

nr 2/2014

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Körper im Recht

recht & gesellschaft

Haftung für Medikamententests
Unfreiwilliges Outing
Insolvenz-Entgelt
Recht und Soziale Arbeit

debatte strafrecht

Strafrechtsreform 2015 – Wohin geht die Reise?

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

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

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

merk.würdig

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

recht & gesellschaft

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

debatte strafrecht

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

thema: Körper im Recht

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

250 Tote Körper

Schlaglichter auf den Umgang des Rechts mit der Leblosigkeit

Ines Rössl

nach.satz

260 Macht der Gewohnheit

Geschichten zur geschlechtergerechten Sprache

Ilse Koza

Impressum**juridikum**zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN: 1019-5394**Herausgeber_innen:**

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl und Brian-Christopher Schmidt

Medieninhaber und Verleger:Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Frau Maria Peckary
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
m.peckary@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at**Preis:**Jahresabonnement: Euro 60,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-
Einstiegsabo: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, excl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich**Redaktion:**

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Miriam Broucek, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Philipp Hense, Marion Guerrero, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice Wagner, Andreas Wöckinger

Wissenschaftlicher Beirat:

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

Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Angelika Adensamer, Alois Birklbauer, Nina Eckstein, Margarethe Flora, Ronald Frühwirth, Ilse Koza, Hanna Hacker, Solvita Olsena, Ines Rössl, Brian-Christopher Schmidt, Philipp Schmuck, Petra Smutny, Jochen Schönberger, Alexia Stuefer, Carolijn Terwindt, Caroline Voithofer, Nicole Zilberszac

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführung: Mag. Katharina Oppitz, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G. Brauer) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins „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: b+R satzstudio, graz

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at
Eva Pentz: epentz@gmx.at

Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at

Brian-Christopher Schmidt: brian.schmidt@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Fleeing Homophobia

Ines Rössl

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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