überhaupt von einem Begriff im engeren Sinn sprechen kann, dessen Definition sich an einem vorab festzulegenden Zweck orientieren müsste, oder ob „Femizid“ nicht viel eher bloß als politisches Schlagwort benützt wird.

### 3. Der Unterschied zwischen Schlagwort und Begriff

Natürlich haben auch Schlagwörter ihre Berechtigung, wenn es darum geht, Aufmerksamkeit zu schaffen. In dieser Hinsicht kann ein plakativer Begriff wie „Femizid“ gute Dienste leisten, weil er zum einen kurz und einprägsam ist, zum anderen jedenfalls zu Beginn durch den Neuigkeitswert punktet – und schließlich vielleicht sogar durch die polarisierende Wirkung, die dem Wortstamm „femi-“ innewohnt, zusätzlich Aufmerksamkeit erregt.

Ein Schlagwort nützt sich jedoch nach gewisser Zeit ab, möglicherweise dadurch beschleunigt, dass kritische Stimmen beginnen, nach der Sinnhaftigkeit bzw nach dem Mehrwert des neuen Ausdrucks zu fragen, der auf den ersten Blick bloß ein Synonym für Frauenmord ist und auf den zweiten Blick nicht klar definiert ist.

### 4. Zum Vorgang der Begriffsdefinition

Begriffe dienen der (Ein-)Ordnung von Phänomenen. Sie sollen die Kommunikation erleichtern und helfen, Missverständnisse zu vermeiden. Die Begriffsdefinition hängt vom sogenannten Erkenntnisziel ab.<sup>9</sup> Zunächst muss also geklärt werden, welcher Forschungsfrage oder welcher politischen Forderung der Begriff zugrunde liegen soll, denn daraus folgt, welchen Umfang und welche Art von Phänomenen der Begriff beschreiben bzw umfassen soll.

Soll bspw erforscht werden, ob Frauen im privaten oder im öffentlichen Raum gefährdeter sind, so wird man sämtliche Frauenmorde erheben und dann getrennt nach den Kategorien „Tötung im privaten Raum“ und „Tötung im öffentlichen Raum“ auswerten müssen. Ist das Ziel aber, zu erfassen, wie viele Frauen durch ihre eigenen gegenwärtigen oder früheren Intimpartner ermordet wurden, wie sich diese Zahl längerfristig entwickelt und ob zwischenzeitig ergriffene Präventionsmaßnahmen einen positiven Effekt im Sinne eines Rückgangs solcher Tötungen erzielt haben könnten, dann wird man die Definition dementsprechend auf Tötungen von Frauen durch ihre gegenwärtigen oder früheren Intimpartner einschränken. Bei beiden Fragestellungen wäre es überdies sinnvoll, auch Mordversuche zu erfassen, zumal es oft nur vom Zufall, etwa von der Zeitspanne bis zum Eintreffen der Rettungskräfte, abhängt, ob ein Opfer überlebt.

---

9 S dazu die Ausführungen von *Peter Atteslander*, *Methoden der empirischen Sozialforschung*<sup>9</sup> (2000) 44.

Da das Ziel solcher Auswertungen regelmäßig die Prävention vergleichbarer Verbrechen sein wird, ist es sinnvoll unter einem Begriff, also als „Femizide“, auch nur Phänomene zusammenzufassen, die einander im Hinblick auf Fallkonstellationen und Motive soweit ähneln, dass sie vermutlich auch mit denselben Präventionsmaßnahmen verhindert werden können.

## 5. Verschiedene Definitionsansätze

Da sich Begriffsdefinitionen, wie eben ausgeführt, am jeweiligen politischen oder wissenschaftlichen Erkenntnisziel zu orientieren haben, ist es nicht verwunderlich, dass es viele verschiedene Definitionsansätze für den Begriff „Femizid“ gibt. Sehr wohl erstaunlich – und mE auch bedenklich – ist jedoch, wie häufig dieser Begriff verwendet wird, ohne seinen Umfang im konkreten Kontext festzulegen.

Die erste „Definition“ stammt von *Diana E H Russel*, die den Begriff „Femizid“ 1976 in den wissenschaftlichen Diskurs eingeführt hat.<sup>10</sup> Jahre später hat sie ihn schließlich – auch unter dem Eindruck eines Amoklaufs, bei dem gezielt 14 Frauen getötet worden waren – als „die Tötung einer oder mehrerer Frauen durch einen oder mehrere Männer, weil sie weiblich sind“ definiert.<sup>11</sup> Das Kriterium „weil sie weiblich sind“, ist jedoch problematisch. Im Einzelfall lässt sich das Motiv bzw die Ursache für einen Mord oft nicht mehr exakt feststellen. Nimmt man das Geschlecht<sup>12</sup> des Opfers als Ursache des Mordes an, sobald Frauen von Tötungen in einer bestimmten Konstellation häufiger betroffen sind als Männer, dann fallen selbstverständlich Tötungen im sozialen Nahraum darunter. Allerdings sind generell rund 85 % der Tatverdächtigen wegen Mordes oder Mordversuchs männlich.<sup>13</sup> Somit ist es aus statistischer Sicht naheliegend, dass in heterosexuellen Beziehungen deutlich mehr Frauen Opfer werden als Männer. Während Gewalt im sozialen Nahraum tatsächlich quantitativ ein gravierendes Problem darstellt, da im Schnitt eine von fünf Frauen in heterosexuellen Beziehungen davon betroffen ist, ist ein Mord durch einen Intimpartner zum Glück doch ein seltenes Ereignis, was eher auf individuelle Ursachen hindeutet. Tatsächlich ist die häufigste Ursache von Intimiziden „die Erschütterung der Selbstdefinition des Täters“,<sup>14</sup> für den die Intimpartnerschaft einen sehr bedeutenden Aspekt der Selbstdefinition darstellt, woraus sich Abhängigkeiten entwickeln, sodass im Falle des (drohenden) Endes der Partnerschaft eine „konzeptionelle

10 *Radford/Russel* (Hrsg), *Femicide – the Politics of Woman Killing* (1992) XIV.

11 *Radford/Russel*, *Femicide* XIV f.

12 Die auf ausschließlich an Frauen begangene Serienmorde Bezug nehmende Formulierung von *Russel* „I pointed out that women in the United States live at risk of being killed for no reason other than being female“ lässt keinen klaren Rückschluss darauf zu, ob sie hier auf das biologische oder sozial konstruierte Geschlecht Bezug nimmt, *Radford/Russel*, *Femicide* XIV f.

13 Dieser Prozentsatz ergibt sich durch Bezug aller männlichen auf alle Tatverdächtigen, die von 1975 bis 2020 in Österreich polizeilich registriert wurden; vgl *BMI* (Hrsg), *Kriminalitätsbericht – Statistik und Analyse*, Bände für die Jahre 1975 bis 2020.

14 *Marneros*, *Intimizid – Die Tötung des Intimpartners* (2008) 45.

Desorientierung des Täters“ droht, mit zunehmenden Selbstzweifeln „bis hin zum vollständigen Verlust des Selbstkonzeptes bei gleichzeitigem Verlust [...] der Fähigkeit [...], Alternativen zu entwickeln.“ Die daraus resultierende „tiefgreifende und heftige emotionale Reaktion“ kann im Extremfall in eine „finale Bankrottreaktion“, eben einen Intimidid, münden.<sup>15</sup>

Eine besonders weite Umschreibung von „Femizid“ – und daher wohl keine Definition im engeren Sinn – findet sich in der *Vienna Declaration on Femicide*.<sup>16</sup> Demnach wird unter „Femiziden“ das Töten von Frauen und Mädchen wegen ihres sozialen Geschlechts („Gender“) verstanden. Dann werden in insgesamt neun Kategorien von Bsp aber unter anderem auch gezielte Tötungen von Frauen in bewaffneten Konflikten angeführt, Tötungen von Frauen im Zusammenhang mit Drogenhandel oder anderen Formen organisierter Kriminalität und sogar das gezielte Abtreiben weiblicher Föten, was nach österreichischem Rechtsverständnis nicht einmal ein Tötungsdelikt darstellt. Aber auch die beiden erstgenannten Bsp überzeugen nicht als „gender-bezogene“ Tötungen von Frauen, zumal sowohl im Kontext kriegerischer Auseinandersetzungen als auch im Bereich der organisierten Kriminalität wohl mindestens ebenso viele Männer gezielt ermordet werden. Dadurch, dass in die neun Kategorien wohl fast alle Tötungsdelikte an Frauen subsumiert werden können, nähert sich der so umschriebene Begriff „Femizid“ schon sehr stark an den umfassenden und klaren Begriff Frauenmord an. Als letztes Bsp für den Versuch einer Definition von „Femizid“ sei jene angeführt, die das *European Institute for Gender Equality* (EIGE) für statistische Zwecke entwickelt hat. Während EIGE nämlich als allgemeine Definition die eben dargestellte Beschreibung der *Vienna Declaration on Femicide* übernimmt, hat das Institut einen eigenen Vorschlag für eine Definition für statistische Zwecke erarbeitet, um so die Vergleichbarkeit der erhobenen Häufigkeiten in den EU-Staaten zu gewährleisten.

Zu diesem Zweck hat EIGE zunächst eine Übersicht der international oder in europäischen Ländern gebräuchlichen Definitionen und der dafür verwendeten Abgrenzungskriterien erstellt, um auf dieser Basis einen Vorschlag zu erarbeiten.<sup>17</sup> Der Vorschlag für die Definition von „Femizid“ umfasst allerdings zwei sehr unterschiedliche Kategorien von Tötungen: Zum einen die Tötung von Frauen durch Intimpartner,<sup>18</sup> wobei unter Intimpartner gegenwärtige oder frühere Ehemänner oder Partner verstanden werden, unabhängig davon, ob sie mit dem Opfer an einem gemeinsamen Wohnsitz leben oder ge-

15 *Marneros*, Intimidid 54 f.

16 *Academic Council on the United Nations System*, Vienna Declaration on Femicide (2013), [www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ\\_Sessions/CCPCJ\\_22\\_E-CN15-2013-NGO1/E-CN15-2013-NGO1\\_E.pdf](http://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_22_E-CN15-2013-NGO1/E-CN15-2013-NGO1_E.pdf) (29.4.2022).

17 *European Institute for Gender Equality* (EIGE), Glossary of definitions of rape, femicide and intimate partner violence (2017) [https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/ti\\_pubpdf\\_mh0417297enn\\_pdfweb\\_20170602161141.pdf](https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/ti_pubpdf_mh0417297enn_pdfweb_20170602161141.pdf) (1.5.2022).

18 Hier wird bewusst nicht gegendert, da EIGE sich diesbezüglich nicht festlegt, allerdings im Kontext des Vorschlags darauf verweist, dass die United Nations nur „killing of females by males“ als Femizide erfassen, ohne einen anderen von dieser Linie abweichenden Definitionsansatz zu zitieren; *EIGE*, Glossary of definitions 28.

lebt haben. Zum anderen fallen unter „Femizide“ aber auch Todesfälle von Frauen im Zusammenhang „with a practice that is harmful to women“, also insb im Zusammenhang mit FGM und (unsicherem) Schwangerschaftsabbruch. Die Begründung der Einschränkung des Begriffs „Femizid“ auf Tötungen von Frauen durch Intimpartner ist gut nachvollziehbar begründet. Zum einen wird argumentiert, dass dieses Phänomen in den meisten EU-Staaten einen sehr hohen Anteil an allen Tötungen von Frauen hat, ihm daher große praktische Relevanz zukommt. Des Weiteren wird festgehalten, dass der Umstand, ob eine Frau wegen ihres sozialen Geschlechts getötet wurde, aufgrund der üblicherweise der Polizei vorliegenden Daten schwer feststellbar sein dürfte. Und schließlich spricht für diese Definition auch, dass 25 Mitgliedstaaten bereits zu Mordfällen auch Daten zur Täter\*in-Opfer-Beziehung erheben.<sup>19</sup>

Nicht nachvollziehbar ist jedoch mE, warum die zweite Kategorie in die Definition von „Femizid“ aufgenommen wurde. Zwar sind die umschriebenen Fallkonstellationen unbestritten tragisch und weisen einen klaren Geschlechtsbezug auf, doch stellen sie in aller Regel nur (grob) fahrlässige Tötungen dar und sind darüber hinaus auch sonst in keiner Weise mit Tötungen durch Intimpartner vergleichbar. „Sanieren“ ließe sich dieses methodische Problem allenfalls durch die Unterscheidung von „vorsätzlichem Femizid“ und „fahrlässigem Femizid“. Der letztgenannte Begriff ist zwar aufgrund der Ableitung des Begriffes von *homicide* vermutlich für den englischen Sprachraum akzeptabel, im deutschen Sprachraum hat man aber bisher wohl meist nur an vorsätzliche Tötungen gedacht. Keinesfalls aber dürfen die beiden Kategorien in einer Summe ausgewiesen werden, weil damit ein großer Informationsverlust verbunden wäre. Aus wissenschaftlicher Sicht ist das Zusammenfassen zweier so unterschiedlicher Phänomene unter einen Begriff jedenfalls abzulehnen, da Fallkonstellationen, Ursachen und Präventionsmaßnahmen so unterschiedlich sind, dass die Phänomene jedenfalls getrennt zu untersuchen sind.

## 6. Vorschlag einer weiteren Präzisierung

Wie schon oben begründet, erscheint eine Definition des Begriffes „Femizid“ als vorsätzliche Tötung von Frauen durch Intimpartner nicht nur praxisnahe, sondern auch im Hinblick auf die weitgehende Vergleichbarkeit der Fallkonstellationen gut geeignet als Grundlage für empirische Untersuchungen. Allerdings sollte noch diskutiert und mittels Erläuterungen festgelegt werden, ob nicht auch Versuche zumindest dann als (versuchter) „Femizid“ aufgenommen werden sollten, wenn das Opfer lebensgefährlich verletzt wurde. In solchen Fallkonstellationen hängt es nämlich meist nur vom Zufall ab, ob es bei einem Versuch bleibt.

Andererseits sollten Fälle von der Erfassung als „Femizid“ ausgeschlossen werden, denen kein typisches „Femizid“-Motiv zugrunde liegt; also insb Fälle des „erweiterten Selbst-

---

19 EIGE, Glossary of definitions 28. Diese Daten fehlen demnach noch in Dänemark, Griechenland und Malta.

mordes“, hinter dem mit hoher Wahrscheinlichkeit ein einvernehmliches gemeinsames Ausscheiden aus dem Leben steht. 2021 traf dies immerhin auf drei Fälle in Österreich zu.<sup>20</sup>

## 7. Schlussbemerkungen

Der Begriff „Femizid“ sollte – abgesehen vom Gebrauch als Schlagwort bei Kundgebungen oder im politischen Aktionismus – nur unter gleichzeitiger Angabe der jeweils gewählten Definition zur Anwendung kommen. Was im wissenschaftlichen Bereich ohnedies selbstverständlich ist, sollte auch für NGOs und Journalist\*innen gelten.

Nur, wenn die jeweils zugrundeliegende Definition bekannt ist, kann die Aussagekraft der Zahlen und eine eventuelle Vergleichbarkeit mit Zahlen anderer Länder oder anderer Studien beurteilt werden. Da primärer Zweck der Datensammlung wohl Erkenntnisgewinn bzw die Konzeption und Evaluierung von Präventionsmaßnahmen ist, wäre die Aufnahme von versuchten „Femiziden“ von großem Wert, da man in diesen Fällen auch die Einschätzung aus Opfersicht samt Erkenntnissen über eventuelle Vorzeichen der Eskalation gewinnen könnte.

Eine zu weite Definition – wie sie derzeit etwa EIGE vorschlägt – verschleiert mehr als sie erhellt und verunmöglicht insb den Vergleich von EU-Ländern mit Ländern, in denen sogenannte „harmful practices“ weiter verbreitet sind.

Katharina Beclin ist Assistenzprofessorin für Kriminologie an der Universität Wien; [katharina.beclin@univie.ac.at](mailto:katharina.beclin@univie.ac.at)

---

20 Vgl die Fälle #10, #13 und #22 in der Aufstellung der 2021 in Österreich registrierten Frauenmorde von *Wölfl*, Sie ist tot, er war es: Die Morde an Frauen des Jahres 2021, 22.12.2021, [www.moment.at/story/femizide-morde-frauen-2021](http://www.moment.at/story/femizide-morde-frauen-2021) (28.4.2022).

Nach dem bereits siebten Femizid in Österreich im April 2021 beschlossen das *Kollektiv Kimäre* und der Verein *Viva La Vulva* gemeinsam eine Gedenkwand am Yppenplatz zu errichten. Auf dieser hielten sie während des gesamten Jahres 2021 die Zahl der ermordeten Frauen\* stets aktuell. Als am Jahresende bereits 31 Frauen\* ihr Leben durch ihre (Ex-)Partner verloren hatten, riefen sie am 5.3.2022 zu einer öffentlichen Kundgebung vor der selbst geschaffenen Gedenkstätte auf, bei der sie die zuständigen Politiker:innen aufforderten, endlich effektive Gewaltschutzmaßnahmen und ausreichend Subventionen für die Gewaltprävention in Österreich zu schaffen. Die drei Künstler:innen *Anja* (31), *Marietta* (27) und *Jo* (24) schafften mit Acryl-, Aquarell- und Sprayfarben, Modelliermasse und digitaler Kunst tabubrechende Werke, möchten vor allem FLINTA\*s (Frauen, Lesben, Intersex-Personen, Nicht-binäre-Personen, Trans-Personen und Agender-Personen sowie alle, die sich in keinem der Buchstaben wiederfinden, aber ebenfalls aufgrund ihrer Geschlechtsidentität in einer patriarchalen heteronormativen Mehrheitsgesellschaft marginalisiert werden) empower und sich für mehr Diversität in der Kunst einsetzen. Die beiden Vereine hoffen, durch diese langfristige Aktion aufgezeigt zu haben, dass Man(n) nicht aus Liebe tötet – und dass keine\* vergessen wird.

<https://kollektivkimaere.com>

<https://www.vivalavulva.at>



Die Künstler:innen vor der Gedenkwand am Yppenplatz, 1160 Wien.

© Marietta Born, Anja Pospisil

# Strafrechtliche Einordnung der Tötung von „Haustyrannen“

Jakob Hajszan / Jana Germ

---

## 1. Problemstellung

Wiederholte Gewalt in Intimbeziehungen stellt trotz der Bemühungen zur Bekämpfung häuslicher Gewalt weiterhin ein ernstzunehmendes Problem und eine Herausforderung für Politik und Gesellschaft dar. Die körperliche und seelische Belastung aufgrund von zT lang andauernden Gewaltbeziehungen kann bei den Opfern zu einer so großen Verzweiflung führen, dass sie keinen anderen Ausweg sehen, als ihren Partner<sup>1</sup> zu töten. Solche Fälle werden von der Literatur als Haus- oder Familientyrannenfälle bezeichnet<sup>2</sup> und beschäftigten im deutschsprachigen Raum immer wieder die Justiz.<sup>3</sup> Etwa der Fall einer Frau, die im Verlauf einer langen Beziehung von ihrem Partner regelmäßig geschlagen und vergewaltigt wurde, der zunehmend familiäre, soziale und berufliche Kontakte sowie Freizeitaktivitäten verboten wurden und deren Partner so eine komplette soziale Abschottung und umfassende Kontrolle über ihr Leben und ihren Tagesablauf erreichte. Nachdem Versuche, ihn zu verlassen, scheiterten, dieser sie für den Fall der Trennung mit dem Tod bedrohte und schließlich sogar die örtliche Polizei die Frau nach einer Flucht zu ihren Eltern zur Rückkehr überredete, sah sie keinen anderen Ausweg, als ihren Partner – auch zum Schutz des gemeinsamen Kindes – im Schlaf zu erstechen.<sup>4</sup> Während in diesem Fall eine Rechtfertigung oder Entschuldigung der Täterin verneint und eine Haftstrafe verhängt wurde, kam es in anderen Entscheidungen zu Freisprüchen<sup>5</sup> oder zur

---

1 Da – soweit ersichtlich – in den bisher entschiedenen Fällen die Haustyrannen ausschließlich männlich waren und eine der Besonderheiten bei diesen Fallkonstellationen in der körperlichen Überlegenheit des Haustyrannen liegt, wird hier ausschließlich die männliche Form verwendet.

2 S zB *Sautner*, Ehe, Partnerschaft, Familie und Strafrecht, in *Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht<sup>2</sup> (2020) 1195 (1208); *Renzikowski*, Notstand und Notwehr (1994) 268; *Trechsel*, Haustyrannen„mord“ – ein Akt der Notwehr?, KritV Sonderheft 2000, 183 (183).

3 Etwa OGH 6.9.1989, 14 Os 94/89; BGH 2.8.1983, 5 StR 503/83 NStZ 1984, 20 (*Rengier*); 25.3.2003, 1 StR 483/02 JZ 2004, 44 (*Hillenkamp*); LG Offenburg 24.7.2002, 1 Ks 2 Js 550/02 StV 2003, 672; BGer 8.12.1995, BGE 122 IV 1 Praxis 88 Nr 191; 19.3.1999 BGE 125 IV 49 Praxis 88 Nr 174. Übersicht weiterer dt Entscheidungen bei *Buchkremer*, Präventive Verteidigung (2008) 74 ff.

4 LG Offenburg 24.7.2002, 1 Ks 2 Js 550/02 StV 2003, 672.

5 Deutsches Reichsgericht (RG) 12.7.1926, II 430/26 RGSt 60, 318.

Aufhebung erstinstanzlicher Verurteilungen wegen mangelhafter Prüfung von Entschuldigungsgründen.<sup>6</sup>

Anhand des geschilderten Sachverhalts, der als Ausgangspunkt für eine Beurteilung nach österreichischem Strafrecht dienen soll, zeigt sich die Sonderstellung der Familientyrannenfälle im Vergleich zu anderen Mordfällen. Diese besteht darin, dass die Betroffenen die Tat als letzte Chance der Befreiung aus der zT lebensbedrohlichen Gewaltbeziehung sehen und der Unrechtsgehalt bzw die persönliche Vorwerfbarkeit solcher Taten daher *prima facie* fraglich erscheint, die Einordnung unter einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund jedoch trotzdem Schwierigkeiten bereitet. Eine pauschale Beurteilung von Haustyrannentötungen ist freilich nicht möglich.<sup>7</sup> Dennoch soll dieser Beitrag die einzelnen strafrechtsdogmatischen Probleme aufzeigen und sich mit diesen auseinandersetzen.

## 2. Mord oder Totschlag?

Die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen erfüllt idR den Tatbestand des Mordes nach § 75 StGB<sup>8</sup>. Das Gesetz erkennt jedoch an, dass die Schuld bei Affekttaten herabgesetzt sein kann, und sieht daher mit dem Delikt des Totschlags gem § 76 StGB eine entsprechende Privilegierung zum Mord vor. § 76 StGB kommt zur Anwendung, wenn sich der:die Täter:in aufgrund einer Gemütsbewegung, die sowohl durch asthenische Affekte, wie Angst oder Verzweiflung, als auch durch sthenische Affekte, etwa Zorn oder Rachsucht, begründet werden kann, zur Tötung hinreißen lässt.<sup>9</sup> Diese Gemütsbewegung muss heftig, also hochgradig, und allgemein begreiflich sein. Dabei ist ein normativer Maßstab anzulegen: Es kommt daher darauf an, ob auch eine gedachte rechtstreuere Vergleichsperson mit den gleichen Fähigkeiten und dem sozialen Umfeld des:r Täters:in in der konkreten Situation in so einen Affekt geraten wäre.<sup>10</sup> Die Tat muss weiters im Affekt geschehen, wobei eine gewisse Zeit zwischen dem affektbegründenden Ereignis und der Tatausführung liegen kann, solange der Affekt noch nicht abgeklungen ist.<sup>11</sup>

Bei Haustyrannentötungen, die oft aus Furcht, Verzweiflung und empfundener Ausweglosigkeit verübt werden, kann Totschlag iSd § 76 StGB vorliegen, sofern der Tötungs-

---

6 BGH 12.7.1966, 1 StR 291/66 NJW 1966, 1823; aus der Schweiz BGER 18.12.1995, BGE 122 IV 1 Praxis 88 Nr 191; 19.3.1999, BGE 125 IV 49 Praxis 88 Nr 174.

7 So schon *Weißlau*, „Peiniger tot – Frau vor Gericht“, in *Burkhardt/Graebisch/Pollähne*, Korrespondenzen in Sachen: Strafvollzug, Rechtskulturen, Kriminalpolitik, Menschenrechte (2005) 368 (369).

8 Strafgesetzbuch – StGB BGBl 1974/60 idF BGBl I 2021/242.

9 OGH 21.12.1989, 13 Os 133/89; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Strafrecht Besonderer Teil I<sup>7</sup> (2020) 13; *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I<sup>5</sup> (2020) § 76 Rz 5, 7; *Nimmervoll in Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> (2016) § 76 Rz 6; *Kienapfel/Schroll*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil I<sup>4</sup> (2016) § 76 Rz 14, 16.

10 *Kienapfel/Schroll*, StudB BT I<sup>4</sup> § 76 Rz 26; *Zerbes*, Schuldausschluss bei Affekttaten (1999) 154; *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, BT I<sup>5</sup> § 76 Rz 8; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>7</sup> 13; *Nimmervoll in Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 76 Rz 6.

11 OGH 20.9.1979, 12 Os 97/79 JBl 1980, 162; *Nimmervoll in Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 76 Rz 7; *Birklbauer in WK<sup>2</sup> StGB* § 76 Rz 54; *Kienapfel/Schroll*, StudB BT I<sup>4</sup> § 76 Rz 19 f; *Zerbes*, Affekttaten 153.

entschluss wegen und während des Affekts gefasst wird und die Tat auch unter Einfluss der Gemütsbewegung begangen wird.<sup>12</sup> Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn eine über längere Zeit empfundene Ausweglosigkeit dadurch in einen Affekt umschlägt, dass die erlittenen Gewalthandlungen eine neue Intensität erreichen oder sich erstmals gegen die gemeinsamen Kinder richten. Geht der Tat jedoch eine längere, gar über einen Tag hinausgehende Überlegungs- oder Planungsphase voraus, wird nicht mehr von einer Tötung im Affekt auszugehen sein und § 76 StGB daher mangels Spontanität ausscheiden.<sup>13</sup> In der Schweiz umfasst der objektive Tatbestand des Totschlags gem Art 113 chStGB<sup>14</sup> seit 1989 neben Affekttaten auch Taten, die „unter großer seelischer Belastung“ begangen werden.<sup>15</sup> Diese zweite Alternative wurde in den zwei bisher vom Schweizer Bundesgericht (BGer) behandelten Haustyrannenfällen angenommen.<sup>16</sup> Auch in Österreich wurde eine Erweiterung des § 76 StGB in diese Richtung diskutiert, um eine Besserstellung von aus Zorn oder Rachsucht und unbeherrscht handelnden Täter:innen gegenüber einem andauernden Gewissenskampf nachgebenden Personen zu vermeiden.<sup>17</sup> Eine entsprechende Änderung des § 76 StGB wurde von der Arbeitsgruppe StGB 2015 in ihrem Abschlussbericht<sup>18</sup> aber abgelehnt, um kulturell bedingte „Ehrenmorde“ nicht zu privilegieren.<sup>19</sup> Dieser Befürchtung könnte jedoch wohl durch die Einschränkung auf *allgemein begreifliche* große seelische Belastungen entgegengewirkt werden.

### 3. Rechtfertigung

#### 3.1. Notwehr gem § 3 StGB

Ein Verhalten kann durch Notwehr gem § 3 StGB gerechtfertigt und somit straflos sein, wenn es die notwendige Verteidigung bildet, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut sofort und verlässlich abzuwehren.<sup>20</sup>

12 So wurde in OGH 6.9.1989, 14 Os 94/89 zugrunde liegenden erstinstanzlichen Urteil eine Frau nach § 76 StGB verurteilt, die ihren Mann aus Angst um ihre Gesundheit und die ihrer Kinder im Schlaf tötete.

13 *Kienapfel/Schroll*, StudB BT I<sup>4</sup> § 76 Rz 24; *Birklbauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 76 Rz 57; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>7</sup> 14; *Sautner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht<sup>2</sup> 1207 f. Nach *Velten* in SbgK § 76 Rz 97 soll es hingegen ausreichen, wenn die Gewalterfahrungen die Motivation für die Tat waren.

14 Schweizerisches Strafgesetzbuch AS 54 757 idF AS 2021 848.

15 *Trechsel*, KritV Sonderheft 2000, 184; *Schwarzenegger* in *Niggli/Wiprächtiger* (Hrsg), Basler Kommentar Strafrecht Band I<sup>4</sup> (2018) Art 113 StGB Rz 15 ff.

16 BGer 8.12.1995, BGE 122 IV 1 Praxis 88 Nr 191; 19.3.1999, BGE 125 IV 49 Praxis 88 Nr 174.

17 *Kienapfel/Schroll*, StudB BT I<sup>4</sup> § 76 Rz 24; *Birklbauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 76 Rz 10 ff, 58 f; *Velten* in SbgK § 76 Rz 24; *Moos* in WK<sup>2</sup> StGB (2002) § 76 Rz 24 f.

18 S Bericht der Arbeitsgruppe III-104 BlgNR 25. GP 14.

19 *Birklbauer* in WK<sup>2</sup> StGB § 76 Rz 12.

20 *Tipold* in *Leikauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 3 Rz 69; *Lewisch* in WK<sup>2</sup> StGB § 3 Rz 2; *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht Allgemeiner Teil I<sup>11</sup> (2021) Rz 17/10 ff; *Triffterer*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> (1994) Rz 11/51.

### 3.1.1. Fehlende Gegenwärtigkeit

In vielen Haustyrannenfällen, etwa wenn das Opfer im Tatzeitpunkt schläft, scheidet eine Rechtfertigung durch Notwehr an der Gegenwärtigkeit eines Angriffs. Zwar dürfen Verteidigungshandlungen – aufgrund der Erwähnung unmittelbar drohender Angriffe in § 3 StGB – bereits dann gesetzt werden, wenn der Angriff noch nicht begonnen hat, das Verhalten aber jederzeit in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann.<sup>21</sup> Das kann bei Vorbereitungshandlungen, uU sogar bereits davor der Fall sein, stets bedarf es aber eines gewissen – vor allem zeitlichen – Zusammenhanges.<sup>22</sup> Während eine Person schläft, kann von dieser keinesfalls ein gegenwärtiger Angriff ausgehen, es liegt aber auch kein unmittelbar drohender Angriff vor, weil die davor ergangenen Angriffe bereits abgeschlossen sind und die nach dem Aufwachen zu erwartenden Angriffe noch in der Zukunft liegen.<sup>23</sup> Soll der Angriff erst am nächsten oder übernächsten Tag erfolgen,<sup>24</sup> dann fehlt der erforderliche zeitliche Konnex jedenfalls.<sup>25</sup>

Aufgrund der auffallenden Nähe der Haustyrannentötungen zu Rechtfertigungssituationen wird in Deutschland zT die Ausdehnung der Notwehr auf solche Fallkonstellationen versucht. Dies geschieht entweder durch Annahme einer sogenannten notwehrähnlichen Lage, bei der die Notwehrbestimmung des § 32 dStGB<sup>26</sup> analog angewendet wird,<sup>27</sup> oder eines Dauerangriffs.<sup>28</sup> Diese Ausdehnungsversuche überzeugen jedoch nicht, weil auch in einer von häuslicher Gewalt geprägten Beziehung Gefahrensituationen unterschiedlicher Intensität vorliegen und eine Gleichbehandlung aller Situationen die Grenze von Notwehr und rechtfertigendem Notstand verschwimmen lassen würde.<sup>29</sup> Auch könnten diese Ansichten den Vorrang der Inanspruchnahme staatlicher Abwehrmaßnahmen gegen zukünftige Angriffe unterwandern.<sup>30</sup>

21 OGH 6.9.1989, 14 Os 94/89; *Lewisch* in WK<sup>2</sup> StGB § 3 Rz 65; *Tipold* in *Leukauff/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 3 Rz 71a; *E. Steiner*, Strafrecht Allgemeiner Teil I<sup>3</sup> (2019) Rz 11/18.

22 *Fuchs*, Grundfragen der Notwehr (1986) 101 ff.

23 OGH 6.9.1989, 14 Os 94/89; BGER 8.12.1995, BGE 122 IV 1 Praxis 85 Nr 191; *Lewisch* in WK<sup>2</sup> StGB § 3 Rz 72; *Haverkamp*, Zur Tötung von Haustyrannen im Schlaf aus strafrechtlicher Sicht, GA 2006, 586 (592); *Rotsch*, Die Tötung des Familientyrannen: heimtückischer Mord? – Eine Systematisierung aus aktuellem Anlass, JuS 2005, 12 (15); *Hillenkamp*, In tyrannos, in FS Miyazawa (1995) 152 f.

24 So zB im BGH 2.8.1983, 5 StR 503/83 NStZ 1984, 20 (*Rengier*) zugrundeliegenden Sachverhalt.

25 *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>11</sup> Rz 17/10; *Seiler*, Strafrecht Allgemeiner Teil I<sup>4</sup> (2020) Rz 371.

26 Strafgesetzbuch BGBl. I 1998 S. 3322 idF BGBl. I 2021 S. 4906.

27 *Suppert*, Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage“ (1973) 256 ff, 364 ff, 383 ff.

28 *Trechsel*, KritV Sonderheft 2000, 185 ff; sympathisierend *Kindhäuser* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB<sup>5</sup> (2017) § 32 Rz 58.

29 *Haverkamp*, GA 2006, 593; *Weßlau* in *Burkhardt/Graebisch/Pollähne*, Korrespondenzen 376; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil I<sup>13</sup> (2021) § 18 Rz 22. Allgemein gegen die Annahme der Rechtfertigung aufgrund notwehrähnlicher Lage *Lewisch* in WK<sup>2</sup> StGB § 3 Rz 71 und die hA in Deutschland, vgl *Erb* in Münchner Kommentar zum StGB I<sup>4</sup> (2020) § 32 Rz 105 mwN.

30 *Rotsch*, JuS 2005, 15; *Hillenkamp* in FS Miyazawa 152 ff.

### 3.1.2. Fortdauernder Angriff bei § 107b StGB?

Wiederkehrende Gewaltanwendung seitens des Haustyrannen kann neben Körperverletzungsdelikten auch den Tatbestand der fortgesetzten Gewaltausübung gem § 107b StGB erfüllen, der die fortgesetzte Ausübung von Gewalt gegen eine andere Person über einen längeren Zeitraum hinweg unter Strafe stellt.<sup>31</sup> Während bei einzelnen Gewalttätigkeiten seitens des Haustyrannen der jeweilige Angriff nach deren Ausführung abgeschlossen ist, ist zu überlegen, ob bei Verwirklichung des § 107b StGB, der die einzelnen Gewalttätigkeiten zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit i.e.S. zusammenfasst,<sup>32</sup> auch zwischen diesen einzelnen Gewalttätigkeiten ein gegenwärtiger oder zumindest unmittelbar drohender rechtswidriger Angriff angenommen werden kann. Dies könnte deshalb der Fall sein, weil bei Dauerdelikten – wie der Freiheitsentziehung gem § 99 StGB – der Angriff grds. anhält, solange der rechtswidrige Zustand aufrechterhalten wird, die Rechtsgutsverletzung also noch nicht abgeschlossen ist.<sup>33</sup> Sperrt der Haustyrann also sein Opfer – wie etwa im bekannten „Fall Fritzl“ – längere Zeit ein, liegt während des gesamten Zeitraums der Freiheitsberaubung ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff und damit eine Notwehrsituation vor. Aufgrund der deliktsspezifischen Besonderheit des § 107b StGB, bei dem die einzelnen Gewalttätigkeiten länger auseinander liegen können, ist aber davon auszugehen, dass nach Abschluss eines Gewaltaktes bis zum unmittelbaren Drohen der nächsten Gewaltausübung kein zur Notwehr berechtigender Angriff vorliegt.<sup>34</sup> Denn auch hier ist zwischen dem Angriff und der aus einem vergangenen oder zukünftigen Angriff resultierenden Gefahr zu unterscheiden.<sup>35</sup>

Somit tritt bei der Tötung schlafender Haustyrannen – selbst, wenn deren Gewaltausübung den Tatbestand des § 107b StGB verwirklicht – keine Rechtfertigung nach § 3 StGB ein, auch wenn im Verlauf der Gewaltbeziehung mehrfach Notwehrsituationen gegeben waren, die aufgrund der empfundenen Unterlegenheit der Betroffenen bzw. deren Angst vor einer Intensivierung der Gewalt als Reaktion auf deren Verteidigung bewusst nicht genutzt wurden. Vielmehr mutet die Rechtsordnung den Betroffenen zur Inanspruchnahme des Notwehrrechts zu, sich zu bewaffnen, und den nächsten Angriff abzuwarten.<sup>36</sup>

31 Näher dazu zB *Tipold* in *Leukauff/Steinger*, StGB<sup>4</sup> § 107b Rz 3 ff; *Schwaighofer* in WK<sup>2</sup> StGB § 107b Rz 8 ff.

32 OGH 25.9.2014, 12 Os 72/14a; 10.6.2021, 15 Os 40/21b; *Kienapfel/Schroll*, StudB BT I<sup>4</sup> § 107b Rz 2; *Schwaighofer* in WK<sup>2</sup> StGB § 107b Rz 53.

33 *Tipold* in *Leukauff/Steinger*, StGB<sup>4</sup> § 3 Rz 71a; *E. Steinger* in SbgK § 3 Rz 28, 38; *Lewis* in WK<sup>2</sup> StGB § 3 Rz 15.

34 Ebenso zu § 107a StGB *Hochmayr*, Das sukzessive Delikt – ein neuer Deliktstypus, ZStW 2010, 757 (778 f).

35 Zu dieser Unterscheidung *Frister*, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291 (306 f); *Weßlau* in *Burkhardt/Graebisch/Pollähne*, Korrespondenzen 377 f.

36 *Weßlau* in *Burkhardt/Graebisch/Pollähne*, Korrespondenzen 373.

### 3.2. Rechtfertigender Notstand

Neben der Notwehr nach § 3 StGB ist im österreichischen Strafrecht auch der – anders als in Deutschland gesetzlich nicht normierte – Rechtfertigungsgrund des *rechtfertigenden Notstands* allgemein anerkannt.<sup>37</sup> Demnach ist gerechtfertigt, wer zur Bewahrung eines höherwertigen Rechtsgutes vor einem gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil in ein geringerwertiges fremdes Rechtsgut eingreift und sich dabei des schonendsten und zur Abwendung des Nachteils angemessenen Mittels bedient.<sup>38</sup> Anders als im Falle der Notwehr verlangt der rechtfertigende Notstand bloß die Gefahr eines unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteils, nicht aber einen Angriff. Diese Gefahr kann auch in Form einer Dauergefahr vorliegen, die dann angenommen wird, wenn „ein länger andauernder gefahrdrohender Zustand jederzeit in einen Schaden umschlagen kann [...] auch wenn die Möglichkeit offenbleibt, dass der Schadenseintritt noch einige Zeit auf sich warten lässt.“<sup>39</sup> Da in langjährigen Gewaltbeziehungen stets mit neuerlichen Gewaltausbrüchen zu rechnen ist, wird in Haustyranenfällen idR auch dann eine Dauergefahr vorliegen, wenn der Haustyran schläft und zwar keine neuerliche Gewalt explizit angekündigt wurde, diese aber zu erwarten ist. Denn selbst in solchen „Ruhephasen“ droht eine Gefahr für Leib und Leben der im selben Haushalt lebenden Familienmitglieder, da der Schlafende jederzeit erwachen und in weiterer Folge zu einem neuerlichen Angriff ansetzen könnte.<sup>40</sup> Liegen die einzelnen Gewalthandlungen jedoch mehrere Monate auseinander, ist das Vorliegen einer Dauergefahr zu verneinen.<sup>41</sup> Selbst wenn eine Dauergefahr gegeben ist, scheidet rechtfertigender Notstand bei der Tötung des Haustyranen jedenfalls aufgrund der Gleichwertigkeit der betroffenen Rechtsgüter aus. Denn eine Abwägung von Leben gegen Leben bleibt im Rahmen der bei einigen Rechtfertigungsgründen – wie beim rechtfertigenden Notstand – vorzunehmenden Güterabwägung verwehrt.<sup>42</sup> Auch die sonst bestehenden Korrekturlemente wie etwa das Zurechnungsprinzip, nach dem der Eingriff in fremde Rechtsgüter eher zulässig ist, wenn die Gefahr aus der Sphäre der Person kommt, in deren Rechtsgut eingegrif-

37 OGH 18.9.1979, 9 Os 86/79; 20.3.1990, 15 Os 41/89; s nur *Lewisch* in WK<sup>2</sup> StGB Nach § 3 Rz 19 mwN.

38 *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>11</sup> Rz 17/54 ff; *Tipold* in *Leukauf/Steinger*, StGB<sup>4</sup> § 3 Rz 52; *Triffterer*, AT<sup>2</sup> Rz 11/115; *Lewisch* in WK<sup>2</sup> StGB Nach § 3 Rz 17; *E. Steinger* in SbgK Nach § 3 Rz 2.

39 BGH 15.5.1979, 1 StR 74/79 NJW 1979, 2053. Ebenso *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht Allgemeiner Teil<sup>16</sup> (2020) Rz 14.13; *E. Steinger*, AT I<sup>3</sup> Rz 11/55; *ders* in SbgK Nach § 3 Rz 29; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil<sup>13</sup> (2021) § 19 Rz 12. Im Grunde auch *Lewisch* in WK<sup>2</sup> StGB Nach § 3 Rz 41; s auch OGH 20.3.1990, 15 Os 41/89.

40 Ganz überwiegende dt Rsp und Lehre, zB RG 12.7.1926, II 430/26 RGSt 60, 318; BGH 2.8.1983, 5 StR 503/83 NStZ 1984, 20 (zust *Rengier*); 25.3.2003, 1 StR 483/02 JZ 2004, 44 (*Hillenkamp*); LG Offenburg 24.7.2002, 1 Ks 2 Js 550/02 StV 2003, 672; *Welke*, Der Haustyranenmord im deutschen Strafsystem, ZRP 2004, 15 (17); *Hillenkamp* in FS Miyazawa 154; *Rengier*, AT<sup>13</sup> § 19 Rz 18; *Renzikowski*, Notstand 268 f; *Rotsch*, Jus 2005, 15; *Haverkamp*, GA 2006, 594. Anders *Lewisch* in WK<sup>2</sup> StGB Nach § 3 Rz 45.

41 LG Bremen 23.5.2005, 21 Ks 210 Js 48273/04 zit nach *Haverkamp*, GA 2006, 594.

42 *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>11</sup> Rz 17/58; *Tipold* in *Leukauf/Steinger*, StGB<sup>4</sup> § 3 Rz 55; *E. Steinger* in SbgK Nach § 3 Rz 45; *Triffterer*, AT<sup>2</sup> Rz 11/132; *Lewisch* in WK<sup>2</sup> StGB Nach § 3 Rz 71, 132; BGH 15.9.1988, 4 StR 352/88 NJW 1989, 912. Anders *Engländer* in *Matt/Renzikowski*, StGB<sup>2</sup> (2020) § 34 Rz 51; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil<sup>9</sup> (2020) Rz 17/30; explizit zu Haustyranenfällen *Renzikowski*, Notstand 269.

fen werden soll,<sup>43</sup> können Eingriffe in fremdes Leben nicht rechtfertigen, weil die Unabwägbarkeit des Rechtsgutes Leben auf Rechtfertigungsebene uneingeschränkt gilt.<sup>44</sup>

#### 4. Entschuldigender Notstand gem § 10 StGB

Bei vorsätzlich und rechtswidrig begangenen Taten ist grds von schuldhaftem Handeln auszugehen, in besonderen Drucksituationen ist das unrechtmäßige Verhalten dem:r Täter:in jedoch mitunter nicht vorwerfbar. Dem trägt der Entschuldigungsgrund des § 10 StGB Rechnung, der die Schuld und damit auch die Strafbarkeit unter bestimmten Voraussetzungen entfallen lässt.<sup>45</sup>

Die Notstandssituation iSd § 10 StGB gleicht jener des rechtfertigenden Notstands,<sup>46</sup> sie wird deshalb bei Haustyrannenfällen idR in Form einer Dauergefahr gegeben sein. Da die Güterabwägung bei § 10 StGB die Entschuldigung nur bei Unverhältnismäßigkeit ausschließen soll und das gerettete Rechtsgut sogar weniger wert sein darf als das geopfert, kann auch der Eingriff in fremdes Leben uU zulässig sein.<sup>47</sup> § 10 StGB verlangt jedoch weiters, dass von einem mit den *rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen* kein anderes Verhalten zu erwarten wäre. Dieses Kriterium ist für eine etwaige Entschuldigung der Tötung eines Haustyrannen entscheidend. Fraglich ist also, ob ein rechtstreuer Mensch in Anbetracht der in einer modernen Gesellschaft bestehenden Möglichkeiten zum Schutz vor häuslicher Gewalt, insb der Inanspruchnahme von Hilfe durch Polizei, Familie, karitative Organisationen oder Opferschutzeinrichtungen, seinen Partner wirklich töten würde.

Dabei ist von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen in der Lage des:r Täters:in auszugehen. Zur Ermittlung dieses heranzuziehenden *objektiven Maßstabs* ist zum einen auf die individuellen Merkmale des:derselben abzustellen und etwa Alter, soziale Situation, Herkunft, körperliche Verfassung und seelische Widerstandskraft zu berücksichtigen.<sup>48</sup> Der OGH nimmt dazu anhand dieser Kriterien eine Individualisierung nach Personengruppen vor.<sup>49</sup> In Haustyrannenfällen reicht es also etwa nicht, von einer Frau mittleren Alters auszugehen, sondern es ist die Personengruppe, die Ausgangspunkt der Bewertung sein soll, stärker zu individualisieren und insb die durch

43 S *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>11</sup> Rz 17/61 ff.

44 Vgl *Triffterer*, AT<sup>2</sup> Rz 11/132 und *Lewisch* in WK<sup>2</sup> StGB Nach § 3 Rz 71, 73 nach denen die Rechtfertigung unter allen Umständen und kategorisch ausscheidet.

45 *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>11</sup> Rz 24/1; *Höpfel* in WK<sup>2</sup> StGB § 10 Rz 1; *Koller/Schütz* in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 10 Rz 1 f; *Moos* in SbgK § 10 Rz 3.

46 *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>11</sup> Rz 24/9; *Triffterer*, AT<sup>2</sup> Rz 12/140; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>16</sup> Rz 21.7; *E. Steininger*, AT I<sup>3</sup> Rz 15/9; *Tipold* in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 3 Rz 53.

47 *Höpfel* in WK<sup>2</sup> StGB § 10 Rz 14; *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>11</sup> Rz 24/12; *Moos* in SbgK § 10 Rz 91.

48 *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>11</sup> Rz 24/5; *Höpfel* in WK<sup>2</sup> StGB § 10 Rz 18; *Moos* in SbgK § 10 Rz 105; *E. Steininger*, AT I<sup>3</sup> Rz 15/15; *Rengier*, Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? – Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen, NStZ 2004, 231 (238).

49 OGH 1.12.1958, 8 Os 273/58 SSt 29/83; 17.10.1979, 10 Os 128/79 SSt 50/62; 24.9.1992, 15 Os 106/92.

die Gewalterfahrung beeinflusste körperliche und seelische Verfassung miteinzubeziehen. Neben der Art des:r Täters:in sind zum anderen auch die äußeren Umstände, dh die konkrete Situation im Tatzeitpunkt, für die Beurteilung heranzuziehen, ob ein rechtstreuer Mensch dem besonderen Druck ebenso nachgegeben hätte.<sup>50</sup>

In Deutschland, wo die gesetzte Handlung gem § 35 dStGB das relativ mildeste Mittel sein muss,<sup>51</sup> wird eine Entschuldigung in der Rsp bei der Tötung von Haustyrannen seit einigen Jahrzehnten – soweit ersichtlich – durchwegs verneint, weil die Gefahr mit Verweis auf die Möglichkeit der Hilfe durch Polizei oder soziale Einrichtungen wie Frauenhäuser regelmäßig anders abwendbar sei.<sup>52</sup> Da dieser Maßstab jedoch strenger ist als jener des § 10 StGB, nach dem nicht zwingend auf die *ultima ratio* zurückzugreifen ist,<sup>53</sup> lässt sich diese Judikatur nicht ohne weiteres auf Österreich übertragen.

Dennoch wird eine Beurteilung nach österreichischem Recht idR zum selben Ergebnis kommen wie jene nach § 35 dStGB. Auch ein nach § 10 StGB maßgebender mit den rechtlich geschützten Werten verbundener Mensch würde vorrangig staatliche Hilfe in Anspruch nehmen, um der vom Haustyrannen ausgehenden Gefahr zu entkommen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn zu erwarten ist, dass diese Maßnahmen auch effektiv Abhilfe schaffen können. Dabei sind die in den letzten Jahren geschaffenen gesetzlichen Instrumente zum Schutz vor häuslicher Gewalt – wie zB Wegweisung oder Betretungs- und Annäherungsverbote gem §§ 38, 38a Sicherheitspolizeigesetz<sup>54</sup> oder einstweilige Verfügungen gem §§ 382b, 382c Exekutionsordnung<sup>55</sup> – besonders zu berücksichtigen. Je besser die Abwehrmöglichkeiten durch Instrumente des Gewaltschutzrechts und andere Hilfsangebote, etwa durch Opferschutzeinrichtungen, Frauenhäuser oder Angehörige, sind, desto strenger wird zu beurteilen sein, ob von einem rechtstreuen Menschen nicht ein anderes Verhalten zu erwarten war.<sup>56</sup>

Allerdings ist der normtreue Mensch, den § 10 StGB vor Augen hat, jeweils für den Einzelfall unter Berücksichtigung der Täter:innenpersönlichkeit neu zu bilden.<sup>57</sup> Nicht auszuschließen ist, dass Extremfälle, wie der anfangs geschilderte Fall vor dem LG Offenburg<sup>58</sup>, existieren, in denen auch die – auf Basis der äußeren Umstände der Tat und der Gesamtpersönlichkeit des:r Täters:in gebildete – Vergleichsfigur keinen anderen Ausweg

50 Moos in SbgK § 10 Rz 103; E. Steinger, AT I<sup>1</sup> Rz 15/15; Fuchs/Zerbes, AT I<sup>1</sup> Rz 24/4.

51 Perron in Schönke/Schröder, StGB<sup>30</sup> § 35 Rz 13 mwN.

52 BGH 25.3.2003, 1 StR 483/02 JZ 2004, 44 (Hillenkamp); LG Offenburg 24.7.2002, 1 Ks 2 Js 550/02 StV 2003, 672; s auch die Wiedergabe des erstinstanzlichen Urteils in BGH 1.12.2005, 3 StR 243/05 NSZ-RR 2006, 200.

53 Fuchs/Zerbes, AT I<sup>1</sup> Rz 24/18; Moos in SbgK § 10 Rz 95; Koller/Schütz in Leukauf/Steinger, StGB<sup>4</sup> § 10 Rz 20; Triffterer, AT<sup>2</sup> Rz 12/141.

54 Sicherheitspolizeigesetz – SPG BGBl 1991/566 idF BGBl I 2022/50.

55 Exekutionsordnung – EO RGBl 1896/79 idF BGBl I 2022/61.

56 Zu § 35 dStGB ähnlich Welke, ZRP 2004, 19. Anzunehmen ist, dass die Verneinung der anderwertigen Abwendbarkeit in RG 12.7.1926, II 430/26 RGSt 60, 318 und BGH 12.7.1966, 1 StR 291/66 NJW 1966, 1824 sowie bei Renner, Anm zu BGH 2.8.1983, 5 StR 503/83, NSStZ 1984, 20 (22) auch aufgrund der damals fehlenden Gewaltschutzinstrumente erfolgte.

57 Höpfel in WK<sup>2</sup> StGB § 10 Rz 19.

58 LG Offenburg 24.7.2002, 1 Ks 2 Js 550/02 StV 2003, 672.

sehen würde, als den Haustyrannen zu töten. Jedoch wird auch in solchen Extremsituationen vorauszusetzen sein, dass – wie im genannten Fall geschehen – in der Vergangenheit bereits erfolglos versucht wurde, die Dauergefahr auf andere Weise abzuwenden. Bei dem Vergleich mit dem normverbundenen Menschen muss auch berücksichtigt werden, dass in Trennungsphasen grds von einer höheren Gefährlichkeit des gewalttätigen Partners auszugehen sein wird,<sup>59</sup> weshalb fremde Hilfe deshalb zu spät kommen könnte. Denn ob ein rechtstreuer Mensch auch dann anderwärtige Hilfe herbeiholen würde, wenn sich die ohnehin schon bedrohliche Situation dadurch mit hoher Wahrscheinlichkeit weiter zuspitzen würde, ist zu bezweifeln.<sup>60</sup> Auch ist zu überlegen, ob die verfügbare Hilfe nur kurzzeitig wirken würde und schon bald danach neuerliche Gewalttätigkeiten zu befürchten wären, weil auch ein rechtstreuer Mensch wohl ein Mittel wählen würde, das die Gefahr dauerhaft beendet und nicht bloß temporär aufschiebt.<sup>61</sup>

### 5. Irrtümliche Annahme eines entschuldigenden Sachverhalts

In Fällen, in denen sich die iSd § 10 StGB gebildete Maßfigur anders verhalten hätte, könnte zu prüfen sein, ob der:die Täter:in aufgrund der Furcht vor weiteren Gewalttätigkeiten und der deshalb empfundenen Ausweglosigkeit im Tatzeitpunkt irrtümlich einen entschuldigenden Sachverhalt angenommen hat. So wäre insb denkbar, dass irrtümlich angenommen wird, dass auch ein rechtstreuer Mensch den Haustyrannen töten würde, um der Dauergefahr zu entkommen. Ein solcher Irrtum wäre allerdings unbeachtlich, da dieser nur eine in § 10 StGB enthaltene rechtliche Wertung und keine Tatsachen betreffen würde.<sup>62</sup> Ein sich darauf, also auf eine Schuldvoraussetzung, beziehender Rechtsirrtum kann aber – anders als ein das Unrecht der Tat betreffender Rechtsirrtum nach § 9 StGB – die Strafbarkeit nicht ausschließen.<sup>63</sup> Würden der:die Täter:in hingegen über für den Entschuldigungsgrund relevante Tatsachen irren, wäre § 10 Abs 2 StGB anzuwenden.<sup>64</sup> Ein solcher entschuldigender Irrtum könnte dann vorliegen, wenn die betroffene Person aufgrund des emotionalen Tunnels, in dem sie sich befindet, mögliche andere Auswege nicht sieht. Die Abgrenzung zwischen relevanten Tatsachen und normativen Wertungen kann im Einzelfall schwierig sein.

59 *Haverkamp*, GA 2006, 597; *Diederich*, Anm zu BGH 25.3.2003, 1 StR 483/02, STREIT 2004, 27 (33); *Schneider*, Der Haustyrann und die Reform der Tötungsdelikte, djBZ 2015, 20 (21).

60 So zur Schweizer Rechtslage BGer 8.12.1995, BGE 122 IV 1 Praxis 85 Nr 191.

61 *Rengier*, NSTZ 1984, 22.

62 OGH 18.9.1979, 9 Os 86/79; 6.9.1989, 14 Os 94/89; 5.12.2007, 13 Os 106/07y EvBl 2008/53; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>16</sup> Rz 21.28; *E. Steining*, AT I<sup>3</sup> Rz 15/19; *Moos* in SbgK § 10 Rz 147; *Seiler*, AT I<sup>4</sup> Rz 626.

63 *E. Steining*, AT I<sup>3</sup> Rz 15/19; *Moos* in SbgK § 10 Rz 147.

64 Zum Irrtum nach § 10 Abs 2 StGB s zB *Moos* in SbgK § 10 Rz 144 ff; *Koller/Schütz* in *Leukauf/Steining*, StGB<sup>4</sup> § 10 Rz 25.

## 6. Strafzumessung

Auch wenn eine Straflosigkeit bei einem Irrtum darüber, wie sich eine gedachte Vergleichsperson in derselben Lage verhalten würde, uU ausscheidet, kommen die Umstände der Tat dennoch einem Schuldtausschließungsgrund nahe,<sup>65</sup> weshalb der gesetzliche Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 11 StGB anzuwenden wäre. Darüber hinaus kommen bei Haustyrannenfällen auch die Milderungsgründe der Begehung aus achtenswerten Beweggründen gem § 34 Abs 1 Z 3 StGB<sup>66</sup> oder aus Furcht (Z 4) in Betracht. Auf der anderen Seite könnten aber bei der vorsätzlichen Tötung eines schlafenden Opfers auch besondere Erschwerungsgründe vorliegen, etwa heimtückisches Handeln<sup>67</sup> iSd § 33 Abs 1 Z 6 StGB oder das Ausnützen der Wehr- oder Hilflosigkeit des Opfers (Z 7) sowie die Begehung einer vorsätzlichen strafbaren Handlung gegen das Leben eines Angehörigen gem § 33 Abs 2 Z 2 StGB. Die Anwendung dieser Erschwerungsgründe, insb des Abs 2 Z 2 leg cit, würde aber deren eigentlichem Zweck, nämlich dem Schutz schwächerer Personen vor häuslicher Gewalt,<sup>68</sup> zuwiderlaufen. Sollten die Milderungsgründe im konkreten Fall die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen – wovon bei Haustyrannenfällen auszugehen sein wird – und ist anzunehmen, dass auch eine das gesetzliche Mindestmaß unterschreitende Strafe spezialpräventiv wirkt, kann das Gericht von der außerordentlichen Strafmilderung gem § 41 StGB Gebrauch machen.<sup>69</sup>

## 7. Fazit

Steht die Tötung von Haustyrannen am Ende eines längeren Gewissenskampfes, wird eine Affekttat und damit Totschlag gem § 76 StGB mitunter auszuschließen und stattdessen der Tatbestand des Mordes nach § 75 StGB erfüllt sein. Um auch solche Konstellationen zu privilegieren, wäre eine Gesetzesänderung nach dem Vorbild des Art 113 chStGB zu befürworten. Den dagegen geäußerten Bedenken könnte durch eine Einschränkung auf allgemein begreifliche große seelische Belastungen begegnet werden. Eine Rechtfertigung durch Notwehr scheidet bei der Tötung des schlafenden Haustyrannen am Fehlen eines gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden Angriffes, rechtfertigender Notstand scheidet aufgrund der Gleichwertigkeit der betroffenen Rechtsgüter aus. Daher bleibt die Rechtswidrigkeit der Tat bestehen, obwohl die Umstände derselben einem Rechtfertigungsgrund nahekommen. Der Entschuldigungsgrund des § 10 StGB wird nur in Ausnahmefällen gegeben sein, weil von einem rechtstreuen Menschen idR ein anderes Verhalten, nämlich die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe, erwartet werden

---

<sup>65</sup> Hillenkamp, JZ 2004, 50.

<sup>66</sup> S OGH 6.9.1989, 14 Os 94/98.

<sup>67</sup> Das Mordmerkmal Heimtücke spielt in der dt Diskussion eine große Rolle, siehe zB *Rotsch*, JuS 2005, 13 f; *Haverkamp*, GA 2006, 587 ff.

<sup>68</sup> S EBRV 689 BlgNR 25. GP 8.

<sup>69</sup> S OGH 6.9.1989, 14 Os 94/98.

muss. Irren der:die Täter:in über diese normative Wertung, ist dies unbeachtlich und bleibt es bei einer Strafbarkeit.

Auch im Zusammenhang mit Haustyrannentötungen muss bewusst sein, dass im modernen Rechtsstaat keine Selbstjustiz zulässig ist. Dennoch ist anzuerkennen, dass das Gesetz für bestimmte extreme Drucksituationen die Schuld des:der Täters:in auch beim Eingriff in das Leben anderer entfallen lässt und dies bei Haustyrannenfällen in Extremfällen gegeben sein kann – womöglich dann, wenn staatliche Hilfe versagt hat.<sup>70</sup>

Mag. Jakob Hajszan arbeitet als Universitätsassistent am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien; jakob.hajszan@univie.ac.at

Mag.<sup>a</sup> Jana Germ arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien; jana.germ@univie.ac.at

---

70 S auch die treffende Formulierung des BGer 8.12.1995, BGE 122 IV 1 Praxis 85 Nr 191 aE.



© Marietta Born, Anja Pospisil

# Häusliche Gewalt

## Eine rechtliche Definitionsfrage?

Marion Johanna Neunkirchner / Hannah Reiter

---

### 1. Einheitliche Problemdefinition statt fehlender Differenzierung

Die Bearbeitung von Hochrisikofällen häuslicher Gewalt im Zuge des Projekts *IMPRODOVA*<sup>1</sup> hat die Problembereiche der Praxis auf interpersonaler (mikro), auf (inter-)organisationaler (meso) und auf gesellschaftlicher Ebene (makro) deutlich gemacht. Mit der Thematik der häuslichen Gewalt sind Organisationen mit unterschiedlichen Handlungsaufträgen befasst. Diese divergierenden professionellen, organisationalen und rechtlichen Handlungsaufträge führen zu verschiedenen Definitionen von dem was allgemein als häusliche Gewalt bezeichnet wird. Gemeint wird auf den ersten Blick dasselbe Problem, häusliche Gewalt, dessen Bedeutung unterscheidet sich jedoch bei näherer Betrachtung deutlich voneinander.

Der Begriff der häuslichen Gewalt wird also intersektoral breit definiert und bezieht sich meist auf Gewalt zwischen Personen im selben Haushalt, zwischen Familienmitgliedern in verschiedenen Haushalten sowie zwischen gemeinsam und getrennt wohnenden Partner:innen. Er subsumiert die interdisziplinären Vorstellungen davon, was als häuslich gilt. Konkreter wird die Definition von Gewalt in Intimpartner:innenschaften gefasst. Wenngleich damit meistens heteronormative Paarbeziehungen gemeint sind, so wird es doch insofern spezifisch, dass die Gewalt zwischen den beiden erwachsenen Personen innerhalb einer Partner:innenschaft stattfindet.<sup>2</sup>

Als Folge der unterschiedlichen Zugänge werden schließlich unter der vermeintlich selben Definition unterschiedliche Problemstellungen mit verschiedenen Zielsetzungen bearbeitet. Das kann in konflikthafter Zusammenarbeit des Helfer:innensystems münden und den Erfolg von angewandten Lösungsstrategien hemmen.

Für wirksame Maßnahmen gegen häusliche Gewalt und damit weiterführend auch zur Verhinderung von Femiziden benötigt es die Einbindung aller beteiligten Professionen. Eine

---

1 Dieser Artikel enthält Ergebnisse des Projekts Improving Frontline Responses to High Impact Domestic Violence – *IMPRODOVA*, das im Rahmen der Finanzhilfvereinbarung Nr 787054 Fördermittel aus dem Programm der Europäischen Union für Forschung und Innovation „Horizon 2020“ erhalten hat. Der Inhalt dieser Veröffentlichung liegt in der alleinigen Verantwortung der Autorinnen und spiegelt nicht die Ansichten der Europäischen Kommission wider. *IMPRODOVA*, ein länderübergreifendes Projekt (Österreich, Finnland, Frankreich, Deutschland, Ungarn, Portugal, Slowenien und dem Vereinigten Königreich (Schottland)), soll Lösungen für eine integrierte Reaktion auf Hochrisikofälle häuslicher Gewalt (High Impact Domestic Violence – *HIDV*) bieten. Es basiert auf einer umfassenden empirischen Untersuchung der Art und Weise, wie die Polizei und andere Einsatzkräfte (zB medizinische und sozialarbeiterische Fachkräfte) in den europäischen Ländern auf häusliche Gewalt reagieren.

2 *IMPRODOVA* Trainingsplattform, Was ist häusliche Gewalt? [www.training.improdova.eu/de/einfuehrung-polizei-als-ersthelfer-bei-hauslicher-gewalt](http://www.training.improdova.eu/de/einfuehrung-polizei-als-ersthelfer-bei-hauslicher-gewalt) (25.3.2022).

interdisziplinäre Definition und eine einheitliche normative Ausrichtung auf einen Problembereich kann dazu beitragen, die verschiedenen Handlungsperspektiven miteinander zu verschränken. Ein gemeinsamer Lösungsansatz kann sich so auf eine konkrete Problemstellung richten, die (wie das Problem selbst) interdependent wirksam sein kann, um häusliche Gewalt zu reduzieren und damit das Risiko für Femizide<sup>3</sup> zu verringern. Dieser Beitrag beschreibt daher die verschiedenen Definitionen häuslicher Gewalt und bezieht diese auf deren rechtliche Dimension. Vor dem Hintergrund, eine interdisziplinäre normative Handlungsgrundlage zu schaffen, welche die Problemdefinition vereinheitlicht, wird das multidimensionale Problem auf deren Übersetzung ins Strafrecht diskutiert.

## 2. Empirisch-sozialwissenschaftliche Konzeptionen häuslicher Gewalt

Um häusliche Gewalt zu erklären sind einerseits die Formen der Gewalt relevant und andererseits deren Besonderheit in Bezug auf die Anwendung im häuslichen Bereich, nämlich die Intimbeziehung zwischen den involvierten Personen. Zudem rücken die Formen von Gewalt in Intimpartner:innenschaften in die öffentliche Aufmerksamkeit, da damit ein besonders hohes Risiko für einen Femizid verbunden sind. Diese spezifischen Formen der Gewalt werden daher auch in Kapitel 2.2. dieses Beitrages beschrieben.

Ein Versuch das Problem zu kategorisieren, bezieht sich zunächst auf die verschiedenen Gruppen, gegen die sich häusliche Gewalt richten kann. Menschen, die sich in einer vulnerablen Lebenssituation befinden, haben ein tendenziell höheres Risiko Opfer häuslicher Gewalt zu werden, wie zB ältere Menschen, Kinder, Migrant:innen und Frauen.<sup>4</sup> Diese Art der Problembeschreibung nach betroffenen Gruppen findet sich in internationalen Verträgen, wie beispielsweise in der Istanbul Konvention<sup>5</sup>, die sich vor allem auf den Schutz von Frauen bezieht. Die Victims Directive<sup>6</sup> richtet sich an alle Opfer von Verbrechen und erfasst in der Präambel unter Abs 9 neben den obgenannten Gruppen auch bspw Personen, die aus religiösen Gründen oder Gründen der sexuellen Orientierung diskriminiert werden. In der „Declaration on the Elimination of Violence against Women“<sup>7</sup> wird Bezug auf alle Frauen genommen und insbesondere auf all jene, die den oben genannten vulnerablen Gruppen angehören. Ein ähnlicher Fokus findet sich in der „Council of Europe recommendation Rec(2002)5 on the Protection of Women Against Violence“.<sup>8</sup> Diese Richtlinien

---

3 Als Femizid werden hier Tötungsdelikte bezeichnet, die gezielt gegen Frauen aufgrund ihrer Geschlechterzugehörigkeit verübt werden.

4 S hierzu den Beitrag von *Hammerschmied/Herzog*, Gesicherter Aufenthalt – Dennoch keine Sicherheit? in dieser Ausgabe, *juridikum* 2022, 270–273.

5 Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, in Österreich durch BGBl III 2014/164 ratifiziert.

6 RL 2012/29 EG des Rates v 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABIL 315/57, 58.

7 *Vereinte Nationen*, Declaration on the Elimination of Violence against Women, Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen v 20.12.1993, 48/104.

8 *Council of Europe*, Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence, [www.search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805e2612](http://www.search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2612) (25.3.2022).

und Empfehlungen dienen als Grundlage für nationale Gesetzgebung und Aktionspläne, wodurch die Problemdefinition auf nationaler Ebene beeinflusst wird und sich teilweise in der Beschreibung organisationaler Handlungsaufträge zum Schutz vor Gewalt wiederfindet.<sup>9</sup> Obwohl die Gesetzestexte geschlechtsneutral formuliert sind, zeigen die mediale Verlautbarungen gesetzlicher Änderungen seitens gouvernementaler Institutionen einen semantischen Zusammenhang mit der Problemstellung von Gewalt gegen Frauen, was vor allem im Polizeibereich den rechtlichen Handlungsrahmen bestimmt – auch hier also wieder der Fokus auf Frauen als von (häuslicher) Gewalt betroffener Gruppe.<sup>10</sup>

### 2.1. Unterscheidung nach Gewaltformen

In der Literatur finden sich verschiedene Kategorisierungsvorschläge von Gewalt. Meist wird dabei zwischen den grundlegenden Formen psychischer und physischer Gewaltausübung unterschieden. Spezielle Aspekte, wie Macht gewaltvoll ausgeübt werden kann, werden als Unterscheidungsmerkmale weiterer Kategorien genutzt oder beziehen sich auf die jeweilige Zielsetzung einer gewaltvollen Handlung. Diese umfassen zB wirtschaftliche und sexualisierte Gewalt zur Unterdrückung, Vernichtung oder Beseitigung anderer.<sup>11</sup>

In Bezug auf häusliche Gewalt lassen sich spezielle Verhaltensweisen bestimmen, die zum Ziel haben, sich über andere zu ermächtigen. Das systematisch angewendete Verhalten zielt also darauf ab, das Gegenüber zu kontrollieren und dessen freien Willen einzuschränken.<sup>12</sup> Von Bedeutung sind dabei die Anwendung folgender Gewaltformen: Körperliche Gewalt beinhaltet schlagen, stoßen, würgen, beißen und wird durch die Delikte der Körperverletzung (leicht und schwer), absichtlich schwere Körperverletzung, Todschlag, Körperverletzung mit Todesfolge, und Mord abgedeckt. Physische Gewalt kann auch als Drohmittel, Nötigung oder Bedrohung eingesetzt werden.

Psychische Gewalt umfasst Verhalten, welches die Psyche einer Person angreift. Das können Nötigungen, Freiheitsberaubungen, Stalking, Erpressung aber auch subtilere Formen sein, wie Bevormundung, strenge Kontrolle, Erzeugen von Drucksituationen und Schuld. Die mangelnde Sichtbarkeit der Folgen macht es dem Helfer:innensystem schwer, die betroffene Person zu erkennen.

Sexualisierte Gewalt ist die aktive und passive Form sexueller Nötigung gegen den Willen der Person und kann sich als Nötigung, Verkauf sexueller Dienstleistungen, Erniedrigung oder Vergewaltigung äußern.

Wirtschaftliche Gewalt bezeichnet das Herstellen und Ausnutzen wirtschaftlicher Zwangssituationen. Konkrete Verhaltensweisen können Zwang zur Arbeit (auch Haus-

<sup>9</sup> *Herbinger/Neunkirchner/Leonhardmair*, European Legislation to Fight Domestic Violence, European Law Enforcement Research Bulletin (2020) 141 (145 ff).

<sup>10</sup> GeSchG BGBl 1996/759 idF BGBl 2019/105; *BMI*, Gewaltschutz, bmi.gv.at, www.bmi.gv.at/magazin/2022\_03\_04/Gewaltschutz.aspx?msclkid=8aedc1d3c0ae11ec88ff27f559bac9c1, (20.4.2022).

<sup>11</sup> Siehe dazu ua *Bogerts*, Woher kommt Gewalt? Von Neurowissenschaft bis Soziologie – eine mehrdimensionale Betrachtung (2021) 3.

<sup>12</sup> *Riebel*, Die Corona-Krise als Ursache häuslicher Gewalt? Neue Kriminalpolitik 2020, 309 (320).

arbeit), Beschlagnahme von Lohn, Kontrolle der Ausgaben der Partner:innen und die alleinige Verfügungsmacht über finanzielle Ressourcen sein.<sup>13</sup>

Alle angeführten Verhaltensweisen können dazu angewendet werden die Partnerin oder den Partner zu kontrollieren und äußern sich bspw in Isolation der Betroffenen, Überwachung von Zeiteinteilung und Aktivitäten, Überwachung von Kontakten und von Kommunikation, wiederholte Herabwürdigung, Kontrolle über Finanzen und über das Sexualleben, Verwehren von Unterstützung, Einfordern traditioneller Geschlechterrollen sowie Drohungen und Einschüchterungen. Einige dieser beschriebenen Weisen, das Gegenüber zu kontrollieren bilden sich in den Paragraphen des StGB ab, was in Kapitel 3 beschrieben wird. Im Umkehrschluss ist damit allerdings nicht jedes gewalttätige Verhalten strafbar, welches im Zuge häuslicher Gewalt angewendet werden kann.

## 2.2. Gewalt in Intimpartner:innenschaften

*Kelly/Johnson*<sup>14</sup> beschreiben typisierte Formen von Gewalt in Intimpartner:innenschaften, indem sie diese in Zusammenhang mit der Intensität ausgeübter Gewalt unter Berücksichtigung der vorhandenen Geschlechter(as-)symmetrie stellen. Diese Typisierung basiert auf vorangegangenen Studien aus dem angloamerikanischen Raum. Eine ergänzende Grundlagenforschung für den deutschsprachigen Raum, die sich an den Unterscheidungen nach *Kelly/Johnson* orientiert, ist derzeit nicht vorhanden, wobei die Studie von *Haller*<sup>15</sup> zu „High-Risk-Victims“ in Österreich verwandte Erklärungsmuster von Risikofaktoren für Frauenmorde und damit zusammenhängende Geschlechterdifferenzierung aufzeigt.

Gewalt wird überwiegend von einem Partner oder einer Partnerin über die oder den anderen ausgeübt. Folgen wir dieser Spezifizierung so lassen sich evidenzbasierte Kategorien bilden, die eine Definition des adressierten Risikos einerseits und das Verständnis des komplexen Gewaltphänomens andererseits bilden lassen. Darin zeigt sich, dass das Risiko für einen Femizid bei zwei typisierten Formen von Gewalt nach *Kelly/Johnson* besonders hoch ist:

Coercive Controlling Violence beschreibt nötigend-kontrollierende Gewalt und geht mit emotional missbräuchlicher Einschüchterung einher, welche mit körperlicher Gewalt erzeugt wird. Sie wird überwiegend gegen Frauen ausgeübt. In dieser Form zeigen sich mehrere oben genannte Verhaltensweisen sowohl körperlicher als auch psychischer, sexualisierter und wirtschaftlicher Gewaltanwendung. Diese Form des Missbrauchs kann daher als aus verschiedenen Verhaltensweisen, wie bspw der Einschüchterung durch Androhung körperlicher Gewalt bei gleichzeitig finanzieller Erpressung, bestehend verstanden werden. Das gewalttätige Verhalten dient in dieser Typisierung dazu das Gegenüber dauerhaft zu unterdrücken und zu kontrollieren.

---

13 *Riebel*, Neue Kriminalpolitik 2020, 306–309.

14 *Kelly/Johnson*, Differentiation among types of Intimate Partner Violence: Research Update and Implications for Interventions, Family court Review 2008, 476–499.

15 *Bundesministerin für Frauen und Öffentlichen Dienst im Bundeskanzleramt Österreich*, „High-Risk Victims“. Tötungsdelikte in Beziehungen. Verurteilungen 2008–2010, [www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:a00435c0-b824-484f-b9ce-8c1a39bb6029/highrisk\\_victims\\_endbericht\\_26166.pdf](http://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:a00435c0-b824-484f-b9ce-8c1a39bb6029/highrisk_victims_endbericht_26166.pdf) (29.4.2022).

Separation-Instigated Violence ist eine Gewaltform, die ebenfalls häufiger von Männern ausgeübt wird und erstmalig als Folge einer Trennung oder der Beabsichtigung dieser stattfindet. Hier werden in der zugehörigen Literatur keine besonderen Verhaltensweisen während der Partner:innenschaft beschrieben, da die Gewalt oder Tötung sonst einer der anderen von *Kelly/Johnson* definierten Formen<sup>16</sup> zugeschrieben wird. Die Trennung ist in jedem Fall ein besonders hoher und signifikanter Risikofaktor, der zu Femizid führen kann.

### 2.3. Perspektiven aus dem Feld

Definitionen können sich entlang des jeweiligen Auftrags der Einrichtung des Tätigkeitsbereichs unterscheiden. Dies hat die Analyse von insgesamt 41 Interviews mit Polizist:innen, Sozialarbeiter:innen und Mediziner:innen ergeben. Das Verständnis davon, was häusliche Gewalt ist, variiert damit je nach Auftrag und Fokus der Institution.<sup>17</sup>

Für die Abbildung häuslicher Gewalt und für eine einheitliche Datenerfassung in der Kriminalstatistik ist die Definition, welche von der Polizei registriert wird, besonders relevant. Der Polizeibereich erfasst „Gewalt in der Privatsphäre“ als Problem. Der Handlungsauftrag folgt den Bedingungen des Sicherheitspolizeigesetzes (SPG).<sup>18</sup> Im Fokus steht daher die rechtliche Grundlage des SPG, die bei häuslicher Gewalt im Zuge des verwaltungsrechtlichen Auspruchs eines Betretungs- und Annäherungsverbot (BV/AV) zur Anwendung kommt. Gendersensibilität und eine Problemerkennung deliktübergreifender Verhaltensweisen fehlen jedoch in dieser gesetzlichen Definition. Im Zuge des Polizeieinsatzes wird folgend häufig körperliche Gewalt registriert und dokumentiert, was ua für die Beweismittelerbringung erforderlich ist und auch daher im Fokus der Polizeiarbeit steht. Verhaltensweisen psychischer Gewalt sind weitaus schwieriger zu erkennen und werden durch die weiterführenden Strafrechtsdelikte daher nur teilweise abgedeckt sowie ermittelt. Häusliche Gewalt wird in seiner Multidimensionalität jedoch darin nicht ganzheitlich erfasst und die dazugehörigen spezifischen Verhaltensweisen dadurch nicht zum Anlass polizeilicher Ermittlungsarbeit.<sup>19</sup>

### 3. Rechtliche (Er-)fassung häuslicher Gewalt

Recht definiert und widerspiegelt gesellschaftlich-gültige Normen. So finden sich insbesondere im StGB jene abweichenden Handlungen, welche die gültige soziale Norm maßgeblich bestimmen. Ein Delikt „häusliche Gewalt“ oder eine Klassifizierung als solche findet sich im österreichischen Strafrecht nicht. Die fortgesetzte Gewaltausübung nach § 107b StGB<sup>20</sup> umfasst einige der eingangs in Kapitel 2 beschriebenen gewalttätigen Handlungen. So wird der Kontrollaspekt in Abs 3 aufgegriffen, indem die „umfassende Kontrolle des Verhaltens der

16 Weitere Formen sind Violent Resistance- und Situational Couple Violence, *Kelly/Johnson*, Family court Review 2008, 484 f.

17 *IMPRODOVA Consortium*, Deutsche Hochschule der Polizei Münster, Deliverable report for IMPRODOVA, Country Reports and Cross-National Comparison on the Implementation of International Norms and National Best Practices of Frontline Responders (2020) [www.improodva.eu/results/reports/index.php](http://www.improodva.eu/results/reports/index.php) (22.3.2022).

18 Sicherheitspolizeigesetz 1991 BGBl 1991/566 idF BGBl I 2022/50.

19 *IMPRODOVA Consortium*, Country Reports, improdova.eu.

20 StGB 1974 BGBl 1974/60 idF BGBl I 2019/105.

verletzten Person [...] oder eine erhebliche Einschränkung der autonomen Lebensführung“ eine höhere Strafbemessung bestimmen. Abs 3a bezieht sexualisierte Gewalt als Taten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und Integrität mit ein. Die Schwere und Dauer des gewalttätigen Verhaltens sind in Abs 4 als Qualifizierung berücksichtigt. Insgesamt liegt der Fokus des § 107b jedoch auf Gewalttaten gegen Leib und Leben und kann in Verbindung mit sexualisierten und psychischen Gewaltformen sowie mit Aspekten der finanziellen Gewalt angewendet werden. Diese Merkmale entsprechen weitgehend der Coercive Controlling Violence. Andere Formen häuslicher Gewalt finden darin jedoch wenig oder keine Berücksichtigung, da die körperliche Gewalt die Voraussetzung zur Erfüllung des Delikts ist. Hier müsste daher auf breitere Kategorien zurückgegriffen werden, um Verhaltensweisen zu erfassen, die alle Gewaltformen beinhalten.

Die Istanbul Konvention, die von Österreich 2013 ratifiziert wurde, definiert rechtliche Grundsätze, die zur Bekämpfung häuslicher Gewalt umgesetzt werden sollen. So sollen Ermittlungen, Strafverfolgung<sup>21</sup>, Verfahrensrecht und Schutzmaßnahmen stets „unter Berücksichtigung des geschlechtsbewussten Verständnisses von Gewalt“<sup>22</sup> getroffen werden. Sie hält ebenso Empfehlungen für Strafverschärfungen bei einer aktuellen oder früheren Beziehung bzw Ehe sowie einer wiederholten Tatbegehung fest. Eine Erweiterung bestehender Maßnahmen wird bspw auch in Bezug auf mögliche Folgen einer Verurteilung empfohlen, wie „die Überwachung und Betreuung verurteilter Personen; [und] den Entzug der elterlichen Rechte, wenn das Wohl des Kindes, das die Sicherheit des Opfers umfassen kann, nicht auf andere Weise garantiert werden kann.“<sup>23</sup>

### 3.1. Nationale Daten

Im Jahr 2020 wurden lt polizeilicher Kriminalstatistik<sup>24</sup> in Österreich 67.051 Gewaltdelikte (Handlungen gegen Leib und Leben/ die Freiheit/ die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung) zur Anzeige gebracht – ein Rückgang im Vergleich zum Vorjahr und der niedrigste Wert der letzten Jahre. Hingegen ist die Zahl der Anzeigen 2021 wieder geringfügig um 0,6 % gestiegen (2021: 67.441). 86,2 % dieser angezeigten Delikte konnten lt polizeilicher Quote hinsichtlich der Täter:innenschaft aufgeklärt werden.

Laut Bundeskriminalamt ist die Zahl der ausgesprochenen Betretungs- und Annäherungsverbote im Jahr 2021 auf 13.690 gestiegen im Vergleich zu 2020, in welchem mit 11.652 etwas weniger ausgesprochen wurden. Dazu wurden 11.238 Gefährder:innen im Jahr 2021 weggewiesen, 9.689 im Jahr 2020.<sup>25</sup> Zur Jahresentwicklung mit dem Anstieg

---

21 Siehe Erlass des BMI v 30.8.2021 (2021-0.538.674).

22 Istanbul Konvention, Art 49 Abs 2.

23 Istanbul Konvention, Art 26 Abs 2.

24 BMI, Polizeiliche Kriminalstatistik 2020/2021, [www.bundeskriminalamt.at/501/start.aspx?msclkid=8bc58de3c-15d11ec9d61729f793a2131](http://www.bundeskriminalamt.at/501/start.aspx?msclkid=8bc58de3c-15d11ec9d61729f793a2131) (20.4.2022).

25 BMI, Anzeigenstatistik im zweiten Pandemiejahr 2021 weiter rückläufig, [bundeskriminalamt.at/501/files/2022/Presseinformation\\_Polizeiliche\\_Kriminalstatistik\\_2021\\_BF\\_20220215.pdf](http://bundeskriminalamt.at/501/files/2022/Presseinformation_Polizeiliche_Kriminalstatistik_2021_BF_20220215.pdf) (22.3.2022).

2021 im Vergleich zum Vorjahr kam eine wesentliche gesetzliche Neuerung hinzu: seit September 2021 sind die Beratungsstellen für Gewaltprävention als Verpflichtung nach einem ausgesprochenen Betretungs- und Annäherungsverbot flächendeckend in Österreich eingerichtet worden. Im Jahr 2021 wurden 3.832 Personen in diesen Stellen beraten. Die Anzahl der Sicherheitspolizeilichen Fallkonferenzen zur Prävention neuerlicher Gewalttaten ist von 25 im Vorjahr auf 57 im Jahr 2021 gestiegen, was in Zusammenhang mit der erhöhten Sensibilisierung gegenüber Vorfällen im Bereich häuslicher Gewalt gestellt werden kann.<sup>26</sup>

2021 wurde auch erstmals ein einseitiges Informationsblatt<sup>27</sup> „Daten und Fakten über vollendete Morde an weiblichen Opfern 2021“ vom Bundesministerium für Inneres (BMI) veröffentlicht, das über vollendete Morde iSd § 75 StGB an weiblichen Opfern sowie Tatorte, verwendete Waffen und Nationalitäten der Opfer wie Täter:innen berichtet. Darin werden 28 erwachsene weibliche Mordopfer angeführt. Es fehlt jedoch eine Angabe zur Beziehung zu den insg 26 männlichen Tatverdächtigen, weshalb keine Aussage über mögliche Femizide damit getroffen werden kann. Im Vergleich zu Aufzeichnungen des *Verein Autonome Österreichische Frauenhäuser* (AÖF)<sup>28</sup>, welche Femizide lt Medienberichten auf der Homepage tagesaktuell listen, sind dort im Jahr 2021 insgesamt 31 Morde angeführt, also drei Fälle mehr als durch das Bundeskriminalamt bestätigt. Es kann daher zumindest davon ausgegangen werden, dass die am Informationsblatt angeführten 28 Mordfälle an erwachsenen Frauen als solche mit einer sehr breiten Definition von Femizid gewertet werden können.

Delikte des StGB, die unter die Kategorie der häuslichen Gewalt fallen, finden sich im ersten Abschnitt des StGB als strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, worin sie sich auf körperliche Gewalt beziehen. Das sind vor allem: Körperverletzung, schwere Körperverletzung §§ 83 ff StGB oder gar Körperverletzung mit tödlichem Ausgang § 86 StGB, fahrlässige Körperverletzung § 87 StGB, Mord § 75 StGB, Totschlag § 76 StGB. Gewalttaten gegen die Freiheit können Aspekte kontrollierenden und nötigenden Verhaltens sowie psychischer und wirtschaftlicher Gewalt beinhalten und sind in den Delikten Freiheitsentziehung § 99 StGB, Entführung einer unmündigen Person § 101 StGB, Nötigung § 105 StGB, schwere Nötigung § 106 StGB, Gefährliche Drohung § 107 StGB, beharrliche Verfolgung/Stalking und Fortgesetzte Gewaltausübung §§ 107a/ 107b/ 107c StGB, abgebildet. Da häusliche Gewalt, wie auch oben erwähnt, ein weitgefasstes Phänomen darstellt, kann sich diese auch in subtiler Weise in anderen Delikten, wie Urkundenunterdrückung § 229 StGB, Sachbeschädigung und schwere Sachbeschädigung §§ 125 f StGB, Datenbeschädigung § 126a StGB, äußern. Sexualisierte Gewalt wird hingegen in den Delikten gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung §§ 201 ff StGB und im weiteren familiären Sinne auch im Zuge einer Zwangsheirat § 106a StGB bestraft. Überwiegend bilden sich hier also Verhaltensweisen ab, die auf körperliche Gewaltausübung abzielen, aber auch sexualisier-

26 BMI, Kriminalprävention 2021, [www.bundeskriminalamt.at/501/files/2022/Gewaltpraevention\\_2021.pdf](http://www.bundeskriminalamt.at/501/files/2022/Gewaltpraevention_2021.pdf) (22.3.2022).

27 BMI, Informationsblatt 2021, [www.bundeskriminalamt.at/501/files/2022/Morde\\_weibliche\\_Opfer\\_2021.pdf](http://www.bundeskriminalamt.at/501/files/2022/Morde_weibliche_Opfer_2021.pdf) (22.3.2022).

28 *Verein Autonome Österreichische Frauenhäuser*, Mutmaßliche Femizide, [www.aeof.at/images/04a\\_zahlen-und-daten/Frauenmorde\\_2021\\_Liste-AOEF.pdf](http://www.aeof.at/images/04a_zahlen-und-daten/Frauenmorde_2021_Liste-AOEF.pdf) (22.3.2022).

te wie teils psychische Gewalt werden abgebildet. Kaum bis gar nicht werden etwa §§ 125, 126 StGB als Delikte gegen fremdes Vermögen in der juristischen Verfolgung von häuslicher Gewalttaten berücksichtigt. Der Bezug auf die wirtschaftliche Gewalt oder gar die größere Rahmung der Handlung(en) als kontrollierend und über die Person ermächtigend in Zusammenhang mit der erschwerenden Dimension der Abhängigkeit bezogen auf das Täter:innen-Opferverhältnis sind nicht vorhanden. Die Ergänzung entsprechender Tatbestandsmerkmale in den genannten Delikten, um den Beziehungsaspekt und das Kontrollverhalten zu berücksichtigen, wird damit zur Diskussion gestellt.

Die in 2.1. beschriebenen Formen gewalttätigen Verhaltens sind also je nach Ausprägung durch die Delikte des StGB erfasst. Drohungen werden in den Tatbeständen erfüllt. Einschüchterungen werden nicht explizit erwähnt, nur insoweit als diese im Zuge der Delikterfüllung bspw als „Furcht und Unruhe“ bei der Gefährlichen Drohung nach § 107 StGB enthalten sein können. Die Isolation einer Person sowie die Überwachung der Kommunikation und Kontakt kann mit einem Freiheitsentzug einhergehen. Das Einfordern von Geschlechterrollen als Teil der Gewaltausübung kann sehr viele Aspekte der Unterdrückung enthalten, und ua in Verbindung mit der Kontrolle des Sexuallebens und damit bspw mit Nötigung und auch mit Delikten gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung einhergehen.

Das Spezifikum der Coercive Controlling Violence als wiederkehrendes, länger andauerndes Verhalten wird allerdings so nicht abgebildet. Die Fortgesetzte Gewaltausübung nach § 107b StGB greift zwar die Längerfristigkeit einer strafbaren Verhaltensweise auf und geht auch auf Aspekte verschiedener Gewaltformen ein. Sie beinhaltet jedoch keinen Beziehungsaspekt und bedingt die Anwendung körperlicher Gewalt, die in der Coercive Controlling Violence auch bereits unter Androhung zur Kontrolle des Gegenübers ausgeübt werden kann. Subtilere Formen der Kontrolle und weniger offensichtliche Gewaltanwendung werden hiervon und von anderen Delikten des StGB nicht erfasst. Sie kommen im weiteren Kontext häuslicher Gewalt allerdings vor und beinhalten bspw eine kontinuierliche Herabwürdigung des Opfers in Zusammenhang mit persönlichen Abhängigkeiten im sozialen Umfeld. In Bezug auf die Erfassung häuslicher Gewalt sieht das StGB zwar vor, dass Gewalt in Form der Beziehung der Beteiligten nach § 33 StGB Abs 2 Z 2 als Erschwerungsgrund berücksichtigt wird: hier werden seit Umsetzung der Istanbul-Konvention strafbare Handlungen unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung die gegen Angehörige, einschließlich früherer Partner:innen, explizit benannt. Jedoch lässt sich dies nicht weiterführend analysieren, da Erschwerungsgründe weder in der Anzeige- noch der Verurteilungsstatistik bzw der gerichtlichen Kriminalstatistik aufscheinen. Hier zeigt sich eine Möglichkeit, das Phänomen häusliche Gewalt in Österreich insofern besser messbar zu machen, indem die Beziehung der beteiligten Personen in Verbindung mit den Delikten abgebildet und in der Verurteilungsstatistik mit aufscheinen könnte. Durch eine Erfassung der Täter:innen-Opfer Beziehung seitens der Gerichte bei Anwendung des § 33 StGB sowie die Erhebung der Polizei bspw durch standardisierte und statistisch erfassbare Protokollierung kann das Beziehungsverhältnis abgebildet werden. In Kombination mit der Erfassung der Schuldbemessung könnten Delikte häuslicher Gewalt quantifiziert werden und damit für weiterführende qualitative Analysen dienlich sein.

Derzeit wird Gewalt gegen Frauen durch vorhandene Daten nicht aussagekräftig erhoben, weil die Beziehung der Beteiligten polizeilich nicht quantifizierbar erfasst wird. Erfasst werden polizeiliche Anzeigen, Betretungs- und Annäherungsverbote sowie gerichtliche Verurteilungen, die allerdings ohne Aktenstudie keinen Rückschluss auf den häuslichen Kontext ermöglichen. Eine stabile Datenlage und verlässliche, vergleichbare Zahlen sind aber wichtig, um das Phänomen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt in Österreich greifbar zu machen. Unter Berücksichtigung bestehender Hemmschwellen vor einer Anzeige im Bereich häuslicher Gewalt ist jedoch auch die Verlässlichkeit dieser Daten achtsam zu beurteilen. Begleitende Dunkelfeldstudien sind daher insbesondere in diesem Forschungsbereich notwendig.

### 3.2. Internationale Studien

In ihrer EU-weiten Prävalenzstudie 2014 hat die Fundamental Rights Agency (FRA) unter anderem gefolgert, dass jede dritte Frau (33 %) körperliche oder sexualisierte Gewalt erfahren hat. Die Befragung von Personen im Rahmen einer Viktimisierungserhebung weisen allerdings oft große Unterschiede zwischen den Ländern hinsichtlich des Ausmaßes der gemeldeten Viktimisierung auf. Auch gibt es in den offiziellen Anzeigestatistiken erhebliche Unterschiede zwischen den Ländern in Bezug auf das Ausmaß der Gewalterfahrungen insgesamt, einschließlich des Ausmaßes der Gewalt gegen Frauen, sofern diese Daten verfügbar sind. Für Österreich zeigt sich folgendes Bild: mit 20 % der Befragten, die körperliche und/oder sexualisierte Gewalt durch eine Person erfahren haben, sowie 13 % die diese durch aktuelle oder frühere Partner:innen erfahren haben, ist Österreich unter dem EU-weiten Durchschnitt (33%/22%).<sup>29</sup>

In Schottland ist die Thematik Domestic Abuse seit einiger Zeit in reger Diskussion, auch aufgrund einiger rechtlicher Neuerungen: der Domestic Abuse (Scotland) Act 2018<sup>30</sup> wurde bei seiner Verabschiedung im schottischen Parlament als „neuer Goldstandard“<sup>31</sup> in der Gesetzgebung zur Bekämpfung von häuslicher Gewalt bezeichnet. Der neue Straftatbestand versteht häusliche Gewalt als fortlaufende Verhaltensweise, anstatt einzelne Vorfälle zu betrachten. Im Unterschied zur fortgesetzten Gewaltausübung nach § 107b StGB bezieht sich Domestic Abuse auf einen Verlauf missbräuchlichen Verhaltens, welches absichtlich oder leichtsinnig angewendet, ausdrücklich physischen oder psychischen Schaden verursachen kann. Ein Hauptziel der Einführung in Schottland war es, die alltäglichen Erfahrungen der Opfer besser widerzuspiegeln und die Thematik als Spektrum kontrollierender Verhaltensweisen denn als aufeinanderfolgende Einzelhandlungen zu

29 *European Union Agency for Fundamental Rights*, Violence against women: an EU-wide survey, [www.fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14\\_en.pdf](http://www.fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf) (22.3.2022).

30 *Domestic Abuse (Scotland) Act 2018*, [www.legislation.gov.uk/asp/2018/5/contents/enacted?msclid=2a039443c14e11ec8142ab7cf1a0edb1](http://www.legislation.gov.uk/asp/2018/5/contents/enacted?msclid=2a039443c14e11ec8142ab7cf1a0edb1) (20.4.2022).

31 *Brooks*, Scotland set to pass „gold standard“ domestic abuse law, *The Guardian* 2018, [www.theguardian.com/society/2018/feb/01/scotland-set-to-pass-gold-standard-domestic-abuse-law](http://www.theguardian.com/society/2018/feb/01/scotland-set-to-pass-gold-standard-domestic-abuse-law) (22.3.2022); *Crown Office & Procurator Fiscal Service*, Domestic abuse and stalking charges in Scotland 2019 – 2020, [copfs.gov.uk](http://copfs.gov.uk) 2020, [www.copfs.gov.uk/images/Documents/Statistics/Domestic%20Abuse/Domestic%20Abuse%20and%20stalking%202019-20.pdf](http://www.copfs.gov.uk/images/Documents/Statistics/Domestic%20Abuse/Domestic%20Abuse%20and%20stalking%202019-20.pdf) (22.3.2022).

begreifen. Im ersten Jahr der Anwendung des neuen Straftatbestands in Schottland wurden 1.065 Anzeigen erstattet, das sind 3,5 % der insgesamt 30.718 Anzeigen, die nach den Zahlen der Staatsanwaltschaft als häusliche Gewalt eingestuft wurden.<sup>32</sup>

### 3.3. Conclusio

Bedingt durch die uneinheitliche Problemdefinition des Phänomens häusliche Gewalt ist auch ihre empirische Erfassbarkeit schwierig. Dies betrifft ebenfalls Daten zu Femiziden, die in den unterschiedlichen Quellen divergieren. Andere strafbare Handlungen im häuslichen Kontext werden unter breiteren Gewaltformen subsumiert und statistisch in Form von Anzeige- und Verurteilungsstatistiken ausgegeben. Die spezifisch gewalttätigen Verhaltensweisen werden dabei jedoch nur teilweise und nicht vollständig in den bestehenden Delikten des StGB abgebildet. Das Strafgesetzbuch sieht auch keine Kombination der Delikte vor, die eine Verurteilung als Straftat häuslicher Gewalt definieren ließe.

Die Qualität der Aussagekraft durch das Betretungs- und Annäherungsverbot ist unter Berücksichtigung der als gering eingestuften Anzeigebereitschaft der Betroffenen ebenso kritisch zu hinterfragen. Für eine Aussagekraft über das Dunkelfeld, welches im Kontext häuslicher Gewalt als besonders groß gilt, finden sich in Österreich ebenfalls wenig Erhebungen, die Studie der FRA<sup>33</sup> gilt es hier als Ausnahme aufzuführen.

Eine weitere Hürde in der Datenerhebung ist die ausbleibende Dokumentation des Phänomens häusliche Gewalt. Von der Anzeige bis zum Gerichtsurteil fehlt die kontinuierliche Befassung und Klassifizierung als häusliche Gewalt. Zur Anwendung des § 33 StGB finden sich keine öffentlich einsehbaren Daten. Eine Verbesserung wäre hier einerseits das quantifizierbare Erfassen des Beziehungsstatus (Opfer-Täter:innen) seitens der Polizei bei der Aufnahme der Anzeige in Zusammenhang mit den Anlassdelikten, sowie das Ausweisen des gesamten Urteils inkl der Verwendung des § 33 StGB in der gerichtlichen Kriminalstatistik. Somit ließe sich auch stringent verfolgen, wie hoch der Anteil an Anzeigen, die zu einer Verurteilung im Kontext häuslicher Gewalt führen, ist. Des Weiteren finden sich zwar viele Verhaltensweisen, die literarisch als häusliche Gewalt klassifiziert werden, in österreichischen Strafrechtsparagrafen wieder, jedoch fehlt eine Möglichkeit, diese in ihrer speziellen Kombination sowie die etwaigen dahinterliegenden Verhaltensweisen (bspw andauerndes kontrollierendes Verhalten) anzuwenden und so auch die Einzigartigkeit des Phänomens ausreichend abzubilden.

## 4. Diskussion: häusliche Gewalt im Strafrecht

Die unbestimmten und nicht vereinheitlichten Definitionen von häuslicher Gewalt führen auch zu Problemen in ihrer akademischen und fachlichen Bearbeitung. So muss zu-

---

<sup>32</sup> *Crown Office & Procurator Fiscal Service*, Domestic abuse, copfs.gov.uk 2020.

<sup>33</sup> *European Union Agency for Fundamental Rights*, Violence against women, fra.euroa.eu 2015.

nächst berücksichtigt werden, welche Datenquelle welche Form von Gewalt oder häuslicher Gewalt aufzeigt.<sup>34</sup> Die Frage der Definition von häuslicher Gewalt und von Gewalt in Intimpartner:innenschaften ist allerdings zentral für die Problemerkennung und darauffolgend für die Planung geeigneter Maßnahmen. Eine Erweiterung der polizeilichen und juristischen Datenerhebung im Hellfeld kombiniert mit der kontinuierlichen Förderung von Dunkelfelderhebungen erscheint daher als wesentlicher Schritt, um die Beziehung der Betroffenen im Kontext häuslicher Gewalt zu erfassen und auch für den internationalen Vergleich entsprechend abbilden zu können.<sup>35</sup>

Wie sich am Beispiel Schottlands zeigt, kann eine rechtlich-normative Definition das Problembewusstsein im Kontext von Gewalt in Intimpartner:innenschaften erhöhen und schafft zudem einen konkreten Handlungsauftrag für die Polizei, der mit der Einrichtung spezialisierter Einheiten einhergeht. Aus dieser Perspektive erscheint die rechtliche Problemdefinition wichtig, um das Phänomen auch statistisch zu fassen. Dies muss allerdings nicht zwingend über ein eigenes (neues) Delikt „häusliche Gewalt“ erfolgen. Bereits eine Erschwerung von miteinander verbundenen Delikten in Zusammenhang mit der Aufzeichnung einer entsprechenden Anwendung des § 33 StGB können eine Erfassung im Hellfeld ermöglichen.

Um die verschiedenen Definitionen häuslicher Gewalt zusammenzuführen, stellt sich für die rechtlich-funktionale Dimension die Frage, welchen Beitrag das Strafrecht für eine interdisziplinär-einheitliche Problemdefinition als normative Handlungsgrundlage bilden kann. Die in einer Intimpartner:innenschaft und Familie bestehenden Abhängigkeitsverhältnisse bilden eine Besonderheit in den zu bestrafenden Verhaltensweisen des StGB und schließen damit an eine grundsätzliche Diskussion an, ab wann kontrollierendes Verhalten gewalttätig ist und darauffolgend im Sinne des Officialdelikts das staatliche Eingreifen auch erforderlich macht. Derzeit ist Kontrolle nur in Zusammenhang mit der Ausübung von Delikten gegen Leib und Leben nach § 107b StGB strafbar, wovon Verhaltensweisen der psychischen Gewaltausübung nicht erfasst werden. Eine Erweiterung, um das Problem auch ohne unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt unter Strafe zu stellen, kann daher zur Diskussion gestellt werden.

Marion Johanna Neunkirchner BA MA ist Soziologin bei VICESSE (Wien) und Sozialarbeiterin im Strafvollzug; marion.neunkirchner@vicesse.eu.

Hannah Reiter PhD ist interdisziplinäre Rechtsforscherin bei VICESSE (Wien); hannah.reiter@vicesse.eu.

---

34 Siehe hierzu die Erfassung durch Gewaltprävalenzstudien, BV/AV, GKS, PKS.

35 *IMPRODOVA Consortium*, Deutsche Hochschule der Polizei Münster, Deliverable report for IMPRODOVA, Recommendations for data harmonisation and consolidation 2020, [www.improdova.eu/pdf/Improdova\\_D3.2\\_Recommendations\\_Data\\_Harmonisation\\_Consolidation.pdf?m=1591377139&c](http://www.improdova.eu/pdf/Improdova_D3.2_Recommendations_Data_Harmonisation_Consolidation.pdf?m=1591377139&c) (28.3.2022).



© Marietta Born, Anja Pospisil

# Opferschutz und Prozessbegleitung im Strafverfahren

## Prozessbegleitung bei Straftaten im sozialen Nahraum und Sexualdelikten

Barbara Steiner

---

### 1. Einleitung

Die für Opfer von Straftaten kostenfreie psychosoziale und juristische Prozessbegleitung fand mit der StPO-Novelle 2006<sup>1</sup> Eingang in die Strafprozessordnung. Seither wurden die Opferrechte erweitert und ergänzt und der Begriff „Opfer“ iSd StPO ausgedehnt. Die EU-Opferschutzrichtlinie<sup>2</sup> hat im Jahr 2012 zahlreiche Opferrechte, die in der StPO bereits enthalten waren, für alle EU-Länder zwingend geregelt, was auch in der StPO zu ergänzenden Regelungen<sup>3</sup> geführt hat.

Im Folgenden sollen die wesentlichen Grundzüge der Opferrechte und der juristischen Prozessbegleitung dargestellt werden, wobei der Schwerpunkt in der kritischen Betrachtung der praktischen Umsetzung im Strafverfahren und der mangelhaften gesetzlichen Grundlagen liegt.

### 2. Juristische Prozessbegleitung

Die Grundidee der Prozessbegleitung ist, Betroffene von Straftaten im Strafverfahren zu begleiten und zu unterstützen. Die juristische Prozessbegleitung ist die anwaltliche Vertretung der Opfer im Strafverfahren. Diese ermächtigt<sup>4</sup> die Opfer gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, die Abläufe und die Entscheidungen innerhalb eines Verfahrens zu verstehen, nachzuvollziehen und damit auch allenfalls leichter akzeptieren zu können. Die rechtliche Vertretung dient Opfern aber vor allem dazu, im Rahmen des Verfahrens ihre Rechte informierter und selbstbestimmter auszuüben und zu handeln.

Die psychosoziale Prozessbegleitung wird von anerkannten Opferschutzeinrichtungen, die vom Bundesministerium für Justiz (BMJ) dazu vertraglich beauftragt sind (§ 66b Abs 1 lit e StPO), durchgeführt und diese beauftragen eine:n Rechtsanwältin:anwalt mit der juristischen Prozessbegleitung. Die psychosozialen und juristischen Prozessbegleiter:innen arbeiten während eines

---

1 Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung 1975, das Staatsanwaltschaftsgesetz und das Tilgungsgesetz geändert werden BGBl I 2005/119.

2 RL 2012/29/EU des EP und des Rates vom 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, Abl L 315/57.

3 Mit BGBl I 2016/26 wurden die Kategorie des „besonders schutzwürdigen Opfers“ eingeführt und weitere Opferrechte konstituiert.

4 Vgl dazu *Sautner*, Opferinteressen und Strafrechtstheorien (2010) 345.

Strafprozesses sehr eng zusammen und es tritt je nach den Bedürfnissen des Opfers und/oder Verfahrensstand einmal mehr der psychosoziale oder mehr der juristische Aspekt in den Vordergrund. Wesentlich dabei ist, dass die psychosozialen Prozessbegleiter:innen die Grundzüge des Strafprozesses und die juristischen Prozessbegleiter:innen Grundkenntnisse über psychologische Aspekte (Dynamik einer Gewaltbeziehung, Trauma, Traumafolgen uvm) von Straftaten kennen sollten, um gemeinsam den Bedürfnissen des Opfers gerecht zu werden.<sup>5</sup>

Die Opferschutzeinrichtungen gewähren den Opfern die Prozessbegleitung nach Prüfung der jeweiligen Erforderlichkeit unter größtmöglicher Bedachtnahme auf ihre persönliche Betroffenheit (§ 66b Abs 1 lit e StPO)<sup>6</sup>. Diese Erforderlichkeitsprüfung ist aber meines Erachtens im Hinblick auf die bisherige behördliche Handhabung der Opferrechte durch die Strafverfolgungsbehörden und die Art der infrage kommenden Delikte, die zumeist einen massiven Eingriff in die körperliche und/oder psychische Unversehrtheit einer Person darstellen, unerheblich. Vielmehr ist die Prozessbegleitung ganz grundsätzlich erforderlich.

## 2.1. Anspruch auf Prozessbegleitung

Gemäß § 66b StPO haben bestimmte Personen, die Opfer einer Straftat wurden, Anspruch auf psychosoziale und juristische Prozessbegleitung. Dazu gehören Opfer iSd § 65 Z 1 lit a StPO, das sind Personen, die durch eine vorsätzlich begangene Straftat Gewalt oder einer gefährlichen Drohung ausgesetzt, in ihrer sexuellen Integrität und Selbstbestimmung beeinträchtigt oder deren persönliche Abhängigkeit durch eine solche Straftat ausgenutzt (damit sind insbesondere Opfer von Menschenhandel gemäß § 104a StGB gemeint) worden sein könnten, sowie nahe Angehörige von getöteten Personen (§ 65 Z 1 lit b StPO); Opfer terroristischer Straftaten, Opfer von Stalking und Hass im Netz<sup>7</sup> sowie minderjährige Zeug:innen von Straftaten im sozialen Nahraum (Gewalt in der Familie, Gewalt an Kindern). Letzteren kommen jedoch, weil sie nur Zeug:innen einer Straftat waren, ausdrücklich keine weiteren Opferrechte zu.

Die Prozessbegleitung für minderjährige Opfer muss von einem obsorgeberechtigten Elternteil oder einer anderen Person bzw Institution, die zumindest die Pflege und Erziehung<sup>8</sup> innehat, beauftragt werden. Das betrifft auch mündige Minderjährige, die zwar zivilrechtlich eingeschränkt prozessfähig sind,<sup>9</sup> denen aber die selbstständige Beauftragung einer kostenfreien Unterstützung im Strafverfahren nicht zugestanden wird, obwohl das Strafverfahren (jedenfalls in der relevanten ersten Instanz) mit keinerlei Kostenrisiko verbunden ist.

---

5 Für die psychosoziale Prozessbegleitung bietet das BMJ Ausbildungslehrgänge an. Für die juristische Prozessbegleitung gibt es eine Fortbildungsveranstaltung zum Thema psychosoziale Prozessbegleitung bei der Anwaltsakademie. Eine Fort- oder Weiterbildung zu den rechtlichen Aspekten der Prozessbegleitung und anderen rechtlichen Fragen des Opferschutzes gibt es leider nicht.

6 Unmündige Opfer von Sexualdelikten haben jedenfalls Anspruch auf Prozessbegleitung.

7 Cyberstalking, unbefugte Bildaufnahmen; Verhetzung, üble Nachrede, Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung, Beleidigung und Verleumdung, wenn diese Straftaten in sozialen Medien/Internet begangen wurden und bei diversen Delikten nach dem MedienG zum Schutz von Persönlichkeitsrechten, vgl dazu BGBl I 2020/148.

8 Die Geltendmachung eines Privatbeteiligtenanspruchs für Minderjährige ist nur mit der Beauftragung durch eine obsorgeberechtigte Person/Institution zulässig.

9 *Nadenleinsky* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> Ia §§ 170, 171 Rz 18.

Die für Opfer kostenfreie Prozessbegleitung ist auf das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung (Einstellung, Urteil) begrenzt.<sup>10</sup> Das wird den Opferbedürfnissen in vielen Fällen jedoch nicht gerecht, weil die Opfer ein Interesse daran haben, das schriftliche Urteil zu erhalten und dieses von den Gerichten (erst auf Antrag) später zugestellt wird. Überdies sind die Opfer zumeist aufgrund der psychischen Belastung oder der faktischen Bewältigung der Tatfolgen (Umzug, behördliche Wege, familienrechtliche Verfahren uvm), aber auch aus alltäglichen Gründen, wie gesundheitlicher Beeinträchtigung, Arbeit oder Kinderbetreuung, nicht in der geforderten Geschwindigkeit in der Lage, nach einer Verfahrensbeendigung die psychosozialen und juristischen Konsequenzen in ihrem ganzen Ausmaß zu erfassen.

## 2.2. Informationsrechte der Opfer

Eine zentrale Aufgabe der juristischen Prozessbegleitung ist es, Opfern den allgemeinen und konkreten Inhalt und Ablauf des Strafverfahrens verständlich zu machen, ihre damit verbundenen Rechte und Pflichten zu erklären und im Verfahren durchzusetzen. „Besonders schutzwürdige“ Opfer (§ 66a StPO), das sind insbesondere Opfer von Sexualdelikten und von häuslicher Gewalt sowie minderjährige Opfer, haben in Anerkennung ihrer besonderen psychischen Belastung weitergehende Verfahrensrechte.

Für die Opfer sind die Informationen und Belehrungen, die sie von den Strafverfolgungsbehörden erhalten, aufgrund der juristischen Sprache und ihres Formalismus oft unverständlich, und daher kaum nachvollziehbar. Damit wird für Opfer eine unüberwindbare Hürde geschaffen, ihre Rechte im Strafprozess in Anspruch zu nehmen. Selbst für erfahrene Rechtsanwält:innen ist dies (trotz oder auch gerade wegen Kenntnis des Akteninhaltes) des Öfteren eine Herausforderung.

In der Praxis ist das Strafverfahren davon geprägt, dass Opferrechte im Wesentlichen nur dann gewährt werden, wenn diese aktiv eingefordert werden. Im Zuge ihrer ersten Einvernahme bei der Polizei, die für viele der erste Kontakt mit der (Kriminal-)Polizei ist, wird den Opfern die mehrere Seiten umfassende Belehrung über Opferrechte vorgelegt (und allenfalls mündlich in ihre Muttersprache übersetzt).<sup>11</sup> In dieser heiklen Situation der ersten Aussage über erlebte Gewalt, die zumeist unmittelbar auf eine Straftat folgt und mit einer enormen psychischen Belastung verbunden ist, sind Opfer kaum in der Lage all diese Informationen zu erfassen. Obwohl die Strafverfolgungsbehörden in jedem Stadium des Verfahrens (Polizei, Staatsanwaltschaft, Gericht) verpflichtet sind, Opfer über ihre Rechte und damit auch über die Möglichkeit der Prozessbegleitung zu informieren (§ 70 StPO), findet das nicht oder in einer inadäquaten Form statt, die die Opfer letztlich nicht erreicht. Die unzulängliche und unzugängliche Information führt dazu, dass dem Recht der Opfer, zu *verstehen und verstanden zu werden*,<sup>12</sup> und damit dem Gebot des Opferschutzes nicht entsprochen wird.

---

10 Die Abrechnungsmodalitäten finden sich im „Handbuch Prozessbegleitung“ des BMJ.

11 § 70 StPO; gem § 66 Abs 1 Z 1a StPO haben Opfer das Recht auf Ausfolgung einer Anzeigenbestätigung, nicht aber auf Ausfolgung ihres Vernehmungsprotokolls, das die umfassende Opferbelehrung enthält.

12 Art 3 RL 2012/29/EU.

Wesentlich besser funktioniert die Informationsweitergabe im Bereich häuslicher Gewalt aufgrund § 38a SPG.<sup>13</sup> Wird von der Polizei ein Betretungs- und Annäherungsverbot gegenüber einem:r Gefährder:in ausgesprochen, so sind die Gewaltschutzzentren bzw die Interventionsstelle Wien gegen Gewalt in der Familie davon zu verständigen. Diese treten dann proaktiv mit den Opfern in Kontakt, was eine umfassende Betreuung und Information über das Strafverfahren und die Prozessbegleitung gewährleistet.

Dem Informationsmangel könnte mit einfachen Mitteln begegnet werden, indem Opfern die verständlich formulierte Information über ihre Rechte schriftlich und jedenfalls auch in ihrer Muttersprache<sup>14</sup> übergeben würde, sodass sie diese in Ruhe und wiederholt lesen können. Hier sei auch darauf verwiesen, dass Opfer während des gesamten Strafverfahrens gem § 66 Abs 3 StPO das Recht haben, wesentliche Aktenteile in ihre Muttersprache übersetzt zu erhalten. Dies wird jedoch von den Behörden in der Praxis meist schlicht ignoriert bzw nur auf ausdrückliches Verlangen geleistet, selbst wenn es offensichtlich ist, dass ein Opfer die deutsche Sprache nicht oder nicht ausreichend versteht.

Ein weiteres wichtiges Element des Informationsrechts ist das Recht auf Akteneinsicht, das als Grundlage dafür dient, Entscheidungen und Ermittlungsschritte seitens der Strafverfolgungsbehörden zu erkennen und nachzuvollziehen. Auf Basis dieser Informationen kann das Opfer – allerdings nur, wenn es sich dem Strafverfahren mit einer Schadenersatzforderung als Privatbeteiligte:r angeschlossen hat (§ 67 StPO) – ergänzende Beweisanträge stellen, damit weitere Zeug:innen einvernommen oder andere Beweismittel (Daten, Bilder, Videos, Krankengeschichten) beigebracht oder sichergestellt werden.

### 2.3. Verfahrenseinstellung

Im Erlass des BMJ betreffend die Richtlinien zur Strafverfolgung bei Delikten im sozialen Nahraum<sup>15</sup> wird auf die im GREVIO<sup>16</sup>-Evaluierungsbericht<sup>17</sup> „besorgniserregende Tendenz der relativ strengen Beurteilung der Verurteilungswahrscheinlichkeit der Staatsanwaltschaft und eine daraus resultierende Verminderung der Anzahl an eröffneten Gerichtsverfahren“ verwiesen, was „Fragen bezüglich der Rolle der Staatsanwaltschaften hinsichtlich der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht nach Art 5 Abs 2 der Istanbul-Konvention“ aufwerfe. Die Verfahrensführung der Staatsanwaltschaft bei Gewalt im sozialen Nahraum ist vor allem dadurch gekennzeichnet, dass sie zu wenig aus Eigenem ermittelt und damit den Opfern eine Bring-

---

13 Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz – SPG) BGBl 1991/566 idF BGBl I 2021/148.

14 Dazu gehört etwa auch die leichte Sprache, vgl UN-Behindertenkonvention.

15 Erlass des BMJ v 30.8.2021 (BMJ-2021-0.538.674).

16 Council of Europe's Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence; eine unabhängige Expertengruppe, welche für die Überwachung der Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) durch die Vertragsparteien verantwortlich ist.

17 GREVIO, GREVIO's (Basis-)Evaluierungsbericht über gesetzliche und weitere Maßnahmen zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention), [www.coordination-vaw.gv.at/wp-content/uploads/2018/06/GREVIO\\_Basis-Evaluierungsbericht\\_%C3%96sterreichde.pdf](http://www.coordination-vaw.gv.at/wp-content/uploads/2018/06/GREVIO_Basis-Evaluierungsbericht_%C3%96sterreichde.pdf) (1.4.2022).

schuld für Beweismittel auferlegt. Aber nicht nur die mangelnde Ermittlungstätigkeit, sondern auch das fehlende (Fach-)Wissen und mangelnde Verständnis über emotionale, soziale und wirtschaftliche Abhängigkeiten oder Gewaltbeziehungen und psychologische Grundlagen für Opfer- und Täter:innenverhalten sind dafür wesentliche Ursachen.

Nach einer Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 190 StPO besteht für das Opfer das Recht bei der Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Begründung der Einstellung (§ 194 Abs 2 StPO) und einen Antrag auf Fortführung des Verfahrens (§ 195 StPO) einzubringen, wenn die rechtliche Beurteilung unrichtig ist, vorhandene Beweismittel nicht gewürdigt wurden oder neue Beweismittel vorhanden sind. Die Einstellung aus Beweisgründen ist jedoch kaum bekämpfbar, weil diese lediglich einer Missbrauchskontrolle unterliegt.<sup>18</sup>

## 2.4. Privatbeteiligung

Wenn Opfer im Strafverfahren Schmerzensgeld- oder Schadenersatzansprüche geltend machen wollen, können sie sich dem Verfahren als Privatbeteiligte anschließen. Im Bereich der Delikte wegen Körperverletzung und bei Sexualdelikten sieht das StGB unterschiedliche Formen der Deliktsqualifikationen mit erhöhten Strafrahmen vor. Bei einer Qualifikation wegen schwerer Folgen (schwere Körperverletzungen oder eine 24 Tage übersteigende Gesundheitsbeeinträchtigung) wird seitens der Staatsanwaltschaft (mitunter auch nach Anklageerhebung seitens der Gerichte) ein Sachverständigengutachten zu den psychischen und/oder physischen Folgen des Opfers eingeholt.<sup>19</sup>

Die Prüfung des Vorliegens einer solchen Qualifikation ist wesentlich dafür, dass die Straftat rechtlich richtig angeklagt und das richtige, dafür zuständige Gericht darüber urteilt. Gemäß § 67 Abs 1 StPO sind bei der Einholung eines Gutachtens über Körperverletzungen oder andere Gesundheitsbeeinträchtigungen auch zwingend die Schmerzperioden, also die Dauer und Schwere der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Opfers, festzustellen. Diese dienen dann als Grundlage für die Berechnung des geltend zu machenden Schmerzensgeldes.<sup>20</sup>

Bei jenen Delikten aber, die keine entsprechende Qualifikation vorsehen (zB § 104a StGB Menschenhandel, § 107b StGB Stalking, § 107c StGB Cyberstalking, § 212 StGB Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses ua) gelingt es nicht, ein angemessenes Schmerzensgeld zugesprochen zu bekommen, weil sich die Gerichte dann darauf zurückziehen, dass eine Beurteilung des Schmerzensgeldes ohne Gutachten und nicht ohne weiteren Aufwand möglich ist.<sup>21</sup> Die fehlende Möglichkeit, die schweren Folgen bei derartigen Delikten, die eine massive psychische Beeinträchtigung zur Folge haben können, festzustellen, wird aber in vielen Fällen den Opferinteressen nicht gerecht.

18 Zuletzt OGH 25.2.2020, 14 Os 5/20x: Eine nach objektiven Kriterien und der allgemeinen Lebenserfahrung unvertretbare Lösung der Beweisfrage (§ 195 Abs 1 Z 2 StPO) darf das Gericht wiederum nur annehmen, wenn der Einstellungsentscheidung unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Einstellungsgründe eine unerträgliche Fehlentscheidung bei der Beweiswürdigung in Betreff entscheidender Tatsachen zu Grunde liegt.

19 Wesentlich ist, dass es für eine derartige medizinische Begutachtung das Einverständnis des Opfers bedarf.

20 Derzeit stehen zB nach der Rechtssprechung des OLG Wien pro geraffte 24 Stunden EUR 110,- für leichte, EUR 220,- für mittlere und EUR 330,- für schwere Schmerzen zu.

21 Aufgrund des Kostenaufwandes und Kostenrisikos, vor allem aber aufgrund der weiter andauernden psychischen Belastung, machen nur sehr wenige Opfer im Anschluss an ein Strafverfahren ihre Ansprüche in einem Zivilverfahren geltend.

Eine weitere Schmälerung der Opferrechte besteht darin, dass die Rechtsmittellegitimation betreffend den Privatbeteiligtenanspruch beschränkt ist. Im bezirksgerichtlichen und Einzelrichter:innenverfahren (Landesgericht) besteht eine Berufungsmöglichkeit (§§ 283, 366 Abs 3 und 465 Abs 3 StPO), wenn der geltend gemachte Privatbeteiligtenanspruch zur Gänze oder zum Teil nicht zugesprochen und auf den Zivilrechtsweg verwiesen wird. Im Schöff- und Geschworenenverfahren besteht das Berufungsrecht nur, wenn der Privatbeteiligtenanspruch zur Gänze auf den Zivilrechtsweg verwiesen wird. Erfolgt ein Teilzuspruch, wird eine entsprechende Berufung vom Oberlandesgericht wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen. Diese Rechtsansicht argumentiert, dass eine Berufung gemäß § 366 Abs 3 StPO nur dann zulässig sei, wenn das Erstgericht seiner Entscheidungspflicht über die privatrechtlichen Ansprüche nicht nachgekommen ist, was nur den gesamten, nicht aber einen Teil des Privatbeteiligtenanspruchs betreffen könne.<sup>22</sup> Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, weil die Entscheidungspflicht auch dann verletzt ist, wenn das Erstgericht eine unrichtige rechtliche Beurteilung oder eine unrichtige Beweiswürdigung vorgenommen hat. Darüber hinaus steht dieser Meinung auch der Grundtenor der StPO, wonach im Rahmen des Strafverfahrens die Opferinteressen auf Wiedergutmachung zu berücksichtigen sind (§ 10 StPO), entgegen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesetzgebung eine Beschränkung der Opferrechte gerade in Fällen von schweren Straftaten bezwecken sollte. Diese Auslegung ist daher meines Erachtens nicht nur gesetzwidrig, sondern aufgrund der unsachlichen Ungleichbehandlung von Opfern sogar verfassungswidrig.

## 2.5. Hauptverhandlung

Der:die juristische Prozessbegleiter:in ist während der gesamten Hauptverhandlung in Vertretung des Opfers anwesend und nimmt dessen Rechte wahr (Fragerecht an Angeklagte, andere Zeug:innen, Sachverständige ua, Stellen von Beweisanträgen als Privatbeteiligte:r). Grundsätzlich hätte zwar ein Opfer das Recht, an der Hauptverhandlung teilzunehmen, de facto ist das aber erst nach der eigenen Einvernahme als Zeug:in möglich.

Wurde das Opfer im Ermittlungsverfahren kontradiktorisch (§ 165 StPO), also mittels Ton- und Bildaufnahme abgesondert von dem:der Beschuldigten, bereits einvernommen, so wird in der Hauptverhandlung diese Aufnahme<sup>23</sup> vorgespielt. Da die Opfer aufgrund dessen in der Hauptverhandlung nicht mehr aussagen müssen, sind sie in einem solchen Fall bei dieser aus eigenem Wunsch meist überhaupt nicht anwesend. Findet die Einvernahme des Opfers direkt in der Hauptverhandlung statt, so hat es das Recht, entweder schonend (in einem anderen Raum mit Videoübertragung) oder in Abwesenheit des:der Angeklagten (§ 250 Abs 1 und 3 StPO) einvernommen zu werden. Nach stRsp des OGH ist dies immer dann zulässig, wenn die Abwesenheit des:der Angeklagten im Interesse der Wahrheitsfindung zur Erzielung unbefangener Aussagen erforderlich erscheint.<sup>24</sup> Bei minderjährigen Opfern von Sexualdelikten ist dies zwingend, bei besonders schutzwürdigen Opfern auf Antrag zu gewähren.

---

22 Spentling, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2018) § 366 Rz 20.

23 § 165 Abs 5a StPO in Kraft seit 1.6.2016: Die Ton- und Bildaufnahmen einer kontradiktorischen Einvernahme eines Opfers eines Sexualdelikts wird keiner:m Verfahrensbeteiligten mehr in Kopie ausgefolgt, sondern kann nur in den Räumlichkeiten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes angesehen werden.

24 OGH 26.7.2005, 11 Os 54/05h.

Darüber hinaus können Opfer bei der Erörterung des persönlichen Lebensbereiches (§ 229 Abs 1 Z 2 StPO), also insbesondere während ihrer Aussage (oder dem Abspielen der Aufnahme der kontradiktorischen Einvernahme) betreffend Sexualstraftaten oder ihr Privat- und Intimleben, den Ausschluss der Öffentlichkeit verlangen.

Diese Rechte werden in der Praxis bei volljährigen Opfern zumeist nur gewährt, wenn dies ausdrücklich beantragt wird, weshalb Opfer ohne Prozessbegleitung trotz bestehender Belegungspflicht durch die Gerichte meist nicht ausreichend über diese Ansprüche informiert sind. Diese Rechte dienen jedoch nicht nur dem Schutz der Opfer vor weiterer psychischer Belastung oder Retraumatisierung wegen der wiederholten Befragung zu belastenden Straftaten, sondern erfüllen auch den Zweck der Wahrheitsforschung<sup>25</sup> im Strafverfahren. Die geringere psychische Belastung ermöglicht nämlich eine qualitativ bessere Aussage des Opfers.

### 3. Fazit

Obwohl die StPO seit rund 16 Jahren wesentliche Opferrechte festschreibt und die Prozessbegleitung etabliert wurde, ist diese in der Bevölkerung nach wie vor kaum bekannt. Nur rund 10 % der Opfer nehmen Prozessbegleitung in Anspruch. Dies ergibt sich aus Fallstudien,<sup>26</sup> aber auch aus einer Gegenüberstellung des Tätigkeitsberichts Prozessbegleitung des BMJ<sup>27</sup> und der Kriminalstatistik.<sup>28</sup>

Selbst die Strafverfolgungsbehörden anerkennen die Prozessbegleitung bis heute nur zögerlich, weshalb die Informationen dazu auch nicht im notwendigen Ausmaß an Opfer weitergegeben werden. Ein Grund dafür ist, dass die Prozessbegleitung weder öffentlich noch behördenintern ausreichend vermittelt wird. Dabei geht es nicht nur darum, über die Existenz der Prozessbegleitung zu informieren. Es sollte vor allem klargestellt werden, dass die Prozessbegleitung nicht nur eine sinnvolle und notwendige Unterstützung für Opfer darstellt, sondern auch für die Strafbehörden eine erhebliche Entlastung bringt und letztlich der Wahrheitsfindung im Strafverfahren dient. Das fehlende Wissen fördert die mangelnde Akzeptanz. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen guten Opferschutz sind – mit den aufgezeigten Ausnahmen und Schwierigkeiten in der Praxis – mit den geltenden Regelungen in der StPO grundsätzlich vorhanden, allerdings mangelt es nach wie vor an deren Umsetzung durch die Strafverfolgungsbehörden.

Mag.<sup>a</sup> Barbara Steiner, MPh, ist seit 2008 als Rechtsanwältin in Wien tätig; office@steiner-rechtsanwaeltin.at

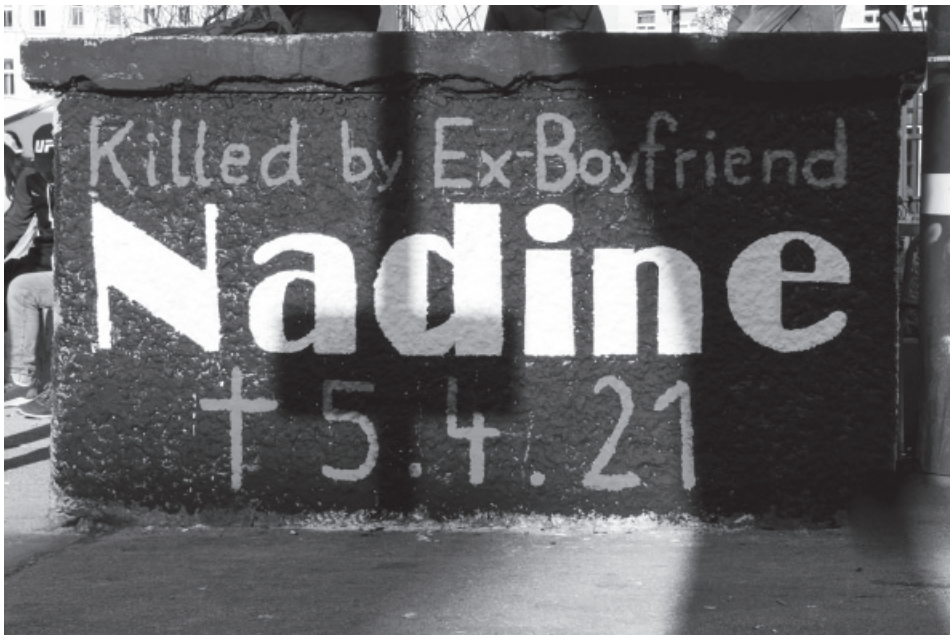
---

25 Kirchbacher, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2021) § 250 Rz 4; Sautner, Opferrechte im Strafprozess in Österreich, in Sautner/Jesionek, Opferrechte in europäischer, rechtsvergleichender und österreichischer Perspektive (2017) 85 (100).

26 HallerlAmesberger, Opfer von Partnergewalt in Kontakt mit Polizei und Justiz (2019) 90.

27 BMJ, Tätigkeitsbericht Prozessbegleitung 2011–2019, [www.justiz.gv.at/file/2c94848535a081cf0135bdec5753010a.de.0/PB\\_T%C3%A4tigkeitsbericht\\_2011-2019.pdf?forcedownload=true](http://www.justiz.gv.at/file/2c94848535a081cf0135bdec5753010a.de.0/PB_T%C3%A4tigkeitsbericht_2011-2019.pdf?forcedownload=true) (1.4.2022).

28 BKA, Kriminalstatistik 2019, [https://bundeskriminalamt.at/501/files/Broschuere\\_PKS\\_2019.pdf](https://bundeskriminalamt.at/501/files/Broschuere_PKS_2019.pdf) (1.4.2022).



Gedenkwand für Nadine am Yppenplatz, 1160 Wien

© Marietta Born, Anja Pospisil

# Im Schatten der Hochrisikofälle

Zum Verhältnis von Risikoeinschätzungsinstrumenten und den Grenzen der Interventionen bei häuslicher Gewalt

Paul Luca Herbinger

---

## 1. Die Engführung von Interventionen bei häuslicher Gewalt

Wenigen Themen gelang es, sich in der medialen Berichterstattung der COVID-Jahre 2020 und 2021 neben epidemiologischen Entwicklungen und Krisenmanagement zu behaupten. Zu Beginn der Pandemie im globalen Norden fand dennoch – entlang der Befürchtung einer drohenden *Schattenpandemie* (UN Women, 2020) – eine vermehrte Thematisierung von häuslicher Gewalt und Gewalt gegen Frauen<sup>1</sup> vorübergehend erhebliches Gehör. Im Kontext flächendeckender Ausgangssperren und häuslicher Quarantänen gelang es kurzzeitig, ein bekanntes und anhaltendes Problem in neuartigen Zusammenhängen für die Öffentlichkeit interessant zu machen. Bedauerlicherweise nahm der Verlauf dieses Interesses schnell wieder vertraute Bahnen an und die weitere Thematisierung verdichtete sich in Österreich um 31 Tage im Jahr 2020 und 29 Tage 2021 – stets an den Folgetagen eines Femizids.<sup>2</sup> Die Verdichtung einer medialen Aufmerksamkeit zu Schlagzeilen an eben diesen Tagen erklärt sich aus der Logik der Branche selbst: Medienvertreter\*innen machen aus einem Problem „eine Ware, ein spektakuläres Schauspiel für tatsächlich Uninteressierte [...] und [tun] damit, was man mit Waren so tut: sie möglichst profitabel verkaufen.“ (Steinert & Pilgram, 1980, 156). Abseits tragischer Fälle, in denen

- 
- 1 Die entfachte Debatte um häusliche Gewalt in der Pandemie als „Schattenpandemie“ bezog sich hauptsächlich auf Gewalt gegen Frauen, die von Männern ausging und innerhalb intimer Partner\*innenschaften stattfand. Vielfach wurde in diesem Zusammenhang auch Gewalt gegen Kinder problematisiert, wobei solche Gewalt jedoch eigene Dynamiken umfasst und einer gesonderten Behandlung bedarf. Auch im vorliegenden Text wird mit dem Begriff „häusliche Gewalt“, Gewalt (hauptsächlich) gegen Frauen innerhalb intimer Partner\*innenschaften bezeichnet, die überwiegend von männlichen Partnern ausgeübt wird. Zentral dabei ist zudem ein komplexes Verständnis des Gewaltbegriffs, welches sich an der englisch-sprachigen Debatte um „Domestic Abuse“ orientiert. Gemeint ist intime Partner\*innengewalt, die neben physischer auch nicht-physische Gewaltformen umfasst und bei der Dynamiken von Zwang und Kontrolle eine zentrale Rolle spielen. Solche Gewalt wird gekennzeichnet durch die strategische Nutzung von physischer Gewalt, Drohungen, Einschüchterung, Stalking, Zerstörung von persönlichem Besitz, psychischem Missbrauch, ökonomischer Unterdrückung und Freiheitsentzug mit dem letztendlichen Ziel einer kumulativen Unterwerfung anderer (vgl. *Burman & Brooks-Hay*, 2018, 68).
  - 2 Obwohl auch der Begriff des „Femizids“ einer differenzierten Bestimmung bedarf (siehe in diesem Heft etwa „Femizide – Begriff, Konzept und österreichischer Verwendungskontext“ (Haider, 2022) und „Femizid? Ein Plädoyer für eine zielorientierte Begriffsdefinition“ (Beclin, 2022)), wird im vorliegenden Text damit ausschließlich auf Fälle verwiesen, die in einer öffentlichen Debatte oder im Zuge staatlich organisierter Bearbeitungen als solche bestimmt wurden. In diesen Zusammenhängen wird überwiegend die vorsätzliche Tötung einer Frau durch einen Mann gemeint, wobei insb die öffentliche Debatte eine deutliche Unschärfe in der Verwendung des Begriffs aufweist.

eine Gewaltbeziehung zum Tod einer Frau führt – und damit aus Etwas was meistens als „alltägliches oder privates Problem“ wenig öffentliche Beachtung findet, ein Spektakel gemacht werden kann – fällt das Thema anhaltender häuslicher Gewalt meist einer kollektiven Aufmerksamkeitsökonomie zum Opfer.

Eine solche Fokussierung auf Femizide und sogenannte *Hochrisikofälle* beschränkt sich jedoch keineswegs auf mediale Berichterstattung, sondern kann analog dazu in weiten Zügen auch in den staatlich organisierten Interventionen in Fällen häuslicher Gewalt und Gewalt gegen Frauen beobachtet werden. Und obwohl die Zielsetzung, Femizide zu verhindern, sowie die Privilegierung „hochriskanter“ Fälle fraglos nach dem Schutz akut gefährdeter Personen orientiert sind, sind sie zugleich auch Ausdruck der Grenzen verfügbarer Hilfestellungen für gewaltbetroffene Personen. Häufig lässt sich hinter der Engführung von Interventionen etwa eine strategische Lenkung knapper (und verknappter) Ressourcen der intervenierenden Institutionen erkennen, wobei sich der Fokus auf besonders gefährdete Personen zugleich als Beschneidung des Zugangs zu Hilfsangeboten für andere entpuppt. Darüber hinaus ist der Status als „hochriskanter“ Fall kaum eine absolut bestimmbare Kategorie. Ihre Bestimmung und Begrenzung ist eine höchst technische und abstrakte Angelegenheit – insb wenn dadurch der Zugang zu öffentlichen Ressourcen oder Formen der strafrechtlichen Bearbeitung geregelt werden. Das Etikett „Hochrisiko“ ist somit immer Quelle und Produkt von Zuschreibungstechniken, die einer eigenen Rationalität folgen und notgedrungen immer Übereinstimmungsprobleme gegenüber den gelebten Gewalterfahrungen produzieren (vgl *Herbinger & Reidinger, 2022*).

## 2. Die Phantasie der Prognostik und ihre sekundären Funktionen

Der zunehmende Fokus staatlicher Interventionen auf „Hochrisikofälle“, mit dem Ziel die Anzahl an Femiziden zu verringern, materialisiert sich ua gegenwärtig in einer ubiquitären Anwendung sogenannter *Risikoeinschätzungstools* (vgl *Ariza et al, 2016; Robinson et al, 2016*). Solche Instrumente nutzen Wissen über strukturelle Dynamiken von Gewaltbeziehungen sowie statistisch aussagekräftige Verhaltensindikatoren, um eine zur Zahl verdichtete Gewalttätigkeit und der Wahrscheinlichkeit, dieser weiter zum Opfer zu fallen, zu diagnostizieren (ebd). Die intendierte Funktion von Risikoeinschätzungsinstrumenten bewegt sich dezidiert entlang einer Phantasie der Prognostik und dem Ziel der besseren Bereitstellung von Hilfeleistungen für die hilfsbedürftigsten Opfer von Gewalt. Es wird eine Rationalität verfolgt, bei der „Hochrisikofälle“ eigene Interventionsformen bedürfen, die sich von Hilfestellungen für weniger riskante Fälle unterscheiden (vgl *Howarth & Robinson, 2016, 43*). Die Anwendung dieser Instrumente soll die Identifikation von Fällen ermöglichen, in denen Personen der höchsten Wahrscheinlichkeit unterliegen, zukünftige Gewalt zu erfahren, schwere Verletzungen zu erleiden, oder Gefahr laufen ihr Leben zu verlieren (ebd). Neben der Prognostik sowie der Identifikation und des Managements unmittelbarer Schäden und Risiken (vgl *Ariza et al, 2016, 343–346*)

werden aber auch sekundäre Effekte solcher Etikettierung (vgl. *Steinert*, 1985) genutzt. Etwa soll die Etikettierung als Hochrisikofall dazu führen, dass Personen sich bereitwilliger an vorbeugenden und schützenden Maßnahmen beteiligen (vgl. *Howarth & Robinson*, 2016, 43). Oder aber die Reihung von Fällen entlang eines prognostizierten Risikos soll intervenierenden Institutionen das Management von Nachfrage ermöglichen.

Was bei einer Untersuchung der praktischen Arbeit intervenierender Institutionen hervorsteicht, ist, dass diese sekundären Effekte einer Risikozuschreibung erstens häufig den tatsächlich vorrangigen Nutzen der Anwendung von Risikoeinschätzungsinstrumenten (anstelle der Prognostik) darstellen, zweitens sich der praktische Nutzen dieser sekundären Funktionen zwischen den einzelnen Institutionen signifikant unterscheidet und dass drittens die der Prognostik entfremdete Anwendung von Risikoeinschätzungsinstrumenten regelmäßig entlang der Grenzen (etwa finanzielle, organisatorische, oder Kompetenzgrenzen) der jeweiligen Handlungsrepertoires der intervenierenden Apparate verläuft. Dabei ist der Einsatz dieser Tools bereits sehr aussagekräftig für die öffentliche Interventionslandschaft als Ganzes. Ihm wohnt mitunter das Begehren inne, anhand eines begrenzenden und duplizierbaren Fragenkatalogs (vgl. *Aas*, 2004), heute ein Wissen über den zukünftigen Verlauf einer Gewaltbeziehung erlangen zu können, um so die bedürftigsten Fälle für begrenzte öffentliche Hilfestellungen zu identifizieren und für solche Interventionen vorzubereiten. Innerhalb der täglichen Arbeit der einzelnen Institutionen zeigen sich anhand der spezifischen Nutzung sekundärer Funktionen von Risikoeinschätzungsinstrumenten weitere, jeweils spezifische Grenzen.

Im Zuge des zwischen 2019 und 2021 in acht europäischen Mitgliedsstaaten durchgeführten Forschungsprojekts IMPRODOVA<sup>3</sup> gelang es, 296 qualitative Interviews (45 davon in Österreich) mit „Ersteinschreiter\*innen“<sup>4</sup> bei Fällen häuslicher Gewalt zu führen. Auf dieser Grundlage wurde in jedem nationalen Kontext das Netzwerk intervenierender Institutionen rekonstruiert sowie deren jeweilige Interventionsformen, die Modi der intersektoralen Kooperation und der Einsatz und Nutzen von Risikoeinschätzungsinstrumenten untersucht (*Lobnikar et al*, 2021). Im Folgenden soll der Einsatz von Risikoeinschätzungsinstrumenten in drei Sektoren der österreichischen Interventionslandschaft beschrieben werden, um so die sichtbar werdenden Grenzen der jeweiligen Interventionen offen zu legen.

### 3. Der sektorspezifische Einsatz von Risikoeinschätzungsinstrumenten

Aus der Perspektive der Betroffenen umfassen staatlich organisierte Bearbeitungen von häuslicher Gewalt in Österreich Interventionen durch die Polizei, durch den medizinischen Sektor (von der Hausärzt\*in bis zum Landeskrankenhaus), sowie an prominentester Stel-

3 IMPRODOVA – Improving Frontline Responses to High Impact Domestic Violence – EU Horizon 2020 – Grant Agreement No 787054.

4 Als „Ersteinschreiter\*innen“ untersuchte das Projekt IMPRODOVA spezialisierte und nicht-spezialisierte Polizeibeamt\*innen, medizinisches- und Pflegepersonal in Krankenhäusern, sowie Mitarbeiter\*innen diverser Opferschutzeinrichtungen.

le, durch die Institutionen des „sozialen Sektors“ (und darin insb Opferschutzeinrichtungen) (vgl *Herbinger et al*, 2021). Und obwohl sich jeder dieser Apparate in divergierendem Ausmaß der Intervention in Fällen von häuslicher Gewalt verpflichtet fühlt, offenbaren sich bei näherer Betrachtung der Bearbeitungsprozesse erstaunliche Differenzen in der Logik und der Praxis der jeweiligen Interventionen. Ähnlich divergent ist dabei der jeweilige Einsatz von Risikoeinschätzungsinstrumenten durch Institutionen innerhalb der genannten drei Sektoren, sowie die spezifischen Grenzen ihrer Interventionen.

### 3.1 Polizei

Die polizeiliche Intervention in Fällen häuslicher Gewalt ist zutiefst geprägt durch die Spezifik des Einblicks, den Polizeibeamt\*innen in eine fortlaufende Gewaltbeziehung haben, sowie dem Werkzeug, mit dem sie ausgestattet sind, um zu intervenieren. Beim Falleinblick der Polizei handelt es sich üblicherweise um eine Momentaufnahme zu einem spezifischen Zeitpunkt. Während Gewaltbeziehungen sehr komplexe, langanhaltende und variable Verläufe annehmen, wird die Polizei in der Regel zu konfliktären und gewaltsamen Höhepunkten hinzugerufen. Dadurch präsentiert sich den Polizeibeamt\*innen ein sehr begrenzter Ausschnitt einer viel komplexeren Gewaltbeziehung, welcher meist aus den Dynamiken während (oder unmittelbar nach) einer Eskalation besteht. Die Aufgabe der Polizei besteht in diesen Momenten darin, unmittelbare Gewalt zu unterbrechen oder abzuwenden, die Konfliktparteien zu trennen und zu befragen, eine Analyse der gegenwärtigen oder unmittelbar bevorstehenden Gefährdung von Leib und Leben durchzuführen, ihre Analyse und die geplanten Maßnahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen und sich dann für oder gegen die Aussprache eines Betretungs- und Annäherungsverbots zu entscheiden. In den Fällen, in denen ein solches Verbot ausgesprochen wird, ist die Polizei gem § 38a Abs 5 Sicherheitspolizeigesetz (SPG)<sup>5</sup> dazu verpflichtet, dessen Einhaltung binnen dreier Tage bei einem erneuten Besuch zu überprüfen.

Zentral dabei ist, dass, obwohl jede\*r Polizeibeamt\*in im Zuge der Ausbildung eine inhaltliche Einführung zum Thema Gewalt im sozialen Nahraum und insb den Verfahrensanforderungen nach § 38a SPG erhält, idR wenig spezialisierte Polizist\*innen vor Ort eintreffen. Insbesondere interviewte Polizist\*innen im ländlichen Raum gaben an, im Durchschnitt nur alle eineinhalb Jahre ein Betretungs- und Annäherungsverbot auszusprechen. Zudem wird die Bearbeitung eines Falles – etwa die Aussprache und nachträgliche Kontrolle eines Betretungs- und Annäherungsverbot – von einer Reihe unterschiedlicher Polizist\*innen durchgeführt. Dies bringt eine Reihe negativer Konsequenzen mit sich: Polizeibeamt\*innen sind angesichts der Begrenztheit des Einblicks und der arbeitsteiligen Vorgangsweise kaum in der Lage, Erfahrungen und Expertise zu dem Phänomen häuslicher Gewalt zu entwickeln oder eine besondere Vertrautheit mit einem spe-

---

5 Sicherheitspolizeigesetz – SPG, BGBl 1991/566 idF BGBl I 2022/50.

zifischen Fall aufzubauen. Zentrale Aspekte für die Entwicklung von Gewaltbeziehungen, wie etwa kontrollierendes Verhalten und die Ausübung von Zwang (vgl. *Stark & Hester*, 2019), symbolische und finanzielle Unterdrückung, psychische Gewalt, oder die Unterscheidung unterschiedlicher Typen von intimer Partner\*innengewalt (vgl. *Kelly & Johnson*, 2008), bleiben den Polizeibeamt\*innen meist verborgen. Zumeist beschränkt sich der polizeiliche Einblick auf Zeichen physischer Gewalt, (einmalige) Aussagen der Konfliktparteien, sowie die Vorstrafen der involvierten Personen. Ihre Interventionsmöglichkeiten sind dabei ähnlich beschränkt und ihre Handlungsfähigkeit aufgrund der Annahme, dass ein „Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit“ iSd § 38a Abs 1 SPG bevorsteht, ist an ebendiesen, ihnen sichtbaren Indikatoren orientiert.

Der europaweite Vorstoß, standardisierte Risikoeinschätzungsinstrumente bei polizeilichen Interventionen einzuführen, ist fraglos auch der Versuch strukturelle Defizite dieser Interventionen zu überwinden. Damit soll der begrenzte Einblick in einzelne Fälle häuslicher Gewalt *janusköpfig* bewältigt werden: Eine immer detaillierte Falldokumentation sowie die Befüllung und der Gebrauch von Gewaltschutzdateien soll eine personenunabhängige Expertise bezüglich des vergangenen Verlaufs der Gewaltbeziehung bieten. Zugleich soll die Prognostik der Risikoeinschätzungsinstrumente einen Blick in die Zukunft der Gewaltbeziehung liefern, um so – trotz der Kürze und kategorischen Begrenzung des Einblicks vor Ort – ein informiertes Handeln in der Gegenwart zu leiten. Was sich jedoch in den gegenwärtigen Anwendungen solcher Instrumente innerhalb der österreichischen Polizeipraxis stärker zeigt, ist der Gebrauch einer sekundären Funktion einer Risikoeinschätzung: der Versuch mittels entkörperter Expertise den Sensibilisierungs- und Erfahrungsmangel von Polizeibeamt\*innen auszugleichen. Obwohl es gegenwärtig – abseits weniger Modellversuche (etwa SALFAG<sup>6</sup>) und Bestrebungen, den Weg der Vorzeigeländer wie Schottland (vgl. *Brooks-Hay et al*, 2021) zu bestreiten – noch keine Praxis standardisierter Risikoeinschätzungsverfahren am Einsatzort bei der österreichischen Polizei gibt, haben sich viele Indikatoren bekannter Tools (etwa *Campbell*, 2004) an anderen Stellen der Arbeitsabläufe durchgesetzt. In den Dokumentationsbögen für Betretungs- und Annäherungsverbote im polizeilichen Protokollierungssystem PAD (Protokollieren, Anzeigen, Daten) bspw. finden sich sieben der 19 Risikoindikatoren des *Danger Assessments* (ebd) wieder. Ihre Funktion ist es, die Aufmerksamkeit gering-sensibilisierter Polizeibeamt\*innen auf statistisch relevante Aspekte einer Gewaltbeziehung zu lenken, um so den Mangel an Erfahrung und Expertise zu überwinden, ohne dafür in eine flächendeckende und kontinuierliche Fortbildung der Exekutive investieren zu müssen.

Viele strukturelle Begrenzungen polizeilicher Praxis sind unüberwindbar. Genauso ist die Exekutive für den Löwenanteil der notwendigen Hilfestellung für Betroffene häus-

---

6 Das standardisierte Gefährdungseinschätzungstool für Fälle von Gewalt in der Privatsphäre (SALFAG) wurde nach Probetrieben (2014) in den Bundesländern Wien, Oberösterreich und Vorarlberg im Jahr 2015 evaluiert und 2016 nach Weiterentwicklungen freigegeben. Allerdings berichteten Interviewpartner\*innen in der Polizei über erhebliche Probleme beim Einsatz des Tools und gaben an, dass dieses kaum im Regelbetrieb eingesetzt wird.

licher Gewalt die falsche Akteurin, sowie auch das Strafrecht überwiegend das falsche Werkzeug für die Problembearbeitung der Konfliktparteien ist (vgl. *Cremer-Schäfer & Steinert*, 1998). Nichtsdestotrotz deuten die Hegemonialwerdung der Risikoeinschätzungsinstrumente und ihre intendierten Sekundärfunktionen<sup>7</sup> für die Polizei Grenzen an, deren Überwindung eine andere, grundsätzlichere Bearbeitung bedürfte. Der Einzug solcher Instrumente ist in diesem Zusammenhang genauso als Ausdruck der Bedürfnisse, Vorstellungen und begrenzten Handlungsfähigkeiten der Apparate selbst (vgl. *Steinert & Pilgram*, 1980, 152f) zu bewerten, als auch der Probleme gewaltbetroffener Personen.

### 3.2 Medizin

Die Anwendung von Risikoeinschätzungsinstrumenten in der Medizin deutet auf vergleichbare Probleme der sektoralen Interventionen wie die der Polizei hin. Auch hier wird der Erfolg von Interventionen durch einen strukturellen Mangel an Sensibilisierung beeinträchtigt. Die Adressatin medizinischer Interventionen ist der/die Patient\*in, mit dem Ziel, diesen Status des Patient\*innendaseins zu überwinden. Zentral hervorzuheben ist, dass es die Logik der Pathologie ist, die den Zugang zu medizinischen Einrichtungen regelt und diese Personen dafür nicht als Betroffene einer Gewaltbeziehung erkannt werden müssen. Tatsächlich zählt die Medizin einerseits als große Hoffnungsträgerin der staatlich organisierten Intervention in Fälle von häuslicher Gewalt, da sie als wertvolles Sensorium im Dunkelfeld zur Identifikation sonst unbekannter Fälle dienen könnte. Viele gewaltbetroffene Personen nehmen medizinische Behandlung in Anspruch, ohne jemals bei anderen Institutionen aufzuscheinen. Andererseits erweisen sich die internen Bearbeitungsstrukturen (arbeitsteilige Bearbeitung in Schichten, fragmentierte Falldokumentation), geringe institutionelle Sensibilität für das Thema und knappe Ressourcen (Zeit, Betten, Personal) als große Hindernisse für die gewünschte (Früh-)Erkennung von Fällen. Damit ein Fall in Verbindung mit einer Gewalterfahrung gebracht wird, muss der/die Patient\*in diese Dimension meist selbst zur Sprache bringen. Seitens des medizinischen Personals wird berichtet, dass häufig die Frage nach häuslicher Gewalt als Ursprung von Verletzungen gemieden wird, was einerseits ein Beleg für die Stigmatisierung des Themas ist, andererseits aber die Möglichkeit einer medizinischen Behandlung bei gleichzeitiger Verdrängung des Problems belegt.

Die Anrufung der Medizin als Teil eines Interventionsnetzwerkes ist jedoch im Aufschwung begriffen, genauso wie der strukturierte Einsatz von Risikoeinschätzungsinstrumenten darin. Durch die gesetzlich vorgesehene Einrichtung von Opferschutzgruppen in Krankenhäusern sind etwa interne Kompetenzzentren entstanden. Darüber hinaus werden die formalisierten Vermittlungsaufgaben der Medizin stetig ausgebaut. Ihre Rolle in der Spurensicherung (von der Administration von „Rape-Kits“, den Dokumentationsbögen nach sexualisierter oder häuslicher Gewalt, oder bei der Abduktion in der

---

7 Gemeint sind die sekundären Effekte ihrer Anwendung, abseits der ausgesprochenen Funktion der Risikoprognose.

Gerichtsmedizin) wird zunehmend ergänzt, etwa um Anzeigepflichten (als Zuspiel für eine polizeiliche Bearbeitung) und Vermittlungsprozedere für eine sozialarbeiterische Bearbeitung (etwa zu Gewaltschutzstellen oder Frauenhäusern).

Ähnlich wie bei der Polizei erfüllt die Risikoeinschätzung in der Medizin eine Signalfunktion für ein medizinisches Personal, dem es idR an Expertise und Erfahrung fehlt. Abseits der spezialisierten Opferschutzgruppen gibt es nur ein abstraktes Problembewusstsein für das Thema der häuslichen Gewalt. Die arbeitsteilige Behandlung von Patient\*innen, die knappen Ressourcen und die rigiden Vorgaben der Krankenakte erschweren und behindern einen langfristigen Vertrauensaufbau zu Opfern von Gewalt, sowie eine gewachsene Expertise zu einem Fall oder dem Phänomen überhaupt. Der Einsatz von Risikoeinschätzungsinstrumenten verspricht auch hier ein strukturiertes Wissens- und Problembewusstseinsdefizit zu überspielen. Allerdings scheint für die Medizin eine weitere Sekundärfunktion relevant zu sein: Wie bereits erwähnt, scheuen sich viele Ärzt\*innen und Pflegepersonal davor, dieses Thema anzusprechen. Der strukturierte Leitfaden eines Risikoeinschätzungsinstruments bietet dem medizinischen Personal dabei eine (dem Fach sehr vertraute) Verfahrensweise für die Thematisierung eines ihnen scheinbar fremden Problemfeldes. Mehr als mangelndes Problembewusstsein scheint sich hier ein Zuständigkeitskonflikt zu äußern. Mit der Integration der Instrumente in medizinische Abläufe scheint eine Berechtigung einherzugehen, das Phänomen der Gewaltbeziehung als medizinisches Problem anzusehen und deswegen handlungsbefähigt zu sein. Diese Sekundärfunktion wirkt aber auch als Hindernis. Die Einrichtung von Opferschutzgruppen in Krankenhäusern ist das Produkt jahrelanger Bemühungen und ihre Ausstattung mit ausreichenden Ressourcen ist längst nicht gegeben (vgl. *Haller et al*, 2017). Die Betrachtung der Gewalt als medizinisches Problem erlebt kontinuierlichen Widerstand durch die eigene Disziplin, durch medizinische Einrichtungen, sowie Teile des medizinischen und administrativen Personals, was sich auch darin zeigt, dass es in keinem anderen europäischen Land in der *IMPRODOVA* Studie bislang gelungen ist, vergleichbare Strukturen wie Opferschutzgruppen in Krankenhäusern zu implementieren.

### 3.3 Der soziale Sektor

Innerhalb der Interventionslandschaft beherbergt der soziale Sektor fraglos das größte Ausmaß an Erfahrung und Expertise zu dem Thema häusliche Gewalt und Gewalt gegen Frauen. Zusammengenommen haben die Institutionen des Sektors auch die langfristige und komplexeste Falleinsicht. Frauen wohnen teilweise über Monate und Jahre in Frauenhäusern, pflegen lange Beratungsbeziehungen zu ihren Berater\*innen in Gewaltschutzstellen oder nutzen über lange Zeiträume HelpLines oder HelpChats. Genauso nutzen Männer Beratungseinrichtungen und verurteilte Gewalttäter\*innen können über lange Zeiträume einen Kontakt zu Bewährungshelfer\*innen pflegen. Auch die Auswahl an Interventionswerkzeugen ist hier am vielfältigsten – von Zufluchtsstellen über Beratung, Prozessbegleitung oder psycho-sozialer Unterstützung. Diese Umstände spiegeln sich in den Interviews mit Sozialarbeiter\*innen aus dem Gewaltschutz auch in Bezug auf den Einsatz

von Risikoeinschätzungsinstrumenten. In keinem der anderen Sektoren war der strukturierte Gebrauch solcher Instrumente so stark in die Arbeitspraxis integriert wie im sozialen Sektor. Paradoxerweise war aber auch nirgends die prognostische Funktion der Instrumente so überflüssig wie hier. Aus den meisten Interviews – insb mit erfahreneren Mitarbeiter\*innen – ging hervor, dass die Einschätzung des Risikos und der Gefährdung gänzlich ohne Anwendung der Instrumente erfolgte und höchstens der Abgleich mit den numerischen Ergebnissen zur Prüfung der eigenen Wahrnehmung genutzt wurde.

Risikoeinschätzungsinstrumente kamen im sozialen Sektor hauptsächlich im Zusammenhang mit drei Sekundärfunktionen zum Einsatz: Erstens wird die Reihung der Fälle nach ihrem Risikowert genutzt, um die knappen (und verknappten) Ressourcen des Sektors zu lenken. Schwerwiegendere Fälle sollten so etwa mehr Betreuungszeit oder einen Platz im Frauenhaus zugesichert bekommen, was selbstverständlich mit Zugangsbeschränkungen für andere einher ging. Zweitens werden die zur Zahl verdichteten Ergebnisse einer wissenschaftlich gestützten Risikoeinschätzung genutzt, um der eigenen Gefährlichkeitsprognose gegenüber anderen Einrichtungen und Sektoren Glaubwürdigkeit zu verschaffen. Die Verhältnisse zwischen Institutionen des sozialen Sektors und anderen Institutionen wie der Polizei sind vielerorts verworren und geprägt durch ideologische Differenzen. Die Scheinobjektivität der Risikoziffer wird genutzt, um diesen Differenzen zu trotzen. Zuletzt werden diese Instrumente verwendet, um den Betroffenen selbst den Ernst ihrer Lage bewusst zu machen. vielerorts wird der Prozess der Risikoeinschätzung sowie die resultierende Ziffer als Mittel herbeigezogen, um gewaltbetroffene Personen dazu zu bewegen an ihren Schutzmaßnahmen mitzuwirken. Allerdings ist dies kein neutraler Prozess und auch die damit verliehene Kategorie des Opfers ist keineswegs eine für die so „etikettierten“ Personen widerspruchsfreie Kategorie (vgl *Christie*, 1986). Die Zuschreibung von Kategorien geht immer mit der Produktion von Übereinstimmungsproblemen einher: Eine technisch-abstrakte Aufzählung von Merkmalen für einen „Hochrisikofall“ produziert immer auch „gute“ und „schlechte“ Opfer von häuslicher Gewalt, Opfer, deren Gewalterfahrung mehr oder weniger mit den Grenzen und Merkmalen der Kategorie des „Hochrisikos“ übereinstimmen (vgl *Herbinger & Reidinger*, 2022). Das Etikett des „guten“ oder „schlechten“ Opfers wiederum bietet Anlass und Gelegenheit für die Bearbeitung und Zurichtung dieser Personen, Anlass, „um an der Person eine sie für die Zukunft ‚verbessernde‘ Arbeit zu leisten und ihr solche Arbeit an sich selbst abzuverlangen“ (*Cremer-Schäfer & Steinert*, 1998, 58).

#### 4. Zur Hegemonialwerdung von Risikoeinschätzungsinstrumenten

Die ubiquitäre Anwendung von Risikoeinschätzungsinstrumenten in mannigfaltigen Bereichen des Gewaltschutzes ist augenscheinlich. Entgegen ihrer intendierten Ziele einer Gefahrenprognostik kommen sie jedoch in fast allen Bereichen auf eine Weise zum Einsatz, die eine Privilegierung ihrer Sekundärfunktionen plausibel macht. Die Risikoziffer dient zur Überwindung strukturierter Einblicks- und Wissensmängel, zur Selbst- und

Fremdverständigung sowie als Werkzeug zur Überwindung ideologischer Differenzen. Sie wird verwendet um *sektorfremde* Probleme in die Logik des eigenen Apparates zu integrieren. Sie dient der Lenkung knapper (und verknappter) Ressourcen und stellt dabei eine neue Zugangsbeschränkung für öffentliche Hilfestellungen dar. Sie wird genutzt, um dem Etikett des Opfers wissenschaftlich-gestützte Scheinobjektivität zu verleihen. Und in all diesen Funktionen offenbart sie Grenzen der Handlungsrepertoires intervenierender Institutionen.

Die Hegemonialwerdung von Risikoeinschätzungsinstrumenten lässt sich jedoch nicht aus der Existenz solcher Interventionsgrenzen alleine erklären. Der Nutzen ihrer Sekundärfunktionen ist lediglich eine mögliche Umgangsform mit den Problemen öffentlicher Hilfsangebote. Zwei Triebfedern für ihre Ubiquität lassen sich der Empirie weiter entnehmen. Erstens liegt der Erfolg solcher *Tools* möglicherweise in ihrer Produktförmigkeit. Sie sind als kontextunabhängige Artefakte entwickelt, deren Ziel eine möglichst kostenschonende Integration in unterschiedlichste Arbeitsprozesse ist. Und während niedrige Anwendungshürden, Kosten und Zugangsbarrieren für solche Problemlösungen fraglos begrüßenswert sind, sind sie zugleich Ausdruck einer Austeritäts- und Effizienzlogik, die im Widerspruch zu funktionierendem Gewaltschutz steht. Zweitens durchzieht die Anwendung von Risikoeinschätzungsinstrumenten in allen Sektoren eine letzte, geteilte Funktion, die insb im Falle von Femiziden sichtbar wird. Sie sind nicht zuletzt Instrumente, die einem Ringen um Fragen der *Accountability* dienen (vgl *Power*, 1999). Mit derselben traurigen Regelmäßigkeit, mit der das mediale Interesse nach einem Femizid wiederkehrt, folgt auf jeden solchen Fall die Suche nach dem institutionellen Sündenbock innerhalb der Interventionslandschaft. Stets wird die Frage aufgeworfen, wer diesen einen Fall hätte verhindern können und somit die Partikularverantwortung trägt. Was diese Form der Problembetrachtung meist verdrängt, ist den grundsätzlicheren und ganzheitlichen Blick, sowie den gesellschaftlichen Impetus für eine Orientierung an den Problemen der Gewaltbetroffenen selbst. Die „Selbststeuerung der staatlich organisierten sozialen Kontrolle sitzt auf einem dicken Polster von Daten auf, die zusehends als das gesehen werden, was sie de facto sind: Konstruierte Kennziffern zur Selbstbeobachtung im Kontext einer komplexen Umwelt“ (*Kreissl*, 2011, 65). Die Vervielfältigung der Risikoeinschätzungsinstrumente ist nicht zuletzt auch als weitere Auffettung eben dieses Datenpolsters zu bewerten und damit ein Werkzeug zur Beschäftigung der Apparate mit ihren eigenen Bedürfnissen, Vorstellungen und Grenzen.

Paul Luca Herbinger forscht als Soziologe am *Vienna Centre for Societal Security* (VICESSE). Seine gegenwärtigen Forschungsschwerpunkte umfassen staatliche Interventionen in Fällen häuslicher Gewalt, sowie den Einsatz der Polizei in der Pandemie; paul.herbinger@vicesse.eu

## Literatur

- Aas, K. F. (2004). From narrative to database: Technological change and penal culture. *Punishment & Society*, 6(4), 379–393.
- Ariza, J. J. M., Robinson, A., & Myhill, A. (2016). Cheaper, Faster, Better: Expectations and Achievements in Police Risk Assessment of Domestic Abuse | Policing: A Journal of Policy and Practice | Oxford Academic. *Policing: A Journal of Policy and Practice*, 10(4), 341–350.
- Beclin, K. (2022). „Femizid“? Ein Plädoyer für eine zielorientierte Begriffsdefinition. *Juridikum*, 2022(2), 219–225.
- Brooks-Hay, O., Burman, M., & Friskney, R. (2021). Frontline Responses to Domestic Abuse in Scotland. In B. Lobnikar, C. Vogt, & J. Kersten (Eds.), *Improving Frontline Responses to Domestic Violence in Europe* (pp 239–256). <https://doi.org/10.18690/978-961-286-543-6>
- Burman, M., & Brooks-Hay, O. (2018). Aligning policy and law? The creation of a domestic abuse offence incorporating coercive control. *Criminology & Criminal Justice*, 18(1), 67–83. <https://doi.org/10.1177/1748895817752223>
- Campbell, J. C. (2004). *Danger Assessment*.
- Christie, N. (1986). The Ideal Victim. In E. A. Fattah (Ed.), *From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System* (pp 17–30). Palgrave Macmillan UK. <https://doi.org/10.1007/978-1-349-08305-3>
- Cremer-Schäfer, H., & Steinert, H. (1998). *Straflust und Repression: Zur Kritik der populistischen Kriminologie*. Westfälisches Dampfboot.
- Haider, I. (2022). Femizide – Begriff, Konzept und österreichischer Verwendungskontext. *Juridikum*, 2022(2), 208–218.
- Haller, B., Amesberger, H., & Kaiser, J. (2017). Opferschutzarbeit im Krankenhaus. *Unveröff. Forschungsbericht Im Auftrag Der Stadt Wien/ MA 24*.
- Herbinger, P. L., Leonhardmair, N., & Neunkirchner, M. (2021). Frontline Response to High Impact Domestic Violence in Austria. In B. Lobnikar, C. Vogt, & J. Kersten (Eds.), *Improving Frontline Responses to Domestic Violence in Europe* (pp 95–116). <https://doi.org/10.18690/978-961-286-543-6.7>
- Herbinger, P. L., & Reidinger, V. (2022). Das „gute Opfer“ häuslicher Gewalt. Von institutionellen Zurichtungen und der Ideologie des Toolism. In A. Kranebitter, M. Mokre, A. Pilgram, V. Reidinger, & K. Reitter (Eds.), *Befreiungswissen als Forschungsprogramm. Denken mit Heinz Steinert*. Westfälisches Dampfboot.
- Howarth, E., & Robinson, A. (2016). Responding Effectively to Women Experiencing Severe Abuse: Identifying Key Components of a British Advocacy Intervention. *Violence Against Women*, 22(1), 41–63. <https://doi.org/10.1177/1077801215597789>
- Kelly, J. B., & Johnson, M. P. (2008). Differentiation among Types of Intimate Partner Violence: Research Update and Implications for Interventions. *Family Court Review*, 46(3), 476–499.
- Kreissl, R. (2011). Governing by numbers. In D. Fischer, W. Bonß, T. Augustin, F. Bader, M. Pichlbauer, & D. Vogl (Eds.), *Uneindeutigkeit als Herausforderung–Risikokalkulation, Amtliche Statistik und die Modellierung des Sozialen* (pp 53–66). Universität der Bundeswehr München.
- Lobnikar, B., Vogt, C., & Kersten, J. (2021). Improving Frontline Responses to Domestic Violence in Europe. In *Univerzitetna založba Univerze v Mariboru*. <https://doi.org/10.18690/978-961-286-543-6>
- Power, M. (1999). *The Audit Society: Rituals of Verification*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198296034.001.0001>
- Robinson, A. L., Myhill, A., Wire, J., Roberts, J., & Tilley, N. (2016). *Risk-led policing of domestic abuse and the DASH risk model. What works: Crime reduction research*. Cardiff University, College of Policing and UCL Department of Security and Crime Science.
- Stark, E., & Hester, M. (2019). Coercive Control: Update and Review. *Violence Against Women*, 25(1), 81–104. <https://doi.org/10.1177/1077801218816191>
- Steinert, H. (1985). Zur Aktualität der Etikettierungs-Theorie. *Kriminologisches Journal*, 17, 15.
- Steinert, H., & Pilgram, A. (1980). Abschrecken und Disziplinieren. Über die bürokratische Zurichtung der Probleme durch Strafrecht und Sozialrecht. In K. Lüderssen & F. Sack (Eds.), *Seminar: Abweichendes Verhalten / 4 Kriminalpolitik und Strafrecht* (1. Aufl, Vol 87, pp 149–180). Suhrkamp.
- U.N. Women. (2020). *Issue brief: COVID-19 and ending violence against women and girls*. <https://perma.cc/G48D-BVCU>

# Gesicherter Aufenthalt – dennoch keine Sicherheit?

## Menschenhandel als Bedrohung für Geflüchtete aus der Ukraine

Anastasia Hammerschmied / Amelie Herzog

---

### 1. Verdachtsfälle auf Bahnhöfen

Als würde der Krieg in der Ukraine die Lage der Menschen dort nicht prekär genug machen, warnen Medien und Behörden Geflüchtete vor Menschenhandel in den jeweiligen Ankunftsländern. Berichtet wird von Männern, die Mitfahrgelegenheiten oder Unterkünfte mit dem Ziel anbieten, Menschen sexuell oder zur Arbeit auszubeuten.<sup>1</sup> Gefährdet sind dabei vor allem Frauen und Kinder, welche die größte Gruppe von Flüchtenden aus der Ukraine darstellen.<sup>2</sup> Der Fokus dieses Beitrags liegt auf Frauenhandel, der österreichischen Rechtslage und daraus folgenden Schutzverpflichtungen vor dem Hintergrund völker- und europarechtlicher Regelungen.

#### 1.1. Den Rechtsrahmen gibt es

Auf völkerrechtlicher Ebene ergibt sich die Definition von Menschenhandel aus dem sogenannten *Palermo Protokoll*.<sup>3</sup> Österreich hat diese Definition durch § 104a StGB in seine Rechtsordnung aufgenommen.<sup>4</sup> Demnach liegt Menschenhandel vor, wenn eine Person mit dem Vorsatz der Ausbeutung und unter Anwendung eines unlauteren Mittels eine andere Person anwirbt, beherbergt oder sonst aufnimmt oder einem anderen anbietet oder weitergibt.<sup>5</sup> Außerdem hat Österreich die Konvention zur Bekämpfung des Menschenhandels des Europarats ratifiziert. Diese rückt Menschenhandel in einen menschenrechtlichen Kontext und legt den beigetretenen Staaten auch Schutzpflichten auf.<sup>6</sup> Frauenhandel wurde schon davor durch die UN-Frauenrechtskonvention als eine besondere Form der Frauenrechtsverlet-

---

1 *Hausbichler/Maan*, Flüchtende Ukrainerinnen von Menschenhandel bedroht, derstandard.at 10.3.2022, [www.derstandard.at/story/2000133966411](http://www.derstandard.at/story/2000133966411) (8.4.2022); *ORF*, Ukraine-Krieg. UNO warnt vor Menschenhandel, [www.orf.at/stories/3253727](http://www.orf.at/stories/3253727) (20.4.2022).

2 Zu den Hindernissen für transiente Personen die Ukraine zu verlassen vgl. *Darida*, Trans Menschen in der Ukraine. Kein Mann und trotzdem zum Bleiben gezwungen, [www.zeit.de/15.3.2022](http://www.zeit.de/15.3.2022), [www.zeit.de/zett/queeres-leben/2022-03/trans-menschen-ukraine-militaer-mann](http://www.zeit.de/zett/queeres-leben/2022-03/trans-menschen-ukraine-militaer-mann) (2.5.2022).

3 Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels, zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität BGBl III 2005/220.

4 *Zingerle*, Männerhandel, *juridikum* 2017, 508 (508).

5 StGB BGBl 1974/60 idF BGBl I 2021/242; zu Privatbeteiligtenansprüchen von Opfern von Menschenhandel im Strafverfahren siehe auch *Krömer/Unterlechner*, Get them where it hurts – ein (erster) Meilenstein für Opfer von Menschenhandel, *juridikum* 2013, 261.

6 Übereinkommen des Europarates zur Bekämpfung des Menschenhandels BGBl III 2008/10.

zung anerkannt.<sup>7</sup> Verschiedene EU-Richtlinien befassen sich ebenfalls mit Menschenhandel und versuchen, ein gemeinsames Vorgehen der EU-Mitgliedstaaten zu erreichen.<sup>8</sup>

## 1.2. Risikofaktoren

In internationalen Verträgen wird Vulnerabilität als ein Faktor angesehen, der das Risiko erhöhen kann, ein Opfer von Menschenhandel zu werden. Die Verringerung der Umstände, die Vulnerabilität bedingen, wird als eine Möglichkeit der Prävention gesehen.<sup>9</sup> Trotz vielfältiger Kritik am Vulnerabilitätskonzept<sup>10</sup> und unterschiedlichen Definitionen besteht Einigkeit, dass bestimmte Umstände im Kontext von Menschenhandel zu einer besonderen Gefährdung führen.<sup>11</sup> Dazu gehören Geschlecht, politische Instabilität und Krieg, aber auch Armut sowie Flucht.<sup>12</sup> Durch das Palermo Protokoll, bspw, werden die Vertragsstaaten verpflichtet, Maßnahmen zu treffen, um die Ursachen für Menschenhandel zu bekämpfen. Dabei werden „Armut“ und „fehlende Chancengleichheit“ als Risikofaktoren explizit genannt.<sup>13</sup>

## 2. Unterstützung bei der Ankunft

### 2.1. Prävention durch Information?

Obwohl Österreich alle relevanten internationalen Rechtsinstrumente ratifiziert hat, gibt es in der Umsetzung und Prävention von Menschenhandel Probleme.<sup>14</sup> So wird schon seit Jahren von Organisationen darauf hingewiesen, dass eine ausreichende Sensibilisierung der Behörden fehlt.<sup>15</sup> Stereotype Vorstellungen von Opfern von Menschenhandel machen Hilfe ebenso schwierig.<sup>16</sup>

Derzeit versuchen verschiedene Organisationen, aus der Ukraine geflüchtete Frauen über ihre Möglichkeiten und Ansprüche zu informieren und zu verdeutlichen, dass sie für Hilfeleistungen niemandem etwas schuldig sind.<sup>17</sup> Der niederschwellige Zugang zu diesen Infor-

---

7 Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau BGBl 1982/443.

8 Siehe zB MenschenhandelsRL 2011/36/EU ABl L 2011/101.

9 *Chen/Probst*, Trafficking in Human Beings as a consequence of vulnerabilities in conflict and post-conflict situations: the case of Austria, in *Hosseini*, Women in Conflict and Post-Conflict Situations: An Anthology of Cases from Iraq, Iran, Syria and Other Countries (2020) 159 (167).

10 „Vulnerabilität“ wird hier unter anderem herangezogen, weil dieses Konzept in die österreichische Rechtsordnung Eingang gefunden hat, siehe weiter unten. Zur kritischen Auseinandersetzung vgl *Lorenz*, „All refugees are vulnerable“ Vulnerabilität, Konflikte und Katastrophen im Spiegel Postkolonialer Theorie, in Zeitschrift für Friedens- und Konfliktforschung (2019) 60.

11 UNODC, Issue Paper: Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of Trafficking in Persons (2013) 13.

12 UNODC, An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action (2008) 71 ff.

13 UNODC, Issue Paper 14; Palermo Protokoll Art 9 Abs 4.

14 Vgl bspw ÖAW, Menschenhandel wirft immer Profit ab, 5.8.2020, [www.oew.ac.at/detail/news/menschenhandel-wirft-immer-profit-ab](http://www.oew.ac.at/detail/news/menschenhandel-wirft-immer-profit-ab) (8.4.2022).

15 *Hausbichler/Maan*, Flüchtende Ukrainerinnen von Menschenhandel bedroht, [derstandard.at](http://derstandard.at).

16 OSZE, Anwendung gendersensibler Ansätze bei der Bekämpfung von Menschenhandel (2021) 11.

17 LEFÖ-IBF, Be safe on the Way!, <https://lefoe.at/be-safe-on-the-way> (8.4.2022).

mationen und deren Wiederholung ist in der teils traumatischen Situation der Flucht besonders wichtig. Denn Menschenhandel hat viele Facetten und ist oft nicht sofort erkennbar.

## 2.2. Gefahren von privaten Unterkünften

Das Risiko als geflüchtete Frau, Opfer von Menschenhandel zu werden, wird durch prekäre oder gar keine Unterbringung erhöht.<sup>18</sup> Grundsätzlich stellen kleinere Wohneinheiten die sicherste Unterbringung für Geflüchtete dar.<sup>19</sup> Staatliche Behörden wie die Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen (BBU) forcieren derzeit die Unterbringung in Privatwohnungen.<sup>20</sup> Laut *Isabella Chen* von LEFÖ-IBF, der Interventionsstelle für Betroffene von Frauenhandel, wird aber kaum überprüft, von wem der Wohnraum angeboten wird.<sup>21</sup> Als Kriterium zum Schutz von Frauen wird lediglich angegeben, dass alleinstehende Frauen nicht an alleinstehende Männer vermittelt werden.<sup>22</sup> Der AufnahmeRL zufolge treffen den Staat verschiedene Schutzpflichten bei der Unterbringung von geflüchteten Personen. Dabei sind vor allem vulnerable Personen zu schützen, zu denen unter anderem Schwangere, Opfer sexueller Gewalt oder Opfer von Menschenhandel gehören. Die Vulnerabilität ist nach Eingang eines Antrags auf internationalen Schutz zu prüfen und Betroffene haben Anspruch auf besondere Unterstützung. Wie diese auszusehen hat, ist weder in der AufnahmeRL noch in den österreichischen Umsetzungsgesetzen konkret ausformuliert.<sup>23</sup> Frauen werden aber nicht grundsätzlich als vulnerabel angesehen, sondern erst nachdem sie Opfer, von bspw Frauenhandel, geworden sind.<sup>24</sup> Es sind jedoch laut AufnahmeRL allgemein geschlechtsspezifische Faktoren zu berücksichtigen, wenn es um die Unterbringung geht.<sup>25</sup> NGOs und internationale Organisationen fordern zur Prävention von geschlechtsspezifischer Gewalt, dass alle alleinstehenden Frauen in eigenen Wohneinheiten oder Stockwerken untergebracht werden, Rückzugsraum haben und weibliches Personal in Unterkünften anwesend ist.<sup>26</sup> Auch die AufnahmeRL sieht die Anwesenheit von geschultem Personal in Unterkünften vor.<sup>27</sup> Das kann in Privatwohnungen schwer sichergestellt werden.

18 *Ritze*, AWO Bundesverband, Menschenhandel im Kontext von Flucht. Ein Leitfaden zur Unterstützung von Betroffenen (2020) 15.

19 *NN*, Geflüchtete Frauen schützen – Aufnahmebedingungen verbessern!, 23.11.2021, [www.proasyl.de/news/gefluechtete-frauen-schuetzen-aufnahmebedingungen-verbessern](http://www.proasyl.de/news/gefluechtete-frauen-schuetzen-aufnahmebedingungen-verbessern) (8.4.2022).

20 Für Kritik an Massenunterkünften vgl. *Werner*, (Nicht-)Wohnen von Geflüchteten, in *Eckardt/Meier*, Handbuch Wohnsoziologie (2021) 420 f.

21 LEFÖ-IBF Telefoninterview mit *Isabella Chen*, geführt von den Autorinnen, 5.4.2022.

22 *BBU*, Nachbarschaftsquartier, [www.bbu.gv.at/helfen#nachbarschaftsquartier](http://www.bbu.gv.at/helfen#nachbarschaftsquartier) (8.4.2022)

23 Art 21 AufnahmeRL 2013/33/EU ABI L 2013/180; vage geregelt in § 2 Abs 2 Bundesgesetz, mit dem die Grundversorgung von Asylwerbern im Zulassungsverfahren und bestimmten anderen Fremden geregelt wird BGBl 1991/405. Wobei die Landesgesetze zur Grundversorgung teilweise gesondert vulnerable Personen schützen, etwa § 6 Abs 4 NÖ Grundversorgungsgesetz LGBl 9240-0.

24 Unabhängig vom Vulnerabilitätskonzept zum allgemeinen Schutz vor geschlechtsbezogener Gewalt s Art 18 Abs 4 AufnahmeRL 2013/33/EU.

25 Art 18 Abs 3 AufnahmeRL 2013/33/EU.

26 *UNHCR*, Neustrukturierung des Asylbereichs. UNHCR-Empfehlungen zur Unterbringung von Asylsuchenden in Bundesasylzentren (2017) 31.

27 Art 18 Abs 7 AufnahmeRL 2013/33/EU.

Das Hauptproblem besteht momentan darin, dass die Verteilung von Wohnraum sehr schleppend vorangeht. Daher müssen viele Frauen auf Angebote auf privaten Internetseiten ausweichen. Hier berichtet LEFÖ, dass es bereits mehrere Verdachtsmomente im Hinblick auf Frauenhandel gegeben habe. Oft ist es ein schleicher Prozess, der über Mitarbeit im Haushalt oder Hilfe bei der Pflege beginnt und in schwerwiegenden Ausbeutungsverhältnissen enden kann.<sup>28</sup>

### 2.3. Aufenthaltstitel kann schützen

Ein weiterer Faktor, der das Risiko von Menschenhandel erhöht, ist ein unsicherer oder gar kein Aufenthaltstitel. Frauen können leichter unter Druck gesetzt werden, wenn sie nicht legal arbeiten dürfen oder ihnen Abschiebung droht.<sup>29</sup> Aufgrund der MassenzustromRL, die vor kurzem erstmals in Kraft gesetzt wurde, bekommen Ukrainer:innen vorübergehend eine Aufenthaltsberechtigung und eine Arbeitserlaubnis in der gesamten EU.<sup>30</sup> Dies gilt jedoch nicht für andere Drittstaatsangehörige, die in der Ukraine aufhältig waren und von dort fliehen mussten, außer sie hatten in der Ukraine einen internationalen Schutzstatus, etwa Asyl. Ebenso wenig findet die MassenzustromRL auf Geflüchtete aus anderen Drittstaaten Anwendung. Sie haben damit keinen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel in Österreich und sind von Ausweisung und Abschiebung in ihre Herkunftsländer bedroht.<sup>31</sup> Diese rassistisch geprägte Flüchtlingspolitik macht Drittstaatsangehörige (aus der Ukraine) besonders gefährdet für Menschenhandel.

### 3. Auslagerung an Private kann keine Lösung sein

Je größer die Anzahl an Geflüchteten ist, die nach Österreich kommen, desto höher ist das Risiko von Menschenhandel, auch weil Teile des österreichischen Wirtschaftssystems auf billigen migrantischen Arbeitskräften beruhen.<sup>32</sup> Geflüchtete Frauen müssen angemessen unterstützt werden, damit die Situation von ukrainischen Geflüchteten nicht von Privaten ausgenutzt werden kann und um sicherzugehen, dass sie nicht von der Wohltätigkeit Einzelner oder der Aufnahmestimmung in der Gesellschaft abhängig sind.

Anastasia Hammerschmid und Amelie Herzog sind Universitätsassistentinnen am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte an der Universität Wien; anastasia.hammerschmid@univie.ac.at, amelie.herzog@univie.ac.at

---

28 LEFÖ-IBF Telefoninterview mit *Isabella Chen*, 5.4.2022.

29 LEFÖ-IBF Telefoninterview mit *Isabella Chen*, 5.4.2022.

30 MassenzustromRL 2001/55/EG ABl L 2001/212 umgesetzt in der VO der BReg über ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht für aus der Ukraine Vertriebene (VertriebenenVO) BGBl II 2022/92.

31 § 1 VertriebenenVO BGBl II 2022/92 iVm § 62 Abs 1 AsylG 2005 BGBl I 2005/100.

32 Zur Debatte über migrantische Care-Arbeit vgl *Schilliger*, Transnationale Care-Arbeit: Osteuropäische Pendelmigrantinnen in Privathaushalten von Pflegebedürftigen (2013); *Lutz/Möllenbeck*, Care-Arbeit, Gender und Migration: Überlegungen zu einer Theorie der transnationalen Migration im Haushaltsarbeitssektor in Europa, in *Meier-Gräwe*, Die Arbeit des Alltags (2015) 184 ff.