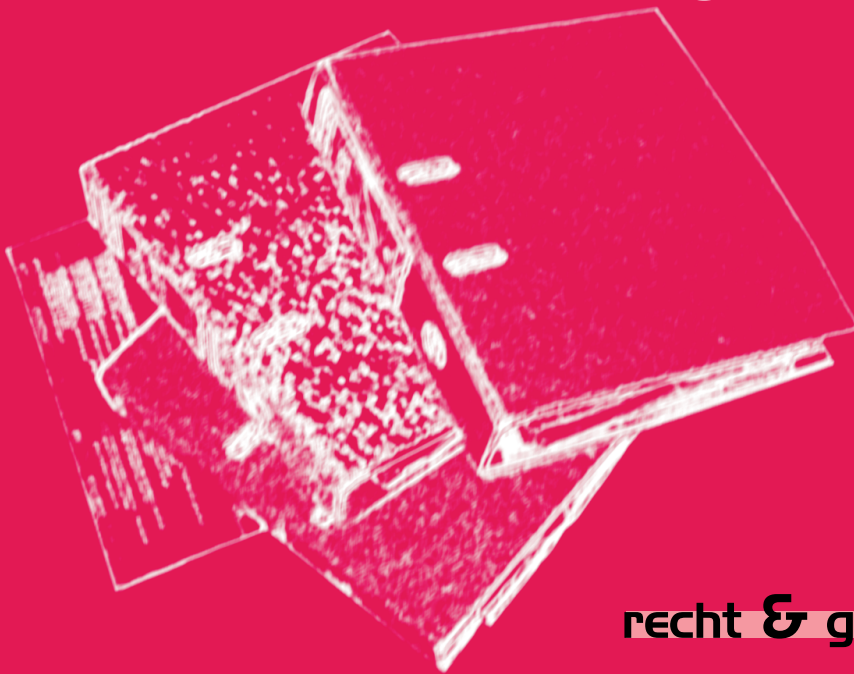


juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ············ nr 1.2003

thema 

Historikerkommission und Vermögensrestitution



recht & gesellschaft

Abfangjäger

Positivismusstreit

Wählerischer Strafgerichtshof

Soziale Logik Europas

P. b. b. · Verlagspostamt 1030 · 0ZZ032221 · Euro 9,50 · ISSN 1019-5394

 **VERLAG
ÖSTERREICH**
VORMALS VERLAG DER K. U. K.
HOF- UND STAATSDRUCKEREY

Für Context herausgegeben von

··········
Iris Eisenberger · Ronald Faber · Christian Hiebaum

Inhalt

recht & gesellschaft

Bernd-Christian Funk	Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts	4
Daniela Tomasovsky	Braucht Österreich Abfangjäger?	6
Reinhard Rack/Daniela FraiB	Die Verfassung für Europa – Königsweg zu einem europäischen Sozialmodell?	10
Alexander Somek	Keine Frage der „Denklogik“	14
Stefan Barriga	Der Countdown läuft – Richterinnen beim Internationalen Strafgerichtshof im Vormarsch	16

thema: historikerkommission und vermögensrestitution

Clemens Jabloner	Juristische Aspekte der Historikerkommission	19
Eva Blimlinger	Von Historikern und Historikerinnen, Juristen und Juristinnen ...	23
Iris Eisenberger/Ronald Faber	Naming Names – Individuelle Namensnennung bei der Aufarbeitung der NS-Zeit	27
Alfred J. Noll	Fortschritt und Versäumnis – Kunstrückgabe in Österreich	31
Helmut Ortner	Wiedererlangung arisierter Kunst von Privaten auf Grundlage des allgemeinen bürgerlichen Rechts	34
Michael Schoiswohl Marianne Schulze	Der Entschädigungsfonds – Entstehung und Grundlagen	38
Franz-Stefan Meissel	Unrechtsbewältigung durch Rechtsgeschichte?	42
Hannelore Burger Harald Wendelin	Probleme der Restitution der Staatsbürgerschaft	47
Ronald Faber	Zwischen Gerechtigkeit und Eigennutz	51

rubriken

vor.satz	Christian Hiebaum Gott und die Politik	2
merk.würdig	Kurzmeldungen	3
portrait	Andrea König Renate Winter	55
nach.satz	Iris Kugler Liberal wie ein Aal	56
impressum	15

Gott und die Politik

Christian Hiebaum

Kardinäle wollen, dass Gott in der neuen europäischen Verfassung einen Platz findet; der Präsident des Nationalrates möchte den Gottesbezug in einer Präambel zur österreichischen Verfassung verankern. Es gelte, so die offizielle Argumentation, den Beitrag der christlichen Religion zur hiesigen Kultur angemessen zu würdigen und klarzustellen, wes Geistes Kinder wir alle sind. Die Einwände folgen auf den Fuß. Sie sind altbekannt – „altliberal“, wie sie bisweilen bezeichnet werden. Es ist von der staatlichen Neutralität in Religionsfragen die Rede und davon, dass Religion Privatsache sei.

Oft wird die Neutralitätsforderung mit der Privatheitsthese begründet. Doch wenn das Antonym zu „privat“ „staatlich“ ist, dann bedeutet die Aussage, dass Religion Privatsache sei, eben nichts anderes, als dass der Staat neutral zu bleiben habe. Sie bringt also eine Norm zum Ausdruck, die mit dem Neutralitätsgebot einfach zusammenfällt, es also nicht begründen kann. Wenn das Antonym zu „privat“ hingegen „öffentlich“ ist und der Satz, Religion sei Privatsache, bedeutet, dass religiöse Inhalte generell von der öffentlichen Diskussion ausgeschlossen sein sollten, dann haben wir es mit einem unhaltbaren Argument zu tun. Liberale wären gut beraten, darauf zu verzichten. Denn ein solches Argument macht es dem Gegner leicht zu kontern.

Nun stimmt es schon, dass sich religiöse Überzeugungen insofern von anderen unterscheiden, als sie nur von denjenigen richtig verstanden werden, die sie teilen. Aus diesem Grund vermögen Argumente typischerweise auch keinen Glauben an Gott zu generieren, jedenfalls nicht direkt. Sie überzeugen bekanntlich nur die, die ohnehin schon glauben. Aber deshalb das Religiöse umstandslos der Sphäre des Privaten zuzuordnen, mithin zu dekretieren, dass es keine öffentlichen Wirkungen entfalten dürfe, bedeutet letztlich, Unmögliches zu wollen. Zumal viele moralische Überzeugungen, auch

wenn es uns nicht jederzeit bewusst ist, religiös inspiriert sind. Wer das nicht glaubt, möge einmal versuchen, das Prinzip der gleichen Würde aller Menschen oder die moralische Signifikanz der Unterscheidung zwischen Mensch und Tier nicht-zirkulär zu begründen.

Aber was können wir jetzt noch dem Vorschlag, Gott in die Verfassung einziehen zu lassen, entgegengehalten? Lassen wir einmal die Frage, was diese Debatten mit einem möglichen EU-Beitritt der Türkei zu tun haben, ebenso beiseite wie subtilere Varianten des liberalen Standardeinwands. Und unterstellen wir wohlwollend, dass Schönborn, Khol und andere nicht die Wiederherstellung jener auch aus christlicher Sicht mehr als nur suboptimalen Situation im Sinn haben, vor deren Hintergrund seinerzeit die explizite Trennung von Religion und Politik wenigstens auf staatsrechtlicher Ebene zu einem weithin anerkannten Postulat werden konnte. Sehen wir also für einen Moment darüber hinweg, dass derartige Initiativen auch der Auftakt zu einer groß angelegten Diskriminierung all jener sein könnten, die nicht an den einen (christlichen) Gott glauben. Nehmen wir an, es sei wirklich nur an Identitätsstiftung, an Bewusstmachung der „eigenen Wurzeln“ oder an eine symbolische Bekräftigung des Wahren, Schönen und Guten gedacht. Es bleiben dann noch immer Bedenken, gerade für die, die ihre Religion ernst nehmen:

Ein verfassungstextlicher Gottesbezug, der lediglich als Bekenntnis zur „abendländisch-europäischen“ oder gar nur zur „österreichischen Kultur“ fungieren soll, disqualifiziert sich selbst. Universalistische Religionen wie das Christentum begreifen sich nicht bloß als ein (wenn auch *konstitutives*) Merkmal einer partikularen Kultur. Sie betreiben, solange sie sich noch nicht aufgegeben haben, keine Selbstfolklorisierung. Identitätsstiftung mag ein Effekt religiösen Wirkens sein, eine universalistische Religion, die sich die Stif-

tung nationaler Identität zum Ziel setzt oder sich als Mittel dazu andient, agiert gegen ihre eigene Natur.

Weiters befördert der verfassungstextliche Gottesbezug in dem Maße, wie er dem christlichen Vokabular zu einer neuen Prominenz in der politischen Auseinandersetzung verhilft, auch dessen rhetorische Instrumentalisierbarkeit. Gläubige müssen also befürchten, dass ihre Sprache irgendwann einmal nur mehr der Immunisierung beliebig motivierter Politiken dient. Denn wie wir bereits sagten: Beim religiösen Empfinden hört sich die Argumentation auf.

Aber selbst wenn wirklich nur christliche Positionen als gottgefällig ausgewiesen werden würden und selbst wenn es stimmt, dass sich die religiöse Dimension politischen Denkens nicht gänzlich ausschließen lässt, ist es für Christen strategisch noch lange nicht vernünftig, den christlichen Charakter ihrer Positionen ständig präsent zu halten. Auf diese Weise provoziert man nämlich leicht bloß identitätspolitisch bedingten Widerstand, zumindest bei denen, die sich aus Prinzip nicht in ein Boot setzen wollen, das unter christlicher Flagge segelt.

Diese Bedenken legen übrigens für sich schon den Schluss nahe, dass es hier um mehr als bloße Erbauung durch das Recht geht. Aber auch das Vorhaben, den Staat als solchen wieder auf die christliche Religion zu verpflichten, sollten Christen ablehnen. Denn was die damit verbundenen Diskriminierungen bestenfalls bewirken würden, ist massenhafte heuchlerische Verstellung – und zwar eine, die aller Voraussicht nach *niemals* in echten Glauben umschlägt. Und abgesehen davon: Wenn das nicht zuletzt *christliche* Prinzip der gleichen Würde aller Menschen nicht mehr bedeutet als Gleichheit aller *Christen*menschen, dann bedeutet es gar nichts.

BVerfG: Einstellung des NPD-Verbotsverfahrens

Mit einer Verfahrenseinstellung endete Mitte März dieses Jahres das Verfahren vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht (BVerfG), mit dem die rechtsextreme Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) hätte verboten werden sollen. Nachdem im Frühjahr 2001 sowohl die Bundesregierung, als auch der Bundestag und der Bundesrat einen Antrag auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der NPD und auf Auflösung der Parteiorganisation gestellt hatten, stellte sich heraus, dass eine große Zahl an Verbindungspersonen (sog „V-Leute“) des Bundesamtes

und der Landesämter für Verfassungsschutz in den Führungsgremien der NPD tätig war. Just jene Aktivisten der Partei, denen in den Verbotsanträgen besonderes Gewicht im Hinblick auf die Verfassungsfeindlichkeit der NPD beigemessen wurde, stellten sich im Verfahren als Mitarbeiter des Verfassungsschutzes heraus. Damit war jedoch fraglich geworden, ob die belastenden Äußerungen dieser Personen der NPD überhaupt noch zugerechnet werden könnten.

Hinzu kamen die Besonderheiten des deutschen Parteiverbotsverfahrens,

wonach jede für die belangte Partei nachteilige Entscheidung einer Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Senates bedarf. Nachdem drei Richter zur Ansicht gelangten, dass ein für ein Verbotsverfahren nicht behebbares Verfahrenshindernis vorliege, musste dieses eingestellt werden. Die betreffenden Richter argumentierten, dass die Beobachtung einer politischen Partei durch V-Leute staatlicher Behörden unmittelbar vor oder während der Durchführung eines Parteiverbotsverfahrens unvereinbar mit den Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren sei, da staatliche Präsenz auf der Führungsebene einer Partei Einflussnahmen auf deren Willensbildung und Tätigkeit unvermeidlich mache. Unter diesem Gesichtspunkt seien die strikten Anforderungen an Rechtssicherheit, Transparenz, Berechenbarkeit und Verlässlichkeit des Verbotsverfahrens nicht gewährleistet.

Konsens herrschte im BVerfG jedoch, dass jederzeit ein neues Verbotsverfahren gegen die NPD eingeleitet werden könnte. Dazu bedarf es jedoch neuer, nicht durch V-Männer gedeckter Tatsachen. Derzeit ist aus politischen Gründen aber nicht mit dem Einbringen eines neuen Verbotsantrages zu rechnen.

Daniel Ennöckl

EGMR zur Zulässigkeit der anonymen Geburt

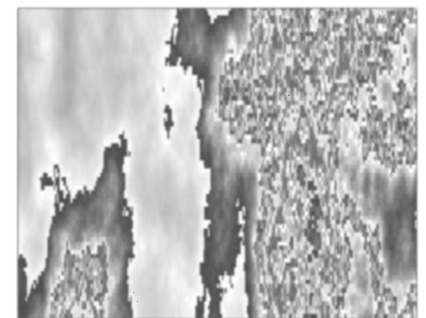
Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in einer Entscheidung vom Februar dieses Jahres ausgesprochen, dass Kinder keinen Rechtsanspruch darauf haben, die Identität ihrer Eltern zu erfahren und damit die rechtliche Zulässigkeit der anonymen Geburt gebilligt (EGMR 13. 2. 2002, Case of Odievre v France). Eine Frau, die bei der Geburt des Kindes ihre Identität verschweigt, kann somit den Kontakt zu diesem unwiderruflich abbrechen. Die Beschwerdeführerin im betreffenden Verfahren war die 36-jährige Pariserin Pascal Odièvre. Sie hatte zuvor vergeblich versucht, mittels Klage vor französischen Gerichten Einsicht in ihre Geburtsakte zu erlangen, um die Identität ihrer leiblichen Mutter zu erfahren.

Der EGMR argumentiert in seiner Entscheidung, die mit zehn zu sieben Stimmen denkbar knapp ausfiel, dass der in Art 8 der EMRK normierte Schutz der Familie einerseits und der persönlichen Identität andererseits in diesem Falle „schwer miteinander zu vereinbarende Interessen“ darstellten. Jeder Staat habe daher einen Entscheidungsspielraum, wie er diese Rechte per Gesetz sichere. Das französische Recht

versuche, ein Gleichgewicht und eine ausreichende Verhältnismäßigkeit der unterschiedlichen Interessen zu finden. Die strittige Regelung ziele nach Ansicht des EGMR darauf ab, die Gesundheit von Mutter und Säugling bei der Geburt zu schützen und Kindesaussetzungen und Abtreibungen zu verhindern. Ein Zwang zur Offenlegung der Identität der leiblichen Mutter könne erhebliche Folgen nicht nur für die betreffende Frau haben, sondern auch für die übrigen Mitglieder der leiblichen Familie und die Adoptiveltern. Deren Recht auf Wahrung ihrer Privatsphäre müsse daher berücksichtigt werden.

Mit dieser Entscheidung des EGMR wurde indirekt auch die Zulässigkeit der seit mehr als eineinhalb Jahren bestehende Möglichkeit zur anonymen Geburt in Österreich bestätigt. Anders als in Frankreich, wo die Identität der Schwangeren registriert, im Fall einer anonymen Geburt aber geheim gehalten wird, werden in österreichischen Spitälern keinerlei Daten anonymer gebärender Mütter aufgenommen. Die Frage, ob Kinder den Zugriff auf diese erzwingen können, stellt sich hierzulande daher gar nicht.

Daniel Ennöckl



Thema Heft 2/2003

das recht des flexiblen menschen – neoliberalen arbeitsrecht

Redaktionsschluss:
15. Mai 2003

Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts

Bernd-Christian Funk

Der *Positivismus* in der Philosophie und in den Wissenschaften ist der Sache nach alt. Die Bezeichnung hat sich im 19. Jahrhundert etabliert.¹ Im Kern geht es um ein Konzept der Wirklichkeit und der Erkenntnis, das vom „Positiven“, dh vom Gegebenen, Tatsächlichen, Sicherem, Zweifellosen ausgeht. Das Konzept richtet sich gegen Metaphysik, Spekulation und Intuitionismus. Für „positive“ Wissenschaft ist nur das zugänglich, was allgemein beobachtbar, erfahrbar und erklärbar ist.

Der neuere Positivismus in den Wissenschaften ist ein Kind des *Rationalismus* und der *Aufklärung*. Er verbindet sich mit der Vorstellung, dass die den Wissenschaften zugänglichen Gegebenheiten unabhängig vom erkennenden Subjekt bestehen und ohne Beeinflussung durch dieses erkannt und erklärt werden können.²

Für die Entwicklung der Naturwissenschaften und der Technik war dieses Konzept äußerst Frucht bringend und erfolgreich. Im 19. Jahrhundert ist es von den Sozialwissenschaften adoptiert worden. Dazu hat es von Anfang an kritische Stimmen und wissenschaftstheoretische Diskussionen gegeben, zuletzt im neueren *Positivismusstreit*³ der 60er und 70er Jahre des 20. Jahrhunderts, der durch die Kontroverse zweier Grundpositionen geprägt war: Die Vertreter des Kritischen Rationalismus⁴ halten positivistische Methoden auf empirisch-deduktiver Grundlage für angemessen und ausreichend, um gesellschaftliche Vorgänge wissenschaftlich zu beschreiben und zu erklären. Dem wird von der Kritischen Gesellschaftstheorie⁵ entgegen gehalten, dass Wissenschaft in der Gesellschaft stets auch gesellschaftlich re-

levantes Handeln sei und notwendigerweise strukturstabilisierend oder strukturverändernd wirke.

Die *Methodologie der Rechtswissenschaften* hat sich mit dem neueren Positivismusstreit in den Sozialwissenschaften kaum auseinander gesetzt (umgekehrt gilt dasselbe). In beiden Bereichen sind die Diskussionen weitgehend beziehungslos nebeneinander abgelaufen. Die Sachprobleme sind aber die gleichen und sie spiegeln sich in der erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Diskussion der Rechtswissenschaften wider. Die methodologischen Modelle der Rechtswissenschaft und das Selbstverständnis der rechtswissenschaftlichen Praxis sind durchwegs durch die Ansätze des klassischen Positivismus geprägt. Rechtsnormen gelten als Teil einer objektiven Wirklichkeit, die unabhängig vom erkennenden Subjekt besteht und mit wissenschaftlichen Mitteln beschrieben werden kann. Die Wirklichkeit des Rechts wird mit dessen Geltung identifiziert. Sie besteht unabhängig davon, dass wir zu ihr in Beziehung treten.

Neben dem positivistischen Verständnis finden sich in den Rechtswissenschaften und ihrer Theorie traditionell auch *konstruktivistische Elemente*. Sie gehen von der Einsicht aus, dass Normen Bewusstseinsinhalte von Menschen sind und keine davon unabhängige Existenz haben. Überspitzt formuliert: Es gibt keine Normen, sondern nur Normvorstellungen von Individuen, die sich in gesellschaftlichem Kommunikationsverhalten manifestieren. Die Einsicht ist ebenso trivial wie folgenreich. Normvorstellungen sind keine vorgegebenen Gegebenheiten, son-

dern Produkte gesellschaftlicher Interaktion. Wer als Angehöriger der Rechtsgemeinschaft mit der Wirklichkeit der in dieser Gemeinschaft bestehenden Normvorstellungen in Beziehung tritt, der kann das nur im Wege von Kommunikation und Diskurs tun und beeinflusst durch eben dieses Verhalten die Wirklichkeit des Rechts.

Die *Beeinflussung* findet in unterschiedlichem Maße und auf verschiedenen Ebenen statt. Der höchste Grad des Einflusses auf Normvorstellungen ist bei der Rechtsetzung anzutreffen. Anteil an der Befindlichkeit gesellschaftlich wirksamer *opinio iuris* haben auch alle anderen Arten von kommunikativem Verhalten in der Rechtsgemeinschaft, insbesondere die Praxis der Rechtsbefolgung und Rechtsanwendung, aber auch die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Recht, sofern sie durch Angehörige einer Rechtsgemeinschaft erfolgt, die unter dem Geltungsanspruch jener Rechtsordnung leben, mit der sie sich wissenschaftlich befassen. Geltungsfolgen hat sogar das Ignorieren von Teilen des Rechts durch die Wissenschaft (ein solches Verhalten wirkt zumeist systemstabilisierend zugunsten bestehender Anwendungspraxis).

Kybernetisch gesehen ist das Recht ein gesellschaftlich erzeugtes *Steuerungssystem* für gesellschaftliches Verhalten. Seine Geltung ist effektivitätsabhängig: Ohne Effektivität kann der Geltungsanspruch nicht eingelöst werden. Ineffektives Recht hat keine Geltung. Die Wirklichkeit des Systems hat zwei Seiten, die beide gleiche Aufmerksamkeit verdienen: den Steuerungsanspruch (Geltungsanspruch) und die Steuerungsleistung (Wirksamkeit). Beides zusammen macht die Geltung des Systems aus, beides ist daher ins Kalkül zu ziehen. Rechtsgeltung ist die Wirklichkeit wirksamer Normvorstellungen, und: diese Wirklichkeit kann von Angehörigen der Rechtsgemeinschaft nicht „beschrieben“ werden, ohne durch dieses Verhalten beeinflusst zu werden.

Gesellschaftlich wirksame *Information und Kommunikation* in der Rechtsge-

¹ Auguste Comte, Rede über den Geist des Positivismus (1844).

² Die Wirklichkeit besteht unabhängig davon, dass wir zu ihr in Beziehung treten.

³ Adorno/Dahrendorf/Pilot/Albert/Habermas/Popper, Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie (1972).

⁴ Hans Albert, Karl Popper, Ralf Dahrendorf.

⁵ Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas.

meinschaft ist notwendigerweise von Einfluss auf Normvorstellungen von Angehörigen der Rechtsgemeinschaft. Sie nimmt affirmativ oder negatorisch Bezug auf die bestehende *opinio iuris* und beeinflusst diese in stabilisierender oder destabilisierender Weise.

Dieser *Wirkungszusammenhang* kann weder durchbrochen noch aufgehoben werden. Wenn das informative und kommunikative Geschehen durch Teilnehmer außerhalb der Rechtsgemeinschaft stattfindet, dann fehlt die Rückbindung in Form der Wahrnehmung durch Angehörige dieser Gemeinschaft. Die Beobachter können zu der von ihnen beobachteten Wirklichkeit nicht in Beziehung treten. Sie verfügen über keine Möglichkeit, ihre „Beobachtungen“ zu verifizieren oder zu falsifizieren – ein Kardinalproblem der Rechtsgeschichte und gelegentlich auch eine kleine Schwierigkeit für die Rechtsvergleichung!

Recht kann nicht wie *physikalische Wirklichkeit* erkannt und beschrieben werden. Für gesellschaftliche Steuerungskonstrukte (Normvorstellungssysteme) gilt, dass deren Wirklichkeit durch das Verhalten derer beeinflusst wird, die mit dem Konstrukt in Beziehung treten, indem sie über das System unter dessen Geltungsanspruch miteinander kommunizieren.

Die Rechtswissenschaften und ihre Theorie können an dieser durch die Sozialpsychologie bestätigten und erklärten Tatsache nicht vorbeigehen. Ein positivistischer Ansatz, der den Versuch unternimmt, Rechtswissenschaft auf der Annahme der unbeeinflussten *Korrespondenz von res et intellectus* aufzubauen, beruht auf einer Fiktion. Er verkennt die gesellschaftlichen Wirkungen des kommunikativen Verhaltens derer, die geltendes Recht als dessen Adressaten erforschen. Sind sie Adressaten des Rechts, so beeinflussen sie durch ihr Forschungsverhalten stets auch dessen Wirklichkeit, wenn dieses Verhalten in der Rechtsgemeinschaft kommuniziert wird.

Wer in der Rechtsgemeinschaft über Recht kommuniziert, der beeinflusst durch dieses Verhalten dessen Wirklichkeit. Der *klassische Rechtspositivismus* sucht nach Wegen einer Er-

kenntnis des Rechts, die frei von Einflüssen des erkennenden Subjekts und in diesem Sinne „rein“ ist. Dieses Bemühen ist redlich und anerkanntswert. Es beruht allerdings auf der Illusion der Vorgegebenheit des Rechts und damit auf einer realitätsfremden Ausgangsprämisse. Die Anwendung dieser Prämisse führt zu wirklichkeitsverkürzenden Ergebnissen. Ihren positivistischen Anspruch kann eine solcherart betriebene Rechtswissenschaft nicht einlösen, weil sie einen Teil der Wirklichkeit des Rechts – nämlich die Beeinflussung durch das In-Beziehung-Treten – ausblendet oder gar leugnet.

Eine *positivistische Rechtswissenschaft* kann nicht auf der Annahme einer objektiven Geltungsrealität von Normen und der unbeeinflussten Korrespondenz von Sein und Bewusstsein aufgebaut werden. Das traditionelle Konzept des Rechtspositivismus, der in seinen diversen Spielarten auf eben dieser Annahme beruht, ist zum Scheitern verurteilt. Auszugehen ist vielmehr von einem Ansatz, der die Beeinflussung des Gegenstandes durch das Informations- und Kommunikationsverhalten der am Erkenntnisgeschehen Beteiligten von vornherein in Rechnung stellt und deren Konsens (*opinio iuris*) über Wirklichkeit als wirklichkeitskonstituierend akzeptiert.

Dieses Modell kann als *konsenspositivistisch* bezeichnet werden.⁶ Es bezieht das Verhalten des beobachtenden Subjekts im kommunikativen Prozess der Rechtserkenntnis, die zugleich auch Rechtsgestaltung ist, sowohl hinsichtlich der Intentionen als auch der Wirkungen in das Wissenschaftsgeschehen ein. Es ist klar, dass auch das Kommunizieren über kommunikatives Verhalten dieses beeinflusst etc etc etc. Der Regress bleibt infinit. Kommunikativ erzeugte Wirklichkeit kann nur durch Kommunikation „erkannt“ werden. Eben dadurch wird sie aber beeinflusst und damit verändert.

Aus diesem Dilemma gibt es keinen Ausweg. Der Widerspruch ist unaufhebbar. Die Folgen können aber durch *metakommunikative Strategien* gemildert werden. All das ist von großer

praktischer Bedeutung. Ein Rechtspositivismus, der sich als bloße „Beschreibung“ des Rechts versteht, übersieht oder verschleiert die Tatsache seiner Beteiligung an jener Wirklichkeit, die er objektiv zu „beschreiben“ vorgibt. Er wird zum Diener von Machtinteressen und Herrschaftsansprüchen, weil er sich weigert, die Macht- und Herrschaftsbezüglichkeit seines „Erkenntnis“-Verhaltens zu erkennen und zu thematisieren. Das von ihm zur Machtfreihaltung herangezogene Erkenntnis-konzept wird zur Falle der Macht- und Herrschaftsdienstbarkeit.

Es ist Zeit, sich von der Vorstellung der Möglichkeit einer „reinen“, „wertfreien“ Rechtswissenschaft zu verabschieden. Sie beruht auf Prämissen und Konzepten, deren Unbrauchbarkeit durch die Entwicklung der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie seit langem belegt ist. Auf längere Sicht wird auch die Rechtswissenschaft daran nicht vorbeigehen können.

o. Univ.-Prof. Bernd-Christian Funk lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

⁶ Funk, *Abbildungs- und Steuerungsleistungen der Rechtswissenschaft. Recht und Rechtswissen-*

schaft als Konstrukte gesellschaftlicher Kommunikation, in FS Adamovich (2002) 111.

Braucht Österreich Abfangjäger?

Daniela Tomasovsky

1. Einleitung

Kampfflugzeug-Lobbyisten malen Terror szenarien an die Wand, sollte es nicht demnächst einen Beschluss auf Ankauf von 24 Eurofightern der Marke Typhoon geben; militante Militärflugzeugs-Gegner werten hingegen bereits den Anflug einer Diskussion über Fragen der Landesverteidigung als aggressiven Akt. So unsicher der Ausgang des Entscheidungsprozesses über die Nachbeschaffung von Abfangjägern ist, eines ist sicher: Die Debatte darüber spaltet in Österreich derzeit die Gemüter – im Parlament genauso wie am Wirtshaustisch.

Die Argumente, die dabei ins Spiel gebracht werden, sind vielfältig:

Pro:

▶ Österreich sei in der Bundesverfassung zur Luftraumüberwachung verpflichtet

▶ Österreich könne nicht das einzige Land Europas sein, das seinen Luftraum nicht schützt

▶ Österreich solle seinen Luftraum nicht für Drogentransporte, Waffenschmuggel etc freigeben

▶ Durch Kompensationsgeschäfte werde ein wirtschaftlicher Impuls ausgelöst

▶ Ohne Abfangjäger wären die bisherigen Investitionen in Milliardenhöhe umsonst

▶ Eine Luftwaffe von Grund auf neu aufzubauen wäre um vieles teurer als jetzt Abfangjäger zu kaufen, die sich auf bestehende Strukturen stützen könnten

Contra:

▶ In Mitteleuropa gäbe es weit und breit kein Bedrohungsbild, vor dem es sich zu schützen gilt

▶ Solange Österreich seine Sicherheitspolitik nicht genau definiert, mache es keinen Sinn, Unmengen von Budgetmitteln an Abfangjäger zu verschwenden

▶ Wenn es nur um Luftraumüberwachung geht, reiche die „Goldhaube“¹ aus, vor Aggressoren böten auch Abfangjäger keinen Schutz

▶ Der Kauf von Abfangjägern sei wirtschaftspolitischer Schwachsinn und eine Verschwendung von Steuergeld

▶ Die mit dem Abfangjägerkauf verbundenen Gegengeschäfte brächten nicht den Nutzen, den sie versprechen, die diesbezüglichen Vereinbarungen seien intransparent

▶ Bei der Anschaffungspolitik des Bundesheeres würden falsche Prioritäten gesetzt, Transporthubschrauber würden viel dringender gebraucht

Die Triftigkeit all dieser Argumente auszuloten, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Um nicht zu viel Sprengstoff in die Diskussion einzubringen, wollen wir uns auf verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte beschränken. Beantwortet werden soll die Frage, ob aus Art 9a B-VG, dem BVG über die Neutralität Österreichs oder der Notifikation dieses BVG an 72 Staaten eine Verpflichtung Österreichs zur umfassenden Luftraumüberwachung resultiert und wenn ja, wie weit diese Verpflichtung geht. Dabei darf freilich nicht vergessen werden, dass die rechtliche Beurteilung der Situation (wenn überhaupt) nur eine Determinante im politischen Entscheidungsprozess sein kann. Sollte eine rechtliche Verpflichtung zum Abfangjäger-

kauf bestehen, ist noch nichts darüber gesagt, wie viele Flugzeuge welcher Type beschafft werden müssen. Umgekehrt heißt das Nichtbestehen einer rechtlichen Verpflichtung nicht, dass ein Abfangjägerkauf nicht aus außen-, sicherheits-, wirtschaftspolitischen oder anderen Gründen dennoch angebracht sein kann.²

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass Argumente, die für politische oder gesamtgesellschaftliche Entscheidungsprozesse relevant sind, auch für die juristische Problemlösung eine Rolle spielen. Denn Recht und Rechtswissenschaft sind Konstrukte gesellschaftlicher Kommunikation; eine strikte Trennung zwischen Tatsachen und Normvorstellungen ist realitätsfremd. Die Geltung des Rechts ist eine soziale Tatsache. Rechtliche Probleme können daher nicht ohne Einbeziehung der sozialen Wirklichkeit gelöst werden.³

2. Der Einsatzbereich von Abfangjägern

Abfangjäger sind definiert als Jagdflugzeuge mit guten Steig- und Geschwindigkeitsleistungen zum Abfangen gegnerischer Flugzeuge. Das Einsatzspektrum des von der österreichischen Bundesregierung zum Kauf beschlossenen Eurofighters umfasst im Wesentlichen die Luftraumüberwachung, die Luftverteidigung, die Bekämpfung gegnerischer Luftstreitkräfte am Boden sowie die Unterstützung von Bodeneinsätzen aus der Luft.⁴ Doch wozu und in welchen Fällen benötigt ein Staat Flugzeuge mit diesem Potenzial?

Ein Element der territorialen Souveränität eines Staates ist die volle und ausschließliche Lufthoheit über seinem Hoheitsgebiet.⁵ Grenzüberflüge ausländischer Flugzeuge sind daher nur mit österreichischer Genehmigung zulässig. Im Linienflugverkehr wird diese Genehmigung idR pauschal durch die Einräumung von Flugverkehrsrechten gewährt.⁶ Für andere Flüge ist eine individuelle Bewilligung

¹ Das Radarsystem „Goldhaube“ besteht aus mehreren ortsfesten Großraumradarstationen und mobilen D-Radarstationen, die ihre Beobachtungen und Informationen in eine durchgehend besetzte Einsatzzentrale einspeisen. „Goldhaube“ ist der passive Teil des Luftüberwachungssystems, die aktive Komponente wird derzeit durch die schwedischen Abfangjäger Saab 35 OE

„Draken“ wahrgenommen. Dazu Näheres unter www.bmlv.gv.at.

² Ein Verbot des Ankaufs von Abfangjägern aus der Bundesverfassung (insbes aus dem Grundrecht auf Eigentum) abzuleiten ist jedenfalls reiner Populismus. Eine allfällige Fehlinvestition von Steuergeldern hat die Bundesregierung politisch zu verantworten und nicht vor den Höchstgerichten zu rechtferti-

gen (vgl *Strejcek*, Die Irrtümer des Herrn Z., *Der Standard*, 26. 8. 2002).

³ Zu diesem rechtstheoretischen Ansatz vgl *Funk*, *Abbildungs- und Steuerungsleistungen der Rechtswissenschaft*, in *F5 Adamovich* (2002) 111; *Funk*, *Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln*, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtslehre, *JRP* 2000, 65.

⁴ Vgl www.eads.com.

⁵ Diese ist sowohl völkergewohnheitsrechtlich verankert als auch in Art 1 des Chicagoer Abkommens (Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt BGBl 1949/97) kodifiziert.

⁶ § 3 BG über den zwischenstaatlichen Luftverkehr 1997 (BGBl I 1997/101).

erforderlich.⁷ Handelt es sich um ausländische Staatsluftfahrzeuge (das sind Luftfahrzeuge, die im Militär-, Zoll- oder Polizeidienst verwendet werden) ist eine sog. „diplomatic clearance“ erforderlich.⁸ Wird diese erteilt, wird dem Halter des Luftfahrzeugs für diesen konkreten Flug ein (geheimer) Nummerncode bekannt gegeben. Nähert sich ein Flugzeug der österreichischen Grenze, nimmt die Flugsicherungsbehörde automatisch Funkkontakt mit diesem auf, um es durch den österreichischen Luftraum zu lotsen. Im Zuge dessen hat sich der Pilot durch Bekanntgabe der Flugnummer (bei Linienflügen) und des Codes zu identifizieren. Ist die Aufnahme von Funkkontakt – aus welchen Gründen immer – nicht möglich, kann durch Radar⁹ in vielen Fällen dennoch eine Identifikation vorgenommen werden. Ein Transponder an Bord des Flugzeugs sendet elektromagnetische Impulse (eine Art Antworttelegramm) aus, an Hand derer die Radarstation erkennen kann, um welche Art von Luftfahrzeug es sich handelt.

Nähert sich ein Flugzeug der österreichischen Grenze, das weder durch Funkkontakt noch durch Radar identifiziert werden kann¹⁰, ist anzunehmen, dass es unberechtigt in österreichischen Luftraum eindringen will. Das Gleiche gilt, wenn ein Flugzeug keine Einflugsgenehmigung besitzt und trotz Abmahnung durch die Flugsicherungsbehörde auf österreichischen Luftraum zusteuert. In diesen Fällen wird ein „Abfang“ eingeleitet, dh zwei Abfangjäger steigen auf, versuchen, das Flugzeug zu identifizieren und zur Grenze zu geleiten.¹¹ Nur wenn dies nicht gelingt, wird das fremde Flugzeug zur Landung gezwungen.

Zur Abwehr einer größeren Zahl feindlicher Luftfahrzeuge, also zum Luftkrieg, eignen sich Abfangjäger (zumindest in der für Österreich diskutierten Größenordnung) hingegen nicht.¹²

3. Völkerrecht

Völkerrechtlich ist die Frage nach einer Notwendigkeit der Luftraumsicherung durch Abfangjäger an zwei Topoi festzumachen: Der staatlichen Souveränität und der dauernden Neutralität.

3.1. Souveränität

Das Staatsgebiet ist neben dem Vorhandensein einer Staatsgewalt und eines Staatsvolkes ein wesentliches Element für das Bestehen eines Staates. Der Staat übt auf seinem Territorium (wozu auch der Luftraum gehört) eine von anderen Staaten unabhängige Hoheitsgewalt aus; er ist in diesem Bereich souverän.

Folge der territorialen Souveränität ist, dass alle Individuen, die sich auf dem Gebiet eines Staates aufhalten, der Hoheitsgewalt dieses Staates unterworfen sind. Die Souveränität beinhaltet auch das Recht eines Staates, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Fremde sein Staatsgebiet betreten dürfen.¹³ Im gegebenen Zusammenhang bedeutet dies, dass der österreichische Staat das Recht hat, zu regeln, welche Flugzeuge in den österreichischen Luftraum einfliegen dürfen und wie sich fremde Flugzeuge in österreichischem Luftraum zu verhalten haben.

Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit des Staates, die von ihm gesetzten Regeln auch durchzusetzen. Oder anders gefragt: Führt die fehlende Sanktionierbarkeit von Verstößen ausländischer Flugzeuge gegen das österreichische Lufthoheitsregime zu einem Geltungsverlust dieser Regeln? Und weiter gefragt: Führt ein Geltungsverlust dieser Regeln zu einem partiellen Souveränitätsverlust? Und schließlich: Gibt es für einen Staat eine völkerrechtliche Verpflichtung, seine Staatlichkeit aufrecht zu erhalten?

Über die erste Frage lässt sich streiten. Geht man davon aus, dass die zwangsweise Durchsetzbarkeit ein

konstitutives Merkmal des Rechtsbegriffes ist, müsste man sie bejahen und einen teilweisen Geltungsverlust annehmen. Es spricht jedoch vieles dafür, dass die Geltung des Rechts nicht vorwiegend auf Sanktionseffektivität (Androhung und Anwendung von Zwang), sondern auf Befolgung kraft Rechtsüberzeugung beruht.¹⁴ Das würde bedeuten, dass die Nichtsanktionierbarkeit der österreichischen Grenzüberschreitungsregeln nicht dazu führt, dass diese Regeln per se in Frage gestellt werden. Ein partieller Souveränitätsverlust wäre demnach erst dann gegeben, wenn andere Staaten nicht mehr davon überzeugt wären, dass das Beachten dieser Grenzüberschreitungsregeln geboten und richtig ist.

Die zweite Frage ist jedenfalls zu verneinen. Solange die Verletzung der österreichischen Lufthoheit als völkerrechtswidriger Akt gesehen wird, schließt der Grundsatz der Nichtanerkennung gewaltsamer Gebietsveränderungen einen Souveränitätsverlust Österreichs über seinen Luftraum aus.¹⁵

Auch die dritte Frage ist zu verneinen: Die Souveränität eines Staates über sein Hoheitsgebiet ist ein *Element* seiner Staatlichkeit; aus ihr lassen sich aber unmittelbar keine Pflichten ableiten. Die Souveränität ist (implizites oder explizites) Tatbestandsmerkmal der meisten völkerrechtlichen Normen; eine völkerrechtliche Regelung, die eine *Pflicht* zur Selbstverteidigung statuiert, existiert jedoch – im Gegensatz zum Selbstverteidigungsrecht¹⁶ – nicht.

Aus der Souveränität lässt sich somit für die Frage nach der Notwendigkeit einer Luftraumüberwachung nichts gewinnen.¹⁷

3.2. Neutralität

Die völkerrechtliche Verpflichtung Österreichs zu dauernder Neutralität resultiert aus der Notifikation des BVG vom 26. Oktober 1955 über die Neutralität Österreichs an über 70 Staaten

7 Vgl § 8 Abs 2 Luftfahrtgesetz sowie die darauf beruhende Grenzüberschreitungsverordnung (BGBl 1987/249 idF 1992/103).

8 Diese auf diplomatischem Weg einzubringende Bewilligung wird von der Austro Control GmbH mit Zustimmung des BMLV (bei Militärflugzeugen) oder des BMI (bei anderen Staatsluftfahrzeugen) erteilt (§ 2 Grenzüberschreitungsverordnung).

9 Die Goldhaube erfasst Luftraumbewegungen bis 400 km vor der

österreichischen Grenze. Das Argument, dass ein fremdes Flugzeug Österreich längst überflogen hätte, bevor Abfangjäger überhaupt in der Luft seien, ist somit unzutreffend.

10 Das Aussenden eines Transpondersignals lässt sich bewusst unterdrücken.

11 Die Ermächtigung hierzu bietet § 26 Militärbefugnisgesetz iVm § 145 LFG.

12 Es ist illusorisch, anzunehmen, ein Kleinstaat wie Österreich könnte

in einem Luftkampf überhaupt bestehen. Vgl dazu *Korkisch*, Der Paradigmenwechsel im Luftkrieg (ÖMilZ 5/2002); „Im Luftkrieg dominiert, wer zur Offensive fähig ist. In der Defensive eingesetzte Jagdflugzeuge werden nicht mehr für den Ausgang der eigenen Luftoperation entscheidend. Die Aufrechterhaltung der Luftüberlegenheit gegenüber einem offensiven Gegner erfordert hohe Quantitäten; für den Verteidiger sind hohe Stückzahlen wichtiger als

für den Angreifer, der heute durch eine leichte Überlegenheit der Angriffstechnologien gegenüber den Abwehrtechnologien bevorzugt wird.“

13 *Ipsen*, Völkerrecht⁴ (1999) § 23 Rz 4.

14 *Funk* in: FS Adamovich (2002) 117.

15 Vgl dazu *Ipsen*, Völkerrecht⁴ (1999) § 23 Rz 44.

16 Art 51 UN-Charta.

17 Anderer Ansicht das BMLV (vgl www.bmlv.gv.at/abfangjaeger).

und deren ausdrücklichen oder stillschweigenden Anerkennung.¹⁸

Art I Abs 1 des Neutralitäts-BVG lautet: „Zum Zwecke der dauernden Behauptung seiner Unabhängigkeit nach außen und zum Zwecke der Unverletzlichkeit seines Gebietes erklärt Österreich aus freien Stücken seine immerwährende Neutralität. Österreich wird diese mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln aufrechterhalten und verteidigen.“

Die immerwährende Neutralität ist ein völkerrechtlicher Status; das Neutralitätsgesetz verweist somit auf das Völkerrecht als der Rechtsordnung, die den Inhalt dieses Status bestimmt.¹⁹

Der Inhalt der völkerrechtlichen Neutralitätsregeln ergibt sich aus dem Haager Neutralitätsrecht und aus den Orientierungen, die sich dazu in der Schweizer Praxis entwickelt haben. Ein neutraler Staat darf demnach weder direkt an Kriegen teilnehmen noch Krieg führende Staaten militärisch unterstützen. Er darf sein Staatsgebiet nicht zu militärischen Zwecken zur Verfügung stellen und hat die Unverletzlichkeit desselben gegen Angriffe von außen zu verteidigen. Schließlich darf er keinem militärischen Bündnis beitreten.²⁰

In Friedenszeiten ist ein dauernd neutraler Staat dazu verpflichtet, das Vertrauen anderer Staaten auf ein neutrales Verhalten im Kriegsfall – oder, mit anderen Worten, auf die allfällige Anwendung des im Kriegsfall geltenden Neutralitätsrechts – zu schützen.²¹

Eine Pflicht zur Luftraumsicherung könnte aus dem Gebot der Unverletzlichkeit des Hoheitsgebiets des Neutralen abzuleiten sein. Denn grundsätzlich darf der neutrale Staat nicht dulden, dass die Konfliktparteien militärische Aktionen irgendwelcher Art auf seinem Hoheitsgebiet oder von seinem Hoheitsgebiet aus durchführen.²² Jeder angrenzende Staat muss sicher sein, dass das neutrale Gebiet im Falle eines Krieges nicht in den Machtbereich des Gegners fällt. Dieses Gebot bezieht sich auch auf die Luftfreiheit. Der Neutrale ist daher berechnigt und im Rahmen des Zumutbaren verpflichtet, Verletzungen seines Luftraums abzuwehren.²³ Krieg führende Luftfahrzeuge, die neutralen Luftraum verletzen, sollten vom Neutralen (notfalls mit Gewalt) zur Landung gezwungen werden.²⁴

Eine umfassende Luftraumsicherung erwies sich jedoch schon im Zweiten Weltkrieg als undurchführbar. Grund dafür waren die Erhöhung der Geschwindigkeit der Flugzeuge, die Verbesserung ihres Schutzes gegen Angriffe, ihr Auftreten in riesigen Geschwadern mit Jägerschutz sowie die im Verhältnis zu den Krieg Führenden unzulänglichen Mittel der Neutralen. Mit zunehmendem technischen Fortschritt hat sich die Situation noch weiter verschlechtert: Raketen oder Marschflugkörper (cruise missiles) zur Landung zu zwingen ist technisch unmöglich. Ihre Abhaltung und Vernich-

tung ist – aufgrund kurzer Vorwarnzeiten und kurzer Überflugszeiten – selbst mit entsprechenden Geräten praktisch unmöglich. Als 1990 während der Aktion der Vereinten Nationen gegen den Irak dieser SCUD-Raketen gegen Israel abfeuerte, hat niemand mehr erwartet, dass die überflogenen und in diesem Konflikt „neutralen“ Staaten Syrien und Jordanien die Raketen in der Luft zerstören könnten.²⁵

Zemanek geht daher davon aus, dass durch die Erwartungsminderung eine Änderung des Völkergewohnheitsrechts der Luftneutralität eingetreten ist. Folgt man dieser Ansicht, so sind auch an die Verteidigungsfähigkeit des Luftraums geringere Ansprüche zu stellen.

Zu beachten ist außerdem, dass gerade das völkerrechtliche Neutralitätsrecht ein dynamisches Rechtsgebiet ist, das in hohem Maß gewohnheitsrechtlich geprägt ist. Die Schweiz und Österreich sind die einzigen Staaten in Europa, die sich zu dauernder Neutralität verpflichtet haben.²⁶ Dementsprechendes Gewicht hat das Neutralitätsverständnis Österreichs für die Fortentwicklung des völkergewohnheitsrechtlichen Neutralitätsrechts.²⁷ Die opinio iuris, also die Überzeugung darüber, was neutralitätsrechtlich geboten ist, hat sich in Österreich seit dem Abschluss des Staatsvertrages stark verändert.²⁸ Die österreichische Neutralitätspolitik hat sich auch schon sehr früh vom expliziten Vorbild der

18 Insoweit herrscht in der Literatur weitgehend Einigkeit; vgl ausführlich Cede, Österreichs Neutralität und Sicherheitspolitik nach dem Beitritt zur Europäischen Union, ZfRV 1995, 142; vgl auch Schneider, Österreich, das neue Europa – und die Neutralität, in Krejci/Reiter/Schneider, Neutralität. Mythos und Wirklichkeit (1992) 53 (55 ff).

19 Wobei zu beachten ist, dass Art 9 Abs 1 B-VG das jeweils geltende Völkergewohnheitsrecht in die österreichische Rechtsordnung inkorporiert; vgl Loebeinstein, Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts und das staatliche Verfassungsrecht, in Mock/Schambeck, Verantwortung in unserer Zeit, FS Kirchschräger (1991) 143 (149); Zemanek, Ändert sich das völkerrechtliche Neutralitätsrecht und mit ihm die österreichische Neutralität? ÖJZ 1992, 177 (178).

20 Vgl Cede, ZfRV 1995, 142.

21 Türk, Die europäischen Neutralen und die Europäische Gemeinschaft, in

FS Kirchschräger (1991) 221 (224 ff); Zemanek, ÖJZ 1992, 177f mwH; Cede, Österreichs Neutralität und Sicherheitspolitik nach dem Beitritt zur Europäischen Union, ZfRV 1995, 142. In der früheren Literatur waren noch wesentlich umfassendere „Vorwirkungen“ dauernder Neutralität – iSv Rechtspflichten eines dauernd neutralen Staats in Friedenszeiten – angenommen worden; vgl zB Verosta, Die dauernde Neutralität, in: Verhandlungen des dritten Österreichischen Juristentages 1967, 66 ff; Schweizer, Dauernde Neutralität und europäische Integration (1977) 137 ff.

22 Art 2–4 des V. Haager Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges.

23 Ipsen, Völkerrecht⁴ (1999) § 72, Rz 18 und 20.

24 Ansonsten dürfte der benachteiligte Staat Selbsthilfemaßnahmen ergreifen, die den neutralen Staat in einen Krieg verwickeln und damit seine Neutralität beenden könnten

(Hummer, Der internationale Status Österreichs seit 1918, in Neuhold/Hummer/Schreuer, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts³ (1997) Rz 2784).

25 Zemanek, ÖJZ 1992, 180.

26 Von der völkerrechtlich verbindlich erklärten dauernden Neutralität zu unterscheiden ist die Neutralität im politischen Sinne (oder faktische Neutralität). Sie stellt lediglich die Entschlossenheit eines Staates dar, sich in Zeiten politischer Spannungen keiner der streitenden Parteien anzuschließen, sondern sich die Freiheit seiner außenpolitischen Entscheidung zu bewahren. Faktisch neutral sind etwa Schweden und Finnland. Vgl dazu Gehler, Finis Neutralität? (www.zei.de).

27 Bezeichnend ist jedenfalls, dass gerade jene politischen Kräfte, die außenpolitisch immer für eine restriktive Interpretation der Neutralitätspflichten, also deren Reduktion auf den harten Kern (sog Avocado-theorie) eingetreten sind, nun in der

innenpolitischen Diskussion mit einem umfassenderen Neutralitätsbegriff argumentieren.

28 Als Beispiel seien genannt: der Aufassungswandel hinsichtlich der Vereinbarkeit eines EG-Beitritts mit der Neutralität, das Verhalten Österreichs im zweiten Golfkrieg 1991 (Österreich hat damals fremden Streitkräften auf der Grundlage von Resolutionen des Sicherheitsrates Überflugs- und Durchführungsgenehmigungen erteilt) sowie die vorbehaltlose Mitwirkung an der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der EU durch Ratifizierung des Vertrags von Amsterdam. Vgl dazu die Darstellung bei Cede, ZfRV 1995, 142; Hummer in Neuhold/Hummer/Schreuer, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts³ (1997) Rz 2798.

Schweiz unterschieden.²⁹ Ein Vergleich der österreichischen Verteidigungsanstrengungen mit denen der Schweiz ist daher wenig zielführend.³⁰ Österreich sollte sich vielmehr bewusst sein, dass es in seinem Gestaltungsspielraum liegt, das Schwergewicht seiner Neutralitätspolitik auf die Übernahme friedensstiftender und -erhaltender Funktionen³¹ zu legen und so eine Entwicklung des Neutralitätsrechts in Richtung eines Unabhängigkeits- und Friedensrechts zu beeinflussen. Gerade neutrale Staaten scheinen heute dazu prädestiniert, die Förderung von Dialogbereitschaft sowie die Verrechtlichung internationaler Konfliktaustragung voranzutreiben.³²

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass Österreich neutralitätsrechtlich verpflichtet ist, die in seinem Rahmen zumutbaren Aktivitäten zur Verteidigung seines Luftraums zu setzen. Dass Abfangjäger im Falle des Eindringens fremder Kampfflugzeugeschwader in österreichischen Luftraum irgendetwas ausrichten könnten, darf jedoch stark bezweifelt werden.

4. Verfassungsrecht

Das völkerrechtlich zur Neutralität Gesagte gilt, da das Neutralitäts-BVG auch (bzw in erster Linie) eine Verfassungsrechtsquelle ist, gleichermaßen für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Frage nach der Notwendigkeit einer Luftraumsicherung.³³ Darüber hinaus ist innerstaatlich Art 9a Abs 1 B-VG zu beachten. Hier heißt es: „Österreich bekennt sich zur umfassenden Landesverteidigung. Ihre Aufgabe ist es, die Unabhängigkeit nach außen sowie die Unverletzlichkeit und Einheit des Bundesgebietes zu bewahren, insbesondere zur Aufrechterhaltung und Verteidigung der immerwährenden Neutralität.“

tät. (. . .)³⁴ Bei Erlassung dieser Bestimmung war ein klares Bekenntnis zur Landesverteidigung auch außerhalb der einem neutralen Staat obliegenden Aufgaben für notwendig erachtet worden.³⁵

Aus Art 9a B-VG folgt, dass militärisches Einschreiten grundsätzlich in folgenden Fällen geboten ist³⁶:

▶ wenn fremde Flugzeuge kriegerische Absichten gegen Österreich hegen,

▶ wenn sich fremde Flugzeuge, die sich in österreichischem Luftraum befinden, nicht identifizieren lassen und nicht klar ist, ob es sich um Militärflugzeuge handelt,

▶ wenn österreichischer Luftraum für kriegerische Kampf- oder Vorbereitungsmaßnahmen fremder Staaten missbraucht wird.

Andererseits lässt sich aus dem Bekenntnis zur umfassenden Landesverteidigung nicht die Pflicht ableiten, alles Denkmögliche zu unternehmen, um fremdes Eindringen in den österreichischen Luftraum zu verhindern. Art 9a B-VG steht als Staatszielbestimmung unter einem Zumutbarkeitsvorbehalt. Fraglich ist daher, welche Anstrengungen konkret eingegangen werden müssen, damit der österreichische Luftraum nicht zum Tummelplatz fremder Kampfflugzeuge wird. Zur Beantwortung dieser Frage kann ein Blick auf die empirischen Gegebenheiten hilfreich sein.

In den Jahren 1996–2001 wurden insgesamt 67 Einsätze mit Abfangjägern geflogen. Davon sind in 19 Fällen Rückfrageergebnisse erst nach dem Start eingetroffen, sodass der Flug meist vorzeitig beendet werden konnte. In den übrigen 48 Fällen kam es zu Identifizierungen der fremden Flugzeuge, wobei es in keinem Fall erforderlich war, ein Flugzeug, das den

österreichischen Luftraum verletzt hat, zur Landung zu zwingen.³⁷

Wie viele dieser Einsätze militärisch erforderlich waren und wie viele luftfahrtpolizeilichen Charakter hatten, lässt sich dem Zahlenmaterial nicht entnehmen. Verfassungsrechtlich relevant ist diese Unterscheidung insofern, als es für die bloße Luftfahrtpolizei keinen Verfassungsauftrag gibt. Welcher Aufwand zur Gewährleistung der zivilen Rechtsbefolgung, also der „Verkehrssicherheit“ im Luftraum, betrieben wird, ist somit eine rein politische – und keine verfassungsrechtliche – Frage. Ob für die wenigen Fälle militärischen Einschreitens ein Aufwand in Höhe des kolportierten Kaufpreises von 1,8 Milliarden Euro für 24 Eurofighter zumutbar ist, ist jedenfalls diskutierbar.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass es ein verfassungsrechtliches und völkerrechtliches Gebot zu einer angemessenen Luftraumverteidigung gibt. Wie eine angemessene Luftraumsicherung auszusehen hat, wird durch verschiedene Faktoren bestimmt, die sich in der Art eines beweglichen Systems wechselseitig beeinflussen. Zu diesen Faktoren gehören die außenpolitische Lage, die technischen Möglichkeiten, das militärstrategische Klima sowie die Budgetsituation. So wird es in Zeiten wirtschaftlicher Hochkonjunktur und instabiler Sicherheitslage schwerer zu rechtfertigen sein, keine aktive Luftraumüberwachung zu betreiben. Bewaffnete Konflikte, durch die Österreich betroffen sein könnte, sind allerdings derzeit sehr unwahrscheinlich.³⁸

Zu beachten ist weiters, dass die Aufrechterhaltung äußerer Sicherheit

²⁹ So ist Österreich bereits 1955 der UNO beigetreten, während die Schweiz einen UNO-Beitritt lange mit seiner Neutralität als unvereinbar erachtete und erst 2002 der UNO beitrug.

³⁰ Die Verteidigungsanstrengungen Österreichs, die von Anfang an durch die Rüstungsbeschränkungen des Staatsvertrages limitiert waren, ließen sich von jeher weder absolut noch verhältnismäßig mit jenen der umliegenden Staaten vergleichen (Zemanek, ÖJZ 1992, 177).

³¹ ZB Vermittlung zwischen Kriegführenden Staaten, peace-keeping, Beherbergung von Internationalen Organisationen, Übernahme huma-

nitärer Aufgaben; vgl dazu auch Türk in FS Kirchschräger (1991) 225.

³² Bader, Was bedeutet Neutralität? (www.univie.ac.at/dieuniversitaet/2001/wissen).

³³ Bloß der Adressatenkreis ist ein anderer: Völkerrechtlich ist Österreich zur Einhaltung der sich aus dem Neutralitäts-BVG ergebenden Bindungen gegenüber anderen Staaten verpflichtet; innerstaatlich hingegen sind das Neutralitäts-BVG sowie Art 9a B-VG Staatszielbestimmungen (also Rechtsnormen grundsätzlichen Inhalts), aus denen Bindungen sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Vollziehung abzuleiten sind, die aber keine sub-

jektiven Rechte einräumen. (Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Band 1 (1997) Rz 03.020; Öhlinger, Verfassungsrecht⁴ (1999) Rz 90).

³⁴ Diese Bestimmung ist zB bei der Auslegung einschlägiger einfachgesetzlicher Regelungen zu berücksichtigen, vgl VfSlg 12.465/1990.

³⁵ Wobei aber die sich aus dem Neutralitätsstatus Österreichs ergebenden Verpflichtungen besonders zu berücksichtigen sein sollten (RV 1461 BlgNR 13. GP).

³⁶ Die einfachgesetzliche Befugnis zum militärischen Einschreiten ergibt sich in diesen Fällen aus § 26 MBC.

³⁷ Diese Angaben stammen aus der Beantwortung einer dringlichen Anfrage durch den Bundesminister für Landesverteidigung, 1939/J-BR BR.

³⁸ Eine existenzbedrohende Aggression gegen Österreich mit konventionellen Streitkräften ist nur im Falle einer grundlegenden strategischen Veränderung der politischen Lage in Europa denkbar; eine solche hätte nach derzeitigen militärstrategischen Beurteilungen eine Vorlaufzeit von sieben bis zehn Jahren. Vgl dazu die als „Sicherheits- und Verteidigungsdoktrin“ bezeichneten Entschlüsse AB 939 BlgNR 21. GP.

nur eine von zahlreichen Staatsaufgaben ist. Die pathetische Formel „Sicherheit ist nicht alles, aber ohne Sicherheit ist alles nichts“³⁹ lässt sich auch mit den Variablen Gesundheit, Umweltschutz oder Grundsicherung füllen. Dass der Staat die lückenlose und umfassende Bewältigung sämtlicher Aufgaben nicht garantieren kann, liegt auf der Hand. Die Entscheidung darüber, welcher Stellenwert den einzelnen Aufgaben zu einem bestimmten Zeitpunkt eingeräumt wird, ist letztlich Sache der Politik und sollte auch als solche deklariert werden. Der Bevölkerung die Notwendigkeit von Abfangjägern unter dem Deckmantel des verfassungsrechtlichen Erfordernisses zu verkaufen ist jedoch schlichtweg unseriös.

VAss. MMag^a. Daniela Tomasovsky ist Assistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

Die Verfassung für Europa – Königsweg zu einem europäischen Sozialmodell?

Reinhard Rack/Daniela Fraiße

Der 207-köpfige EU-Zukunftskonvent tagt seit nunmehr einem Jahr und nähert sich immer weiter seinem Ziel, welches bekanntlich in der Ausarbeitung einer europäischen Verfassung besteht.¹ Diese soll die existierenden Verträge zusammenfassen und vereinfachen und dadurch sowohl die Effizienz der auf 25 Mitglieder erweiterten Union sichern als auch das europäische Normengefüge für den Bürger durchschaubar und verständlich machen.

Überhaupt sind die Bürger wieder mehr in den Mittelpunkt zu stellen, nur wenn sie sich mit der europäischen Idee identifizieren und diese unterstützen, kann die Integration ein Erfolgsprojekt bleiben. Die feierliche Proklamation der EU-Grundrechtecharta in Nizza bedeutete einen ersten Schritt in Richtung Bürgernähe, der Verfassungskonvent geht diesen Weg nun weiter. Neben strukturellen Inhalten wie Institutionenreform und Vereinfachung der Rechtsetzungsverfahren und Rechtsetzungsinstrumente, geht der Konvent auch den Wünschen und Ängsten der Bürger auf den Grund. Dazu gehören vor allem Fragen der sozialen Sicherheit, der Sicherung von Arbeitsplätzen sowie der Kranken- und Altersversorgung.²

Schon im Grundrechtekonvent setzte man sich mit diesen Fragen, sowie mit der Möglichkeit, das Europäische Sozialmodell im Grundrechtskata-

log festzuschreiben, intensiv auseinander. Damals fand man zu der Lösung, die Position von einklagbaren Rechten für klassische Grundrechte zu reservieren und soziale Rechte vor allem in der Formulierung von Staatszielbestimmungen in die Charta aufzunehmen.³

Der gegenwärtige Konvent griff die Problematik der Verankerung des Europäischen Sozialmodells in der Verfassung – unabhängig von den Bestimmungen der Grundrechtecharta – wieder auf. Der Ausgang dieser Diskussion ist derzeit noch ungewiss, warum und wie sich der Verfassungskonvent mit dieser Frage beschäftigt und welche Gefahren damit verbunden sein können, sei hier kurz erklärt.

Die Phase des Zuhörens

Gemäß dem Vorschlag seines Präsidenten, Valérie Giscard d'Estaing, sind die Arbeiten des Konvents in drei Phasen gegliedert. Im Anschluss an die Eröffnungssitzung vom 28. Februar 2002 begann die so genannte Phase des Zuhörens, welche dem Dialog der Konventionsmitglieder untereinander sowie des Konvents mit den Bürgern gewidmet war.

Schon in der ersten regulären Sitzung, wo es um die Erwartungen an das zukünftige Europa ging, kam dessen soziale Dimension zur Sprache.⁴ Die Forderung nach einer besseren Abstimmung von Wirtschafts- und Sozial-

¹ Zu Arbeit und Organisation des Konvents in seiner Anfangsphase vgl: Rack/Fraiße, Der Konvent zur Zukunft Europas – ein neues Modell demokratischer Entscheidungsfindung, JRP 2002, 219.

² Dass diese von den europäischen Bürgern als vorrangig betrachtet werden, belegen ua die regelmäßig erscheinenden Eurobarometer. Vgl. Eurobarometer 56.1, 57 und 58, http://europa.eu.int/comm/public_opinion/

³ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI 2000/C 364/01 v 18. 12. 2000.

⁴ CONV 14/02. Die im gegenständlichen Artikel zitierten Dokumente des Konvents finden sich unter <http://european-convention.eu.int>.

politik zog sich in weiterer Folge wie ein roter Faden durch viele der Debatten, sowohl im Plenum als auch in den ab Mai tätigen Arbeitsgruppen.

Im Rahmen des Dialogs mit der Zivilgesellschaft, welcher Mitte Juni 2002 in einer eigenen Plenarsitzung gipfelte, fanden soziale Aspekte und die diesbezüglichen Erwartungen der Bürger umfassende Behandlung. Zur Strukturierung der Debatte hatte man im Vorfeld des Plenums acht informelle Kontaktgruppen unter Leitung von Mitgliedern des Konventspräsidiums eingerichtet. Diesen war die Aufgabe übertragen, die unterschiedlichen Themenbereiche für die Plenardiskussion vor- und aufzubereiten, sie standen sowohl NGOs als auch Privatpersonen offen. Jene Gruppe, welche sich mit den sozialen Perspektiven beschäftigte, präsentierte im Plenum folgende Forderungen als Ergebnis ihres Dialogs⁵:

- ▶ Stärkere Stellung der EU-Grundrechtecharta
- ▶ Effektive Gleichstellung von Männern und Frauen durch Verankerung als Zielbestimmung in der Verfassung
- ▶ Ausgleich zwischen Wirtschafts- und Sozialpolitik, insbesondere durch Förderung des Lissabon-Prozesses
- ▶ Stärkere Betonung des sozialen Dialogs
- ▶ Beibehaltung des europäischen Sozialmodells

Auch im Schlussdokument des Jugendkonvents⁶, welcher im Juli 2002 parallel zum Verfassungskonvent tagte und welchem ähnliche inhaltliche Aufgaben gestellt waren, fand sich der Wunsch, Europa sozialer zu gestalten. Die Jugendlichen gingen in ihren Forderungen jedoch ein Stück weiter als die in der sozialen Kontaktgruppe vertretenen NGOs. Sie stellten unter anderem fest, dass die soziale Absicherung Bestandteil der europäischen Identität geworden sei und forderten gemeinschaftliche Rechtsvorschriften im Bereich der Sozialpolitik und der Chancengleichheit. Auch eine Koordinierung der Lohnpolitiken und der Abschluss unionsweit anerkannter Tarifverträge wurden befürwortet. Diese Forderungen gehen zwar eindeutig über die Kompetenzen der EU hinaus,

sie zeigen aber deutlich, dass die nach wie vor bestehenden wirtschaftlichen und sozialen Unterschiede in Europa gerade von Jugendlichen besonders intensiv wahrgenommen werden und viele, von den Politiken ihrer Nationalstaaten Enttäuschte, große Hoffnungen in die EU setzen. Dass diese jedoch nur fördernd und nicht regulierend tätig werden kann, haben die Jugendlichen bei der Bekämpfung der Langzeitarbeitslosigkeit sehr wohl erkannt, dort sprachen sie sich für leistungsfähigere EU-Strategien aus.

Bei den grundlegenden Zielen setzte sich der Jugendkonvent für die Erwähnung der nachhaltigen Entwicklung ein, zudem sollten Wirtschafts- und Sozialpolitik besser aufeinander abgestimmt werden und so zur Steigerung der Erwerbsquote – bei gleichzeitiger Wahrung der Grundrechte der Arbeitnehmer – beitragen.

Diese beiden Veranstaltungen waren ebenso wie das Internetforum des Konvents⁷ äußerst wichtig, um die Erwartungen der Bürger auszuloten. Dass es in den Debatten nicht ausschließlich um soziale Fragen ging, versteht sich von selbst, dass diese aber andererseits beinahe jedes Mal zur Sprache kamen, auch. Der Konvent konnte sich bis zum Sommer ein umfassendes Bild von den Wünschen und Ängsten der Bürger machen; die Einflechtung dieser Erwartungen in konkrete Dokumente und Textvorschläge wurde in den folgenden Phasen in Angriff genommen.

Die Analysephase

Die zweite Phase des Konvents begann nach der Sommerpause. Sie diente, wie der Name schon sagt, der Analyse der bis dahin erzielten Ergebnisse. Als Basis für die Aussprachen im Plenum wurden die Schlussberichte der elf Arbeitsgruppen herangezogen, welche in zwei Wellen, inklusive einem Nachzügler, tätig waren. Für die gegenständliche Betrachtung interessieren vor allem die Arbeiten zweier Gruppen.

Arbeitsgruppe Ordnungspolitik

Unter dem Vorsitz des ehemaligen Präsidenten des Europaparlaments, Klaus

Hänsch, tagte diese Gruppe von Juni bis Oktober 2002 und sollte sich laut ihrem Mandat vorwiegend mit Fragen der Wirtschafts-, Währungs- und Finanzpolitik beschäftigen. Da aber Wirtschaftspolitik eng mit Sozial- und Beschäftigungspolitik verbunden ist, nutzten einige Mitglieder die Gelegenheit, eine sozialpolitische Diskussion zu initiieren und damit ihr Missfallen über das Fehlen einer eigenen Arbeitsgruppe für soziale Fragen zum Ausdruck zu bringen.

Der Schlussbericht der Gruppe enthielt schließlich nur wenige neue Vorschläge zur Wirtschaftsverfassung im eigentlichen Sinn, hingegen eine nicht unbeträchtliche Zahl von Verweisen sozialpolitischen Inhalts. Einzig bei der Notwendigkeit, die wirtschaftlichen und sozialen Ziele in die Verfassung aufzunehmen, war man einstimmiger Ansicht, bei den Kernpunkten des Mandats konnten nur mittelmäßige Ergebnisse erzielt werden, welche vorwiegend auf einem Festhalten am status quo basierten.⁸ Im Hinblick auf die sozialen Aspekte der Verfassung wurde vorgeschlagen, nachhaltiges Wachstum, Vollbeschäftigung, sozialen und territorialen Zusammenhalt sowie soziale Marktwirtschaft als Ziele der Union zu definieren. Einige Mitglieder setzten sich dafür ein, das Mandat der Europäischen Zentralbank um die Ziele Wachstum und Beschäftigung zu erweitern. Wie Klaus Hänsch bei der Präsentation der Ergebnisse im Plenum zutreffend bemerkte, hatte die Arbeitsgruppe die Konfliktlinien des Konvents deutlich gemacht. Die Leitlinien der Wirtschafts- und Sozialpolitik, welche jeden Einzelnen unmittelbar berühren und nicht nur die Zukunft der EU, sondern die Zukunft aller Bürger beeinflussen, konnten nicht emotionslos diskutiert werden – die Suche nach konsensfähigen Lösungen musste denn auch länger dauern als das Mandat einer Arbeitsgruppe.

Sozialdebatte im Konvent

Im Anschluss an die Vorstellung des Berichts der Arbeitsgruppe Ordnungspolitik und die dazugehörige Debatte stand eine gesonderte Aussprache zur

5 CONV 167/02.
6 CONV 205/03.
7 <http://european-convention.eu.int/forum>.

8 CONV 357/02. Geld- und Währungspolitik sollen auf EU-Ebene zentralisiert bleiben, Wirtschafts-, Sozial-, Beschäftigungs-, Steuer- und

Haushaltspolitik sollen im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten belassen werden; die Formen der Koordinierung – zwischen der EU

und den Mitgliedstaaten einerseits und den einzelnen Politikbereichen andererseits – sind zu überdenken und stärken.

sozialen Dimension Europas auf der Tagesordnung. Diese fand auf dringenden Wunsch zahlreicher Konventsmitglieder statt⁹, die Verknüpfung der beiden Punkte war aufgrund der Komplementarität der Themenbereiche nahe liegend.

Die Motivation der Konventsmitglieder, diese Debatte zu führen und ihren konkreten Ablauf mitzubestimmen, gründete in dem Bewusstsein, dass für den eigentlichen Souverän, also den europäischen Bürger, soziale Themen im Vordergrund stehen. Der Konvent musste diese Fragen aufgrund seiner Verpflichtung dem Wähler gegenüber aufgreifen und eine ernsthafte Auseinandersetzung führen. Quintessenz der Aussprache war die Erkenntnis, dass Europa mehr als ein Binnenmarkt sein und einen praktikablen Ausgleich zwischen wirtschaftlichen Zielsetzungen und sozialem Schutz finden müsse. Soziale Werte und Ziele sollten in der Verfassung an prominenter Stelle verankert werden und dadurch die Bedeutung des europäischen Sozialmodells veranschaulichen. Gleichzeitig müsse aber eine klare Unterscheidung zwischen Sozialpolitik auf europäischer Ebene und auf Ebene der Mitgliedstaaten getroffen und ehrlich ausgesprochen werden, dass keine Vereinheitlichung der sozialen Systeme gewünscht sei. Beinahe geschlossen forderten die Redner die Einsetzung einer neuen Arbeitsgruppe, um diesen wichtigen Themenbereich – und vor allem dessen verfassungsrechtliche Implikationen – angemessen analysieren zu können.

Arbeitsgruppe Soziales Europa

Anfang Dezember 2002 nahm der Nachzügler unter den Arbeitsgruppen seine Tätigkeit auf. Unter dem Vorsitz des griechischen Europaparlamentarierers Giorgios Katiforis hatten die rund 30 aktiven Mitglieder zwei Monate Zeit, Antworten auf die sieben Fragen des Mandats¹⁰ zu finden. Die Gruppe hatte zu klären, um welche Werte und Ziele die Verfassung erweitert werden soll, ob die Zuständigkeiten der Union im sozialen Bereich ausreichend sind, welchen Platz die Methode der offenen

Koordinierung in der Verfassung haben könnte, ob Wirtschafts- und Sozialpolitik besser zu koordinieren sind, ob Beschlüsse häufiger mit qualifizierter Mehrheit gefasst werden können und welche Rolle den Sozialpartnern zukommen soll.

In ihrem Schlussbericht kam die Gruppe zu folgenden Ergebnissen:

► Die Werte der Union sollten kurz und präzise formuliert werden. Neben den bereits vom Präsidium¹¹ vorgeschlagenen Werten Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit trat die Gruppe dafür ein, Gerechtigkeit, Solidarität und Gleichheit, insbesondere die Gleichstellung von Männern und Frauen, in Artikel 2 der Verfassung aufzunehmen.

► Die sozialen Ziele der Union sollten den wirtschaftlichen Zielen gleichgestellt werden. Die Gruppe forderte deshalb eine umfassende Aufzählung in Artikel 3 der Verfassung. Diese sollte unter anderem die Förderung von Vollbeschäftigung, sozialer Gerechtigkeit und sozialem Frieden, der nachhaltigen Entwicklung, des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts, der sozialen Marktwirtschaft, des lebenslangen Lernens, eines hohen Maßes an sozialem Schutz und eines hohen Gesundheitsniveaus, der Gleichstellung von Männern und Frauen sowie der Rechte der Kinder festschreiben. Einige dieser Vorschläge finden sich auch in Artikel 3 des Präsidiumsentswurfs, dort wird zudem klargestellt, dass die Verfolgung der Ziele der Union abhängig ist vom Umfang der ihr im jeweiligen Bereich übertragenen Zuständigkeiten.

► Bei den Zuständigkeiten prüfte die Gruppe, ob Art 137 Abs 1 EGV in seiner derzeitigen Fassung belassen werden soll oder ob die sozialen Kompetenzen der EU zu erweitern bzw einzuschränken sind. In dieser Frage konnte kein Konsens erzielt werden, die Debatte im Plenum brachte aber zu Tage, dass die Mehrheit der Konventsmitglieder keine Erweiterung der Zuständigkeiten in diesem Bereich wünscht. Sehr wohl sollte es eine Änderung im Anwendungsbereich von Art 152 EGV geben, um eine Rechtsgrundlage für EU-Maß-

nahmen gegen übertragbare Krankheiten zu schaffen.

► Die vom Europäischen Rat in Lissabon eingeführte Methode der offenen Koordinierung, welche der informellen und flexiblen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten dient, sollte bei den Instrumenten der Union definiert werden. Die Methode wird in unterschiedlichen Formen und jedes Mal in einem Ad-hoc-Verfahren, beispielsweise in den Bereichen Beschäftigung, allgemeine und berufliche Bildung, Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung, Forschungspolitik und Unternehmenspolitik angewandt. Die eine Verankerung in der Verfassung befürwortenden Mitglieder vertraten die Auffassung, dass dadurch die Transparenz der Methode erhöht werden könnte, vor allem weil man von vielen verschiedenen Anwendungsformen zu einer einzig gültigen Praktik gelangen würde. Dies wäre unter anderem ein Schritt in Richtung Bürgernähe und würde dem Mandat von Laeken entsprechen.

► Wie beim Europäischen Rat in Barcelona beschlossen, soll eine bessere Koordinierung von Wirtschafts- und Sozialpolitik dadurch erreicht werden, dass die Zeitpläne für die Festlegung der wirtschaftspolitischen Leitlinien und des jährlichen Beschäftigungspakts aufeinander abgestimmt werden. Die Kohärenz zwischen diesen Politikbereichen sollte durch die Frühjahrstagung des Europäischen Rates garantiert werden.

► Die Frage, ob es zu einer Ausdehnung von Mitentscheidung und Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit kommen soll, konnte weder in der Arbeitsgruppe, noch im Plenum beantwortet werden. Viele Redner warnten vor der Gefahr der absoluten Blockade, sobald die Union der 25 einstimmig beschließen muss, andere verwiesen auf den Kompromiss von Nizza, wonach man einstimmig von der Einstimmigkeit abgehen kann. Auch wurde eine überqualifizierte Mehrheit für besonders sensible Bereiche vorgeschlagen, keine dieser Positionen fand jedoch ausreichende Unterstützung.

► Bei der Festlegung der Rolle der Sozialpartner herrschte weitgehend Ei-

9 Nach der Sommerpause forderte ein gutes Fünftel der Mitglieder eine Sozialdebatte sowie die Einsetzung einer entsprechenden Arbeitsgruppe, vgl

CONV 300/02. Laut Geschäftsordnung des Konvents (CONV 9/02) muss das Präsidium den Anträgen auf Aufnahme neuer Tagesordnungspunkte

bei ausreichender Unterstützung entsprechen, über die Einsetzung von Arbeitsgruppen entscheidet es in eigener Verantwortung.

10 CONV 421/02.

11 Entwurf der Artikel 1 bis 16 des Verfassungsvertrags, CONV 528/03.

nigkeit. Insbesondere die herausragende Bedeutung des sozialen Dialogs für das europäische Sozialmodell sollte in der Verfassung Erwähnung finden.

Diese Ergebnisse bildeten den Ausgangspunkt für die Debatte im Plenum, wo sich auch mahnende Stimmen zu Wort meldeten. Denn trotz aller Euphorie, welche die Idee eines sozialen Europa vielleicht auslösen mag, muss man realistisch bleiben und sich fragen, welche Aufgaben die EU tatsächlich wahrnehmen kann und ob nicht zu hoch gesteckte Ziele falsche Hoffnungen wecken.

Europäisches Sozialmodell in Verfassungsrang?

Man darf nicht vergessen, dass der Konvent eine Verfassung, also die rechtliche Grundordnung Europas, ausarbeitet. Dabei muss ein für die Bürger lesbarer Text entstehen, welcher die bestehenden Verträge entwirrt und klassische konstitutionelle Regelungen, wie Grundrechte, Gewaltenteilung und Kompetenzverteilung, umfasst. Gerade bei den Grundrechten, den Werten und den Zielen stellte sich in Verfassungsdiskussionen der jüngsten Zeit immer wieder die Frage, inwieweit soziale Bestimmungen in ein solches Dokument aufzunehmen sind.¹²

Es ist klar, dass sich Europa auch in Zukunft vom amerikanischen Hire-and-fire-Modell unterscheiden und zum System der sozialen Marktwirtschaft bekennen muss. Doch ist dazu wirklich das Mittel der Verfassungsbestimmung das geeignete? Viele der verführerisch klingenden sozialen Ziele bergen die Gefahr, dass sie mit den Instrumenten der EU nicht umgesetzt werden können und letztendlich die Asymmetrie zwischen großen Zielen und schwachen Instrumenten der positiven Grundintention zuwiderläuft.

Bei genauerem Hinsehen und dem Vergleich mit nationalstaatlichen Regelungen stößt man auch auf die techni-

sche Unmöglichkeit, Fragen der sozialpolitischen Ausstattung durch Verfassungsrecht sicherzustellen. Ein Blick auf den politischen Alltag in den Mitgliedstaaten zeigt deutlich, dass schon im nationalen Bereich soziale Gesetzgebung immer nur mit knappen Mehrheiten möglich ist und dass gerade jene Länder, deren Verfassungen soziale Grundrechte kennen, bei der Ausgestaltung dieser Rechte und den damit einhergehenden tatsächlichen Ansprüchen der Bürger weit hinter Staaten zurückbleiben, welche Sozialgesetzgebung einfachgesetzlich betreiben und oft auf regionaler oder kommunaler Ebene umsetzen.¹³ Die Verlagerung von sozialpolitischen Agenden auf Unionsebene würde jeglicher Denkglogik widersprechen und letztendlich nur dazu dienen, nicht erfüllbare Erwartungen zu wecken.

Ein Punkt, den es in diesem Zusammenhang auch zu bedenken gilt, betrifft die Frage der Finanzierung sozialer Zielsetzungen. Denn wenn die Förderung bestimmter Ziele Eingang in die Verfassung findet, müssen dafür auch Mittel zur Verfügung gestellt werden. Hier tut sich eine weitere Kluft in der Debatte auf – einerseits sollte die EU Vollbeschäftigung und soziale Sicherheit fördern, andererseits dürfen die nationalen Budgets nicht durch zusätzliche EU-Ausgaben belastet werden. Dieser Spagat ist nur zu bewerkstelligen, wenn klargestellt wird, dass die EU zwar voll und ganz hinter den Zielen steht, diese aber in keiner Weise selbst umsetzen kann.

Schlussbemerkungen

Die bisherigen Diskussionen haben gezeigt, dass sich der Konvent den politischen Realitäten nicht verschließen kann. Seine eigentliche Aufgabe aber ist die eines Verfassungsgebers, primär muss er sich mit verfassungsrechtlich relevanten Inhalten auseinander setzen.

Dieser Erkenntnis folgte man in den Debatten zur Gemeinsamen Außen-

und Sicherheitspolitik, zur Verteidigungspolitik und zu den für den Bürger ebenfalls sehr wichtigen Bereichen Justiz und Inneres. Hier wurde konkrete Politik besprochen und dennoch stand es nie außer Zweifel, sich auf Themen wie Kompetenzverteilung oder Verfahren und Instrumente der Rechtsetzung zu konzentrieren. Auch bei den noch zu erwartenden Diskussionen über die sozialen Aspekte Europas sollte man sich diese Ergebnisse in Erinnerung rufen und von konkreter Politikgestaltung absehen.¹⁴

Soziale Werte und Ziele sind ein positives Signal und sie machen in einer Verfassung guten Sinn. Die entsprechenden Artikel dürfen aber nicht den Charakter einer Wunschliste annehmen, sie müssen verständlich und übersichtlich bleiben und in gewisser Weise auch die Grenzen der EU aufzeigen. Nur wenn Europa seinen Bürgern mit Ehrlichkeit begegnet, wird auch die erweiterte EU handlungsfähig sein können.

Univ.-Prof. Dr. Reinhard Rack lehrt Öffentliches Recht und Europarecht an der Karl-Franzens-Universität Graz und ist Mitglied des Europäischen Parlaments. Mag^a. Daniela FraiB ist wissenschaftliche Mitarbeiterin im Europäischen Parlament.

¹² Vgl hierzu die äußerst kritische Auseinandersetzung von *Meinhard Heinze* im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der EU-Grundrechtecharta: *Heinze*, Soziale Grundrechte in Europa – Chancen und Risiken, in *Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung ua* (Hrsg), Soziale Grundrechte in der Europäischen Union (2000/2001) 227.

¹³ Vgl Europäisches Parlament, Generaldirektion Wissenschaft, Arbeitsdokument, Soziale Grundrechte in Europa, Reihe soziale Angelegenheiten SOCI 104 DE (1999) 13 ff. ¹⁴ Die Anfang März 2003 abgehaltene Debatte über die Artikelentwürfe des Präsidiums hat gezeigt, dass die Position der Sozialpolitik bei den zwischen Union und Mitglied-

staaten geteilten Zuständigkeiten unumstritten ist. Die Union besitzt also prinzipiell Gesetzgebungskompetenz, ist aber nicht verpflichtet, davon Gebrauch zu machen. Die Umsetzung der Gesetze obliegt den mitgliedstaatlichen Parlamenten, diese haben die dazu geeigneten Formen und Mittel zu wählen. Die Beschäftigungspolitik der

Mitgliedstaaten ist gemäß Art 15 des Entwurfs im Rahmen der Union zu koordinieren, die EU kann Ergänzungs- und Unterstützungsmaßnahmen ergreifen. Vgl CONV 528/03.

Keine Frage der „Denklogik“

Alexander Somek

Wenn Robert Kagan Recht hat, dann sind die Amerikaner vom Mars und die Europäer von der Venus.¹ Bei den Cowboys vom Mars wird nicht lange gefackelt. Verhandlungen gibt's nicht. Sofort rauchen die Colts. Die Welt wird unterteilt in Gute und Schurken. Die Schurken werden von den Guten aufgeknüpft. Ihre Wohnstätten werden demoliert. So verhält es sich in den internationalen Beziehungen. Ähnlich ist es in der Arbeitswelt. Auf hire folgt fire. Das ist der martialische Weg.

Europa ist liebenswürdiger. Auf internationaler Ebene ringt man geduldig um den Frieden. Die Lehrbücher des Arbeitsrechts bestehen (noch) nicht aus leeren Seiten. Wir haben ein Sozialmodell. Europa ist anders. Es ist besser. Aus der Sicht der guten Europäer gehört Amerika kraft Selbstzuordnung zur Achse des Bösen (jedenfalls, was die Sozialpolitik angeht).

Ich bin geneigt, die Dinge so zu sehen. Als liebenswürdiger Europäer bin ich versucht, die politische Unterscheidung zu akzeptieren, der die Beschwörung des „Europäischen Sozialmodells“ entspringt. America is ugly, Europe is sweet.

Wegen meiner Neigung, die Dinge so zu sehen, habe ich den vorstehenden Bericht von Rack und Fraiß mit beträchtlicher patriotischer Begeisterung gelesen. Ich gewinne den Eindruck, dass die verschiedensten Versammlungen im Umkreis des „Verfassungskonvents“ und die ihm zugeordneten Ausschüsse dabei sind, den Integrations-

prozess auf die Zielgerade zu bringen. Mit der Aussicht auf ein handliches Verfassungsdokument hat das nichts zu tun. Ein solches ist ohnedies nur eine Sache der public relations.² Ich sehe vielmehr die Integration bei dem Problem ankommen, das eine ihrer wichtigsten Ursachen darstellt. Es geht um die soziale Frage. Die Union beginnt das zu begreifen. Den lenkenden Stellen und ihren Leistungsträgern ist wohl gedämmert, dass, wenn sich die Europäischen Bürgerinnen und Bürger überhaupt für etwas in der Europäischen Union interessieren, es die Zukunft ihrer sozialen Sicherung und ihrer sozialen Rechte ist.

Dieses Interesse ist konsistent europäisch. An ihm manifestiert sich historische Kontinuität. Das wird mitunter vergessen. Die Vorgeschichte der Integration wird gerne als eine Geschichte des nationalistischen Wahns erzählt. Das ist nicht falsch. Aber man gelangt auf diesem Weg nur zu einer halbierten Beschreibung. Ohne soziale Probleme hätte es keinen nationalistischen Wahn gegeben. Die Vorgeschichte des Integrationsprojekts ist auch die Geschichte von sozialen Kämpfen (sogar von Klassenkämpfen, huh!). Sie lässt sich als Ringen um das Europäische Sozialmodell verstehen, in das ironischerweise noch die EG verwickelt worden ist. Die EG ist ein Projekt des Kalten Krieges.³ Die Marsmenschen waren bei ihrer Gründung dabei (auch wenn sie lieber unsichtbar geblieben sind). Jetzt scheint der Punkt

erreicht zu sein, an dem die EU mit einer Nachkriegsordnung aufräumen könnte, deren letztes Relikt sie in gewisser Weise selbst darstellt. Sie kann über sich selbst hinauswachsen. Das ist eine große Chance.

Weil ich die Dinge so sehe, muss ich Zweifel an einer Einschätzung anbringen, die in dem Beitrag von Rack und Fraiß wenigstens implizit zum Ausdruck kommt. Demnach hat die EU momentan keine sozialpolitisch relevante Verfassung. Das zu behaupten, ist kurzfristig. Die EU hat eine soziale Verfassung und insofern schon jetzt ein Sozialmodell.⁴ Die Grundfreiheiten und das Wettbewerbsrecht lassen sich als die beiden Pfeiler dieses Modells deuten, das in Europa im Verfassungsrang steht.⁵ Es handelt sich um ein Sozialmodell, das die Wahrnehmung nationaler Gemeinwohlinteressen gravierenden rechtlichen und politischen Beschränkungen unterwirft.⁶ Nach Ehlermann hat Europa die am deutlichsten marktwirtschaftlich orientierte Verfassung der Welt.⁷ Die EU hat eine solche in einem höheren und intensiveren Maße als die Marsmenschen links vom nördlichen Atlantik. Deren Höchstgericht hat es Ende der zwanziger Jahre des vorigen Jahrhunderts aufgegeben, die Vertragsfreiheit für ein Verfassungsprinzip zu halten und damit der Sozialpolitik verfassungsrechtlich den Weg geebnet.⁸ Deswegen ist die Sozialgesetzgebung aus verfassungsrechtlicher Sicht auf dem Mars geringeren Einschränkungen unterworfen als auf der Venus. In einer Gemeinschaft, in der die Artikel 86–89 EG Vertrag (betreffend öffentliche Unternehmungen und staatliche Beihilfen) und Präzedenzfälle wie *Decker*⁹ oder *Albany*¹⁰ in Kraft sind, sind der nationalen Sozialpolitik scharfe Grenzen gezogen. Die Debatte um das Sozialmodell, die nunmehr in Gang kommt, erlaubt es der Union, sich ihre *politische Rigidität* nach

¹ Siehe Kagan, Power and Weakness, Policy Review 113 (2002), http://www.policyreview.org/JUN02/kaan_print.html.

² Für eine ähnliche Beobachtung betreffend die Grundrechtscharta siehe Haltern, Europe Goes Camper. The EU Charter of Fundamental Rights From a Consumerist Perspective, <http://les1.man.ac.uk/conweb/>.

³ Siehe dazu bloß Dinan, Ever Closer Union. An Introduction to European Integration (2d ed 1999) 29–35.

⁴ Man denke bloß daran, dass am Beginn des Integrationsprozesses die Sozialpolitik weitestgehend als Marktintegration und Mobilitätsförderung verstanden worden ist. Siehe dazu Streeck, Vom Binnenmarkt zum Bundesstaat? Überlegungen zur politischen Ökonomie der europäischen Sozialpolitik, in Leibfried/Pierson (Hrsg), Standort Europa. Europäische Sozialpolitik (1998) 369–421 (379ff); Syrpis, The Integrationist Rationale for EU Social Policy, in Shaw (ed),

Social Law and Policy in an Evolving European Union (2000) 17–30.

⁵ Siehe dazu jüngst Cruz, Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community (2002) 71.

⁶ Siehe dazu allgemein Scharpf, Governing in Europe. Effective and Democratic? (1999).

⁷ Siehe Ehlermann, The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market (1992) 29 Common Market Law Review 257.

⁸ Siehe West Coast Hotel v. Parrish, 300 U. S. 379, 391 (1937); einführend dazu Somek, Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht (2001) Kap 5.

⁹ Siehe Rs C-120/95, Decker v Caisse de Maladie des Employés Privés, Slg 1998, I-1831.

¹⁰ Siehe Rs C-67/96, Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Slg 1999, I-5751.

dem Ende der Nachkriegsordnung vor Augen zu führen.¹¹

Eine solche Debatte sollte mit verfassungsvergleichender Umsicht und politikwissenschaftlichem Vorwissen geführt werden. Es wird nicht angehen, es wie Rack und FraiB mit den Marsmenschen zu halten,¹² und die Verbürgung sozialer Rechte als gegen die „Denklogik“ verstoßend abzutun.¹³ Die Italiener können mit sozialen Rechten sinnvoll judizieren,¹⁴ auch den Ungarn ist das nicht fremd.¹⁵ Auch macht es keinen Sinn, das Europäische Sozialmodell der Zukunft einfach als die „soziale Marktwirtschaft“ auszugeben.¹⁶ Einerseits nähme man damit pars pro toto, dh das konservative Sozialmodell kontinentaleuropäischer Staaten für das Ganze, und übersähe andererseits die Vielfalt von Sozialmodellen, die in europäischen Staaten realisiert worden sind.¹⁷

Vor der Integration solcher Modelle zu einem universalistischen europäischen Modell schreckt man heute allgemein zurück.¹⁸ Das liegt aber nicht daran, dass seine (partielle) verfassungsrechtliche Garantie der „Denklogik“ widerspräche, sondern vielmehr daran, dass es an den politischen Voraussetzungen für seine Einführung mangelt. Sie liegen auf der Hand. Es

gibt keine Sozialdemokratie mehr, die als solche erkennbar wäre. Außerdem gibt es auf europäischer Ebene keine parlamentarische Demokratie.¹⁹ Deswegen verbleibt – und darin stimme ich den Autorinnen zu – zur Konturierung des Sozialmodells nur die neuerdings allseits beliebte Alternative zur Integration. Statt Integration gibt es Konvergenz. Sie ist etwa durch die Anwendung der open method of coordination zu bewirken. Aber all das ist keine Frage der „Denklogik“.

Das Europäische Sozialmodell existiert noch nicht. Man muss es angeht der abnehmenden Problemlösungskapazitäten nationaler Wohlfahrtsstaaten entwickeln.²⁰ Es wird, wie jedes Sozialmodell, insofern konservative Züge haben, als es von einer Erinnerungsspur getragen sein wird; diesmal aber nicht von der Erinnerung an vorkapitalistische Solidaritäten, sondern an den Ruhm des nationalen europäischen Sozialstaats. Seine Zerschlagung durch den Liberalismus des Binnenmarktes muss abgewendet werden. Andernfalls wäre die Integration, zumal sie in Europa stattfindet, zum Scheitern verurteilt.

Alexander Somek ist Alt-Mitherausgeber des **juridikum**.

Impressum

juridikum

Zeitschrift im Rechtsstaat
A-1010 Wien, Kärtner Ring 6/Mezzanin

HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Mag^a. Iris Eisenberger, MSc. (LSE),
Mag. Ronald Faber, LL.M. (Yale),
Univ.-Ass. Dr. Christian Hiebaum

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21,
A-1070 Wien, Tel. 01/610 77, Abonnements:
Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589,
e-Mail: order@verlagoesterreich.at,
http://www.verlagoesterreich.at

Preis: Jahresabonnement Euro 29,-,
StudentInnenabonnement Euro 20,-,
Förderabonnement Euro 50,-,
exkl. Euro 8,- Porto und Versandkosten (Inland)

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Mag^a. Simone Dieplinger, RA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Birgit Feldner, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Mag^a. Elke Hasibeder, Drⁱⁿ. Elisabeth Hödl, Dr. Roland Kier, Mag^a. Iris Kugler, VAss. Drⁱⁿ. Nora Melzer-Azodanloo, Lukas Oberndorfer, RAA Dr. Florian Oppitz, Mag. Oliver Scheiber, Mag^a. Marianne Schulze, ao.Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Dominik A. Thompson, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria Windhager

AutorInnen dieser Ausgabe:

Dr. Stefan Barriga, LL.M. (Columbia), Mag^a. Eva Blimlinger, Drⁱⁿ. Hannelore Burger, Univ.-Ass. Mag^a. Iris Eisenberger, MSc. (LSE), Mag. Ronald Faber, LL.M. (Yale), Mag^a. Daniela FraiB, o.Univ.-Prof. Dr. Bernd-Christian Funk, Univ.-Ass. Dr. Christian Hiebaum, Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Mag^a. Andrea Koenig, MSc. (LSE), ao. Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel, Univ.-Doz. Dr. Alfred J. Noll, Mag. Helmut Ortner, Univ.-Prof. Dr. Reinhard Rack, Univ.-Ass. Dr. Michael Schoiswohl, LL.M. (NYU), ao.Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, Mag^a. Marianne Schulze, VAss. MMag^a. Daniela Tomasovsky, Dr. Harald Wendelin

Offenlegung

Der Medieninhaber und Verleger ist zu 100% Eigentümer des **juridikum**.

Grundlegende Richtung des **juridikum**: ergibt sich aus den Context-Statuten und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte.

Erscheinungsort: Wien

Layout und Satz:

Laudenbach Satz & DTP, 1070 Wien

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte

bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Mag^a. Iris Eisenberger, MSc (LSE);
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Universität Wien, Schottenbastei 10-16,
1010 Wien, Tel: 01/4277-35474, Fax: 01/4277-35479;
iris.eisenberger@univie.ac.at;
Mag. Ronald Faber, LL.M. (Yale):
ronald.faber@aya.yale.edu;
Univ.-Ass. Dr. Christian Hiebaum:
christian.hiebaum@uni-graz.at.

Das **juridikum** ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge werden anonym an externe Gutachter ausgesandt, bevor über eine Veröffentlichung entschieden wird.

11 Siehe dazu auch *Somek*, Constitutional Treaty. A Comment on the Legal Language of the European Union, Annual of German and European Law (in Druck).

12 Siehe *Dandridge v Williams*, 397 U. S. 471 (1970), wo der Supreme Court die verfassungsrechtliche Verankerung von Wohlfahrtsrechten ablehnte.

13 Wobei man den Marsmenschen zu Gute halten muss, dass sie so grässliche Ausdrücke wie „Denklogik“ nicht verwenden würden, weil sie immer gleich pragmatische Gründe und Überlegungen zur Gewaltenteilung auf den Tisch legen. Was, so frage ich mich, fügt das „Denk“ der „Logik“ noch hinzu? Ist nicht Logik die Disziplin des „richtigen“ Denkens?

14 Das führt übrigens zu potentiellen Konflikten mit dem europäischen Wettbewerbsrecht. Siehe *Giubboni*, Social Insurance Monopolies in Community Competition Law and the Italian Constitution: ‚Practical‘ Convergences and ‚Theoretical‘ Conflicts (2001) 7 European Law Journal 69–94.

15 Siehe den „Hungarian Benefits Case“, 43/1995 (VI 30) AB Decision

(Constitutional Court of Hungary), (1997) 4 Eastern European Case Reporter, Constitutional Law 64.

16 Dass die Leute im Arbeitskreis des Konvents auch diesen Ausdruck im Mund führen, macht ihn in der Sache nicht angemessener. Es macht die ganz Angelegenheit sogar schlimmer. Siehe Working Group XI „Social Europe“, WG XI WD 038 REV 1, <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/03/cvoo/CV00516-re01en03.pdf>, para 6, p 7.

17 Siehe dazu den Klassiker von *Andersen*, The Three Worlds of Welfare Capitalism (1990).

18 Siehe dazu *Scharpf*, The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity (2002) 40 Journal of Common Market Studies 645–670.

19 Ich folge an diesem Punkt *Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung? (1995).

20 Siehe *Scharpf*, Democratic Legitimacy under Conditions of Regulatory Competition: Why Europe Differs from the United States, in *Nicolaidis/Howse* (eds) The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union (2001) 355–374.

Der Countdown läuft

Richterinnen beim Internationalen Strafgerichtshof im Vormarsch

Stefan Barriga

Was vor zehn Jahren mehr ins Reich der Träume denn in das Gefüge internationaler Institutionen gehörte, wird endlich wahr: Am 11. März 2003 eröffnet der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag offiziell seine Pforten. Noch ein Grund, sich die Augen zu reiben: Auf der Richterbank sitzen zu mehr als einem Drittel Frauen.

Die Schaffung des Internationalen Strafgerichtshofs (ICC),¹ des großen Vorzeigeprojekts der Vereinten Nationen der letzten Jahre, durchlief im Februar 2002 eine entscheidende Phase. Die Wahl der 18 Richterinnen und Richter, so war allen Beteiligten klar, würde für die Glaubwürdigkeit und Funktionsfähigkeit des Gerichtshofs absolut entscheidend sein; dementsprechend nervös blickte man der Wahl entgegen. Diese verliefen dann auch hochspannend, vier Tage und insgesamt 33 Runden dauerte es, bis der letzte Posten (an den französischen Kandidaten Jorda, den derzeitigen Präsidenten des Jugoslawien-Tribunals) vergeben war. Das Endergebnis konnte sich durchaus sehen lassen. Sieben Frauen und elf Männer wurden gewählt, darunter KandidatInnen aus allen fünf Regionalgruppen² der UNO, unter heftigem Applaus der NGO-Community: „Hochqualifizierte, unabhängige Richterinnen und Richter sind gewählt worden, und eine

Balance der geographischen Regionen, der Geschlechter und der Rechtssysteme wurde erreicht,“ lobte William Pace, der „Vater“ der globalen NGO-Koalition für den Internationalen Strafgerichtshof.

Tatsächlich blieb man weit entfernt von den diversen Worst-Case-Szenarien, die in den Wochen und Monaten vor der Wahl an die Wand gemalt worden waren: Etwa dass Frauen im ICC ähnlich spärlich vertreten sein würden wie in vergleichbaren internationalen Gremien (hier liegt die Quote im Schnitt bei 14 Prozent).³ Oder dass die westlichen Staaten, die die größte Gruppe unter den Vertragsstaaten und auch die wichtigsten Beitragszahler stellen, dafür sorgen werden, dass der Gerichtshof mit ihresgleichen besetzt wird – was dem universellen Anspruch des ICC Hohn sprechen würde. Oder – so das andere Extrem – dass sich die Vertragsstaaten auf ein regionales Quotensystem einigen würden, wie es in vielen anderen UNO-Gremien praktiziert wird,⁴ was wiederum dem Wettbewerb und der Auslese der bestqualifizierten Richterinnen und Richter abträglich wäre. Nichts von alledem ist in dieser Schärfe geschehen. Der Grund dafür lag darin, dass sich die Vertragsstaaten auf rechtliches Neuland wagten und bei der Richterwahl einem von liechtensteinischen Dele-

gierten entwickelten System folgten, das diese Szenarien von vornherein verhindern sollte.

Revolutionäres Wahlsystem

„Minimum Voting Requirements“ (Mindestwählerfordernisse) lautete das Schlagwort, um das sich bei dieser Wahl alles drehte. Nach den von der Versammlung der Vertragsstaaten beschlossenen Regeln für die Richterwahlen⁵ war es den Delegationen nämlich nicht gänzlich frei überlassen, wo sie ihr X hin platzieren. Sie mussten vielmehr beachten, dass sie beim Ausfüllen des Wahlzettels ua mindestens sechs Frauen und sechs Männer berücksichtigten, eine gewisse Mindestanzahl von KandidatInnen pro Regionalgruppe, und schließlich auch eine bestimmte Verteilung von „Strafrechtlern“ und „Völkerrechtlern“.⁶ Die restlichen Stimmen konnten frei vergeben werden. Wahlzettel, die diesen Erfordernissen nicht genügten, wurden für ungültig erklärt. Nach jedem Wahlgang wurden die Mindestwählerfordernisse angepasst, indem sie um die Zahl der in der jeweiligen Kategorie gewählten KandidatInnen reduziert wurden. Bei der Feuertaupe des Systems vom 4. bis 7. Februar 2002 in New York fiel die Anpassung der geschlechtsspezifischen „Requirements“ besonders drastisch aus: Nach der ersten Runde waren sechs Frauen und nur ein Mann gewählt worden. Um die Gültigkeit des Wahlzettels zu sichern, mussten die Delegierten daher in Runde zwei für mindestens fünf Männer stimmen; in Bezug auf Frauen gab es hingegen kein Mindestanfordernis mehr.

Freie Wahlen versus Quote

Die Besonderheit dieser „Minimum Voting Requirements“ liegt nun darin, dass sie einen Kompromiss zwischen

¹ BGBl III 2002/180.

² Drei Richter aus der Gruppe afrikanischer Staaten, drei aus der Gruppe asiatischer Staaten, eine Richterin aus der Gruppe osteuropäischer Staaten, vier aus der Gruppe lateinamerikanischer und karibischer Staaten (GRULAC) und sieben aus der Gruppe westeuropäischer und anderer Staaten (WEOG).

³ Vgl die Übersicht der *Coalition for the International Criminal Court*, wonach unter den 219 Richtern und Mitgliedern von elf einschlägigen internationalen Gremien nur 32 weiblich sind (Stand November 2002, vgl www.iccnw.org).

⁴ ZB bei der Besetzung der nichtständigen Mitglieder des Sicherheitsrates (fünf aus der afrikanischen und asiatischen Gruppe, eines aus der osteuropäischen, zwei aus der lateinamerikanischen/karibischen Gruppe, zwei aus der Gruppe westlicher Staaten, vgl Res 1991A (XVIII) 1963), der Mitglieder des Wirtschafts- und Sozialrates (ECOSOC, vgl Res 2847 (XXVI) 1971), der Völkerrechtskommission (ILC, vgl Res 36/39, 1981), etc.

⁵ ICC-ASP/1/3.

⁶ Dieses Kriterium ergibt sich aus dem ICC-Statut. Nach Art 36 Abs 5 müssen mindestens neun Richter über „nachweisliche Fachkenntnisse

auf dem Gebiet des Straf- und des Strafverfahrensrechts sowie über die notwendige einschlägige Erfahrung als Richter, Ankläger, Anwalt oder in ähnlicher Eigenschaft bei Strafverfahren“ verfügen, und mindestens fünf Richter über „nachweisliche Fachkenntnisse in einschlägigen Bereichen des Völkerrechts, wie etwa des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte, sowie über weitreichende Erfahrung in einem Rechtsberuf, der für die richterliche Arbeit des Gerichtshofs von Bedeutung ist“. Diese Verteilung ist zwingend vorgegeben. Im Übrigen enthält das Statut bloße „Empfehlungen“ zur Förderung der Ausgewogenheit der

Richterbank. Vgl Art 36 Abs 8: „a) Bei der Auswahl der Richter berücksichtigen die Vertragsstaaten die Notwendigkeit, in der Mitgliedschaft des Gerichtshofs Folgendes zu gewährleisten: i) die Vertretung der hauptsächlichsten Rechtssysteme der Welt, ii) eine gerechte geografische Verteilung und iii) eine ausgewogene Vertretung weiblicher und männlicher Richter. b) Die Vertragsstaaten berücksichtigen außerdem die Notwendigkeit, Richter mit juristischen Fachkenntnissen auf bestimmten Gebieten einzubeziehen, insbesondere, jedoch nicht ausschließlich, auf dem Gebiet der Gewalt gegen Frauen oder Kinder.“

freien Wahlen und strikten Quoten darstellen. Im Gegensatz zu echten Quoten garantieren sie keinen bestimmten Ausgang der Wahl: Der Umstand, dass auf jedem Wahlzettel mindestens sechs Frauen angekreuzt werden müssen, führt keineswegs automatisch dazu, dass auch mindestens sechs Frauen (bzw sechs Männer, drei Afrikaner, zwei Asiaten, usw) die notwendige 2/3-Mehrheit an Stimmen bekommen, da die Stimmen auf mehrere Kandidatinnen, die diese Kriterien erfüllen, verstreut werden. Er fördert lediglich die Tendenz, enthält zugleich aber auch ein Element der Wahlfreiheit, das wiederum die Konkurrenz belebt (nicht zuletzt deswegen, weil durch die „Minimum Voting Requirements“ nicht alle 18 Stimmen gebunden wurden; einige Stimmen konnten auch völlig frei vergeben werden). Bedeutsam ist weiters, dass diese Regeln nur dann angewendet werden, wenn mehr Kandidaten in der jeweiligen Kategorie antreten, als in den jeweiligen Requirements vorgesehen. Auch darin äußert sich die Wahlfreiheit, denn so werden die Staaten nicht gezwungen, für bestimmte Kandidaten zu stimmen.

Die in den Monaten vor der Wahl und vor allem in den Verhandlungen zum Wahlreglement vielfach geäußerte Befürchtung, dass das System zu kompliziert sei und zu einer unerträglich hohen Zahl von ungültigen Stimmzetteln führen könnte, hat sich in der Praxis nicht bewahrheitet.⁷ Erschwert hat es lediglich die unschöne Praxis des vote trading, des bei internationalen Wahlen sehr beliebten Spiels des „Ich-wähl-deinen-du-wählst-meinen“, in dem die Qualifikation der Kandidaten oft nur eine untergeordnete Rolle spielt. Stattdessen wurde aufgezeigt, wie in einem Wahlverfahren die Einhaltung gewisser Balancekriterien gefördert werden kann, ohne strikte Quoten

vorzugeben, und ohne dass sich am Ende einige der gewählten Personen vorwerfen lassen müssen, nur dank Vitamin „Q“ den Sprung geschafft zu haben. Man darf gespannt sein, ob derartige Wahlprinzipien in Zukunft auch auf andere internationale Gremien angewendet werden . . .

Ankläger gesucht

Nach der erfolgreichen Richterwahl steigt nun der Druck auf die Vertragsstaaten, die – zumindest in der Anfangsphase des Gerichts – noch heikle Position des Anklägers zu besetzen. Die Nominierungsperiode für den „Prosecutor“ musste bereits zum dritten Mal verlängert werden, die endgültige Entscheidung soll nun spätestens bis zur nächsten Vertragsstaatenversammlung Ende April fallen; die Eröffnungsfeier am 11. März 2003 muss wohl oder übel ohne Chefankläger über die Bühne gehen. Im Gegensatz zu den Richtern soll der Ankläger nämlich im Konsens bestimmt werden, und von diesem sind die Vertragsstaaten derzeit weit entfernt. Neben nationalen Befindlichkeiten geht es bei der langwierigen Suche auch um Rivalitäten zwischen den Systemen des *Common Law* und des *Civil Law*. Die nunmehr geschlagene Schlacht um die Richterposten wird dem Einigungsprozess aber dienlich sein.

Vorbereitungen vor Ort

Auch am Sitz des Gerichtes selbst, in Den Haag, laufen die Vorbereitungen auf Hochtouren. Bis Ende dieses Jahres soll der Gerichtshof voll funktionsfähig sein. Unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Statuts im Juli 2002 hatte sich ein kleines UN-Vorausteam daran gemacht, den nunmehr gewählten Richtern den Boden zu bereiten. In der Zwischenzeit verfügt der ICC bereits über 29 Angestellte aus 19

Ländern, die von der provisorischen Registrierung von Beschwerden bis hin zum EDV-Aufbau und zur Öffentlichkeitsarbeit das Rad in Bewegung halten. Im Zuge dieser ersten Rekrutierungswelle hatten übrigens auch Hunderte US-Bürger ihren Lebenslauf eingegandt – jedoch vergebens, BewerberInnen aus Vertragsstaaten werden grundsätzlich (aber nicht zwingend) bevorzugt. Vor kurzem wurden aber wieder gut zwei Dutzend weitere Jobs ausgeschrieben – neue Chance, neues Glück . . .⁸

USA versus ICC

Der bislang mangelnde Erfolg amerikanischer Bewerber in den Aufnahmeverfahren ist freilich nicht der Grund dafür, dass sich die USA weiterhin mit Vehemenz gegen den Internationalen Strafgerichtshof stellen. Nach der Rücknahme⁹ der von Bill Clinton am letztmöglichen Tag¹⁰ geleisteten Unterschrift unter das ICC-Statut hat die nunmehrige US-Regierung klar gemacht, dass der Gerichtshof keinerlei Unterstützung und Zusammenarbeit der USA zu erwarten habe und dass sie jegliche Anmaßung von ICC-Jurisdiktion über ihre Staatsbürger als illegitim betrachtet. Zum Schutz ihrer Bürgerinnen und Bürger vor dem Zugriff des ICC haben die USA daher Bemühungen unternommen, mit allen Staaten der Welt Immunitätsabkommen abzuschließen.¹¹ Am 31. Januar 2003 hatten jedoch lediglich 18 Staaten den so genannten Artikel-98-Abkommen zugestimmt, darunter nur neun ICC-Vertragsstaaten, von denen zwei (Rumänien und Osttimor) betonen, dass die Absegnung durch das Parlament noch ausständig sei.¹² Die in außenpolitischen Fragen zuletzt hartnäckig gespaltene Europäische Union, konnte sich in dieser Sache immerhin zu allgemeinen „guidelines“¹³ einigen, nach denen die einzelnen Mitgliedstaa-

⁷ Von 85 Stimmzetteln waren in den ersten vier Wahlrunden, in denen die Mindestwählerfordernisse angewendet wurden, im Schnitt drei ungültig. www.icc.int.

⁹ Schreiben an den UN-Generalsekretär vom 6. Mai 2002: „*This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. [...]*“

¹⁰ Am 31. Dezember 2000, dem letzten Tag der Unterzeichnungsfrist für das Statut, und wenige Tage vor dem Regierungswechsel in den USA.

¹¹ Die Abkommen stützen sich auf Art 98 Abs 2 des Statuts: „*Der Gerichtshof darf kein Überstellungsersuchen stellen, das vom ersuchten Staat verlangen würde, entgegen seinen Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Übereinkünften zu handeln, denen zufolge die Überstellung eines Angehörigen des Entsendestaats an den Gerichtshof der Zustimmung dieses Staates bedarf, sofern der Gerichtshof*

nicht zuvor die Zusammenarbeit des Entsendestaats im Hinblick auf die Zustimmung zur Überstellung erreichen kann.“ Nach der Verhandlungsgeschichte dieses Artikels wird hier jedoch eher auf „Status of Forces Agreements“ und „Status of Mission Agreements“ (SOFA's und SOMA's) Bezug genommen, also auf jene Abkommen zwischen den Vereinten Nationen bzw. Sendestaaten und dem „Gastland“, mit denen die Immunität und andere Fragen der Rechtsstellung von entsendeten Soldaten geregelt wird.

¹² Afghanistan, Dominikanische Republik, Osttimor, Gambia, Honduras, Marshallinseln, Rumänien, Tadschikistan. Die weiteren Staaten sind: El Salvador, Indien, Israel, Kuwait, Mauretanien, Mikronesien, Nepal, Palau, Sri Lanka, Usbekistan.

¹³ Vgl die Schlussfolgerungen vom 30. September 2002, http://europa.eu.int/comm/external_relations/huan_rights/gac.htm.

ten bei den Verhandlungen über Artikel-98-Abkommen darauf achten sollen, dass die Integrität des ICC-Statuts gewahrt bleibt. Die von den USA in ihren Musterabkommen¹⁴ vorgeschlagene Immunität für alle ihre Staatsbürger und andere Personen im Dienste der USA¹⁵ wären nach diesen Richtlinien jedenfalls unvereinbar mit dem Statut;¹⁶ ein Übereinkommen, nach dem an Friedenseinsätzen beteiligte US-Soldaten nicht an den ICC überstellt werden dürfen, aber wohl schon. Damit ist die Frage der Artikel-98-Abkommen in der EU keine rechtliche mehr, sondern vor allem eine politische. Als potentielle Unterzeichner gelten Großbritannien, Spanien und Italien, die bislang wohl vor allem deshalb gezögert haben dürften, weil sie die Wahlkampagnen ihrer jeweiligen Richteramtskandidaten nicht gefährden wollten.

Schauplatz Sicherheitsrat

Sollte diese multiple bilaterale Initiative weiterhin nur geringen Erfolg zeitigen, wäre auch denkbar, dass die USA einen Schauplatzwechsel vornehmen und die Diskussion wieder in den Sicherheitsrat verlegen würden. Denn im Juli 2003 steht die Sicherheitsrats-Resolution 1422 (2002)¹⁷ zur Verlängerung an, mit welcher die USA im Sommer 2002 eine an den ICC gerichtete 12-monatige Ermittlungs- und Verfolgungssperre durchsetzte, die „Amtsträger oder Bedienstete“ eines Nicht-Vertragsstaates im Zusammenhang mit von der UNO angeordneten oder genehmigten Einsätzen vor dem Gerichtshof schützt.¹⁸ Obschon bereits an dieser Resolution zweifelhaft war, ob sie mit dem herangezogenen Art 16

des ICC-Statuts¹⁹ sowie mit der UN-Charta²⁰ selbst vereinbar war, so könnte doch die Versuchung groß sein, politischen Druck zu erzeugen, um auf dieser Grundlage dem Gericht noch strengere Fesseln anzulegen.

Die ersten Fälle . . .

Ob sich der Gerichtshof aus dieser Umklammerung befreien kann, wird in hohem Maße davon abhängen, wie er mit den ersten anstehenden Fällen umgeht. Es kann nach Herzenslust spekuliert werden, welche das sein könnten. Dabei sollte auch nicht vergessen werden, dass der ICC nicht rückwirkend tätig werden kann, sondern nur Ereignisse nach dem Inkrafttreten des Statuts 1. Juli 2002 einer Prüfung unterziehen kann.²¹ Zu Vorfällen in den besetzten Gebieten im Nahen Osten dürften sich die Eingaben in Den Haag inzwischen schon meterweise stapeln, doch hat Israel seine Unterschrift unter das ICC-Statut nach Vorbild der USA wieder revidiert.²² Afghanistan hingegen hat am 10. Februar 2003 als 89. Land das Statut ratifiziert und somit – pikanterweise²³ – die Jurisdiktion des ICC über das dortige Krisengebiet eröffnet. Angesichts des Umstandes, dass die Verwaltung und Gerichtsbarkeit in Afghanistan praktisch darniederliegt, wäre es durchaus denkbar, dass der Gerichtshof dort ein Betätigungsfeld findet (hier käme in Bezug auf US-Soldaten ein von Afghanistan unterzeichnetes Artikel-98-Abkommen zum Tragen).

An weiteren aktuellen und potentiellen Krisenherden herrscht ohnedies kein Mangel, und mit jedem weiteren Staat, der das Statut ratifiziert, verbreitert sich der Zugriff des Gerichtshofs.

Insbesondere in der arabischen Welt herrscht bei den Ratifikationen noch Nachholbedarf. Dieser Umstand bietet auch Nahrung für weitere Gedanken-spielereien: Was, nur beispieles- und unwahrscheinlicher Weise, wenn schon morgen der Irak das Statut ratifiziert? Dann wäre im Falle eines (bei Redaktionschluss noch nicht begonnenen) Angriffs entscheidend, ob dieser einseitig oder mit einem Mandat des Sicherheitsrats erfolgt. Nur in letzterem Fall wären die Soldaten von Staaten, die das ICC-Statut nicht ratifiziert haben, durch Resolution 1422 vor Ermittlungen des Gerichtshofes „geschützt“ – zumindest bis zu deren Ablaufdatum am 30. Juni 2003. Bei einem unilateralen Angriff dagegen wäre die Gerichtsbarkeit des ICC grundsätzlich gegeben. Auch für US-Soldaten, da nicht anzunehmen ist, dass sich der Irak auf ein Artikel-98-Abkommen einlassen würde . . . Schluss mit der Spekulation, zurück zur Gewissheit: Der ICC bleibt auch weiterhin eines der spannendsten Projekte der internationalen Staatengemeinschaft.

Dr. Stefan Barriga, LL. M. ist Rechtsberater der Ständigen Vertretung Liechtensteins bei den Vereinten Nationen in New York, sbarriga@un.int.

14 <http://www.amicc.org/docs/g8template.pdf>.

15 Im Musterabkommen werden die geschützten Personen definiert als: „current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals“.

16 So heißt es in den „guiding principles“: „Entering into US agreements – as presently drafted – would be inconsistent with ICC States Parties' obligations with regard to the ICC Statute and may be inconsistent with other international agreements to which ICC States Parties are Parties.“

17 In deutscher Übersetzung abrufbar unter <http://www.un.org/Depts/german>.

18 Der Sicherheitsrat „ersucht den Internationalen Strafgerichtshof, im Einklang mit Artikel 16 des Römischen

Statuts, beim Eintreten eines Falles, an dem derzeitige oder ehemalige Amtsträger oder Bedienstete eines zu einem Einsatz beitragenden Staates, der nicht Vertragspartei des Römischen Statuts ist, auf Grund von Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit einem von den Vereinten Nationen eingerichteten oder genehmigten Einsatz beteiligt sind, für einen Zeitraum von zwölf Monaten ab dem 1. Juli 2002 keine Ermittlungen oder Strafverfolgungen bezüglich eines solchen Falles einzuleiten oder durchzuführen, sofern der Sicherheitsrat nichts anderes beschließt.“

19 Art 16 lautet: „Aufschub der Ermittlungen oder der Strafverfolgung: Richtet der Sicherheitsrat in einer nach Kapitel VII der Charta der

Vereinten Nationen angenommenen Resolution ein entsprechendes Ersuchen an den Gerichtshof, so dürfen für einen Zeitraum von 12 Monaten keine Ermittlungen und keine Strafverfolgung auf Grund dieses Statuts eingeleitet oder fortgeführt werden; das Ersuchen kann vom Sicherheitsrat unter denselben Bedingungen erneuert werden.“ Hier ist fraglich, ob ein solches Ersuchen für die Zukunft und für eine allgemeine Gruppe von Personen gestellt werden kann, oder ob hier via Sicherheitsrat eine unzulässige Änderung des ICC-Statuts unternommen wurde.

20 Die Resolution wurde nach Kapitel VII der UN-Charta angenommen (um die Voraussetzung von Art 16 ICC-Statut zu erfüllen), doch stellt sich die Frage, worin die dafür gefor-

derte konkrete Bedrohung für den Weltfrieden und die internationale Sicherheit liegt? Wohl kaum in der Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofes selbst, weshalb einige Mitgliedsländer (u. a. Brasilien, Kanada, Liechtenstein, Neuseeland, Südafrika) in der offenen Debatte des Sicherheitsrates vom 10. Juli 2002 in der Resolution eine Verletzung der UN-Charta sahen.

21 Vgl Art 11 ICC-Statut.

22 Schreiben an den UN-Generalsekretär vom 28. August 2002.

23 Ein erstaunlicher Schritt für ein Land, in dem die USA die Bodyguards des Präsidenten stellen, hieß es dazu unter UN-Diplomaten.

Historikerkommission und Vermögensrestitution

Juristische Aspekte der Historikerkommission

Clemens Jabloner

I.

Mehr als vier Jahre nach ihrer Einsetzung hat die Historikerkommission der Republik Österreich am 24. Februar 2003 ihren *Gesamtbericht* der Öffentlichkeit präsentiert. An diesem Vorhaben haben sich neben den Mitgliedern der Kommission in 47 Projekten 160 Forscher und Forscherinnen beteiligt. Damit wurde in der österreichischen Wissenschaftslandschaft ein wichtiger – und angesichts des Themas keineswegs überdimensionierter – Schwerpunkt gesetzt. Wenn auch primär ein geschichtswissenschaftliches Unternehmen, ist die Historikerkommission unter verschiedenen Aspekten – Themen, Methoden, beteiligte Forscher, Resultate – auch für die juristische Welt von hoher Relevanz. Im Folgenden soll über einige dieser Aspekte in aller Kürze berichtet werden. Dieser Artikel soll nicht in allgemeiner Weise über die Historikerkommission informieren. Alle Berichte sind derzeit von der Homepage <www.historikerkommission.gv.at> abrufbar und werden in den nächsten Monaten sukzessive im Verlag Oldenbourg erscheinen.

II.

Die juristische Dimension der Historikerkommission ergab sich bereits aus ihrer Grundkonzeption, waren doch auf verschiedenen Ebenen *Juristen als Sachverständige* beigezogen. Dies entspricht einem bemerkenswerten Wandel in der Zusammenarbeit zwischen Historikern und Juristen im hier maßgeblichen Bereich: Während in der justizmäßigen Aufarbeitung des Nationalsozialismus in den 60er Jahren Historiker als Sachverständige in strafgerichtlichen Verfahren tätig wurden, – wenn auch in Österreich im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland nur in sehr geringem Ausmaß – so wirken heute Juristen als Sachverständige an geschichtswissenschaftlichen Projekten mit.

Der Untersuchungsgegenstand der Historikerkommission besteht nicht nur aus bloßen Tatsachen, sondern auch aus Rechtsnormen, die schließlich Deutungskonstruktionen sind. Dies gilt schon für den Vermögensentzug während der NS-Zeit. Es entsprach gerade der Eigenart des NS-Staates, seine Angriffe auf mehreren Ebenen zu führen.¹ So standen auch unter damaligem Strafrecht rechtswidrige Maßnahmen der Beraubung und gesetzlich ungedeckte Maßnahmen des staatlichen Vermögensentzugs neben minutiös und pedantisch geregelten Verfahren der Vermögensentziehung und Neuinterpretationen geltender allgemeiner Gesetze im nationalsozialistischen Geist durch die Justiz. Unter den rechtsstaatlichen Verhältnissen der Zweiten Republik, in der dann – wie auch immer – „Rückstellungen“ bzw. „Entschädigungen“ erfolgten, war dies notwendigerweise das Ergebnis der Erlassung und Vollziehung von Gesetzen.

Vor allem für die zweite Phase trat daher der juristische Aspekt sehr deutlich in den Vordergrund. Die Historikerkommission entschloss sich daher dazu, vier Hauptgebiete von vornherein auch *juristisch-dogmatisch* zu analysieren, nämlich die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Republik Österreich zu Rückstellung und Entschädigung nach dem Zweiten Weltkrieg, die Rückstellungsgesetzgebung insbesondere aus zivilrechtlicher Sicht, das Entschädigungsrecht aus sozialrechtlicher Perspektive und das Staatsbürgerschaftsrecht sowie weitere Verwaltungsrechtsmaterien. Dazu ergänzend kamen noch Analysen des einschlägigen Steuerrechts und des Wertpapierrechts.

Die Aufgabe der juristischen Gutachter bestand dabei darin, eine *kritische Analyse* jener Rechtsnormen zu liefern, die sich nach 1945 mit der Problematik der Rückstellung entzogener Vermögen bzw. der Entschädigung beschäftigten.

Diese juristischen Gutachten bedeuteten nun nicht, dass deshalb die Historikerkommission ihre historische Perspekti-

¹ Vgl zuletzt *Stolleis*, Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus

(1994) 10 unter Hinweis auf die bekannte These von *Fraenkel*, Der Doppelstaat (1974).

ve verlort. Aber einige der von der Historikerkommission behandelten Gegenstände gehörten nicht zur Sphäre des „Seins“, sondern zu jener des „Sollens“. Damit gelangt man zur Problematik des positiven Rechts. Juristen sind auf das „positive Recht“ bezogen; sie müssen dafür nicht einmal ausgeprägte „Rechtspositivisten“ sein. Auch wenn ein Jurist letztlich für sein Handeln naturrechtliche oder ethische Maßstäbe gelten lässt, muss er zuvor das *positive Recht beschreiben*, um es überhaupt bewerten zu können. Der gegen den Rechtspositivismus bisweilen erhobene Vorwurf, dass er das positive Recht nicht nur beschreibe, sondern auch rechtfertige, ist unzutreffend. In einem bestimmten Sinn stellt das positive Recht eine Tatsache dar, freilich normativer Art. Für die Feststellung genau dieser Tatsachen dienen Juristen als Sachverständige in Historikerkommissionen.

Selbstverständlich war diese rechtsdogmatische Betrachtung einzelner Rechtsgebiete nicht der einzige Aspekt, für den sich die Historikerkommission interessierte. Zwei weitere Perspektiven mussten dazutreten: Auf der einen Seite erwies es sich als äußerst relevant, die *Entstehungsgeschichte* etwa der Rückstellungsgesetzgebung darzustellen, zumal vor allem sozialrechtliche Entschädigungsgesetze – hier insbesondere das OFG – sehr oft novelliert wurden. Auf der anderen Seite kann eine dogmatische Darstellung eines Rechtsgebietes die Wirksamkeit des Rechts, also seine tatsächliche Vollziehung, nur sehr beschränkt darstellen. Es war daher notwendig, aus den Gerichts- und Verwaltungsakten heraus die *tatsächlich durchgeführten Verfahren systematisch* zu untersuchen.²

Schließlich blieben die juristischen Gutachter nicht dabei stehen, das positive Recht bloß zu beschreiben. Das positive Recht wurde – allerdings methodisch explizit ausgewiesen – *auch bewertet*. Dazu wurden verschiedene Maßstäbe herangezogen. Primär wurde versucht, die Gesetze anhand der von ihnen offiziell verfolgten Zwecke daraufhin zu beurteilen, ob sie besser als andere denkbare Regelungen diese Zwecke umzusetzen vermochten. Eine bedeutende Rolle im Rahmen der Bewertung spielte aber auch der Vergleich mit sonstigen Regeln des jeweiligen Rechtsgebietes; auf dem Gebiet der Rückstellung also mit den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts. Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, dass sich die Rückstellungsgesetze mit Problemen beschäftigt haben, die an und für sich eine Regelung im ABGB erfahren haben. Dieses enthält beispielsweise detaillierte Regelungen darüber, wie bei Rückabwicklung eines auf Grund von Zwang oder Drohung unwirksamen Vertrages vorzugehen ist. Diese allgemeinen Regelungen – die es auch im Bereich des Sozialversicherungsrechts gibt – haben sich für die Bewertung der einschlägigen Rechtsnormen deswegen als in hohem Maße relevant erwiesen, weil sie auf Grund ihrer allgemeinen und weitgehend unbestrittenen Geltung die Vermutung der sachlichen Angemessenheit für sich haben, sodass eine Abweichung der Rückstellungs- oder Ent-

schädigungsgesetze von diesen allgemeinen Regelungen ohne sachliche Rechtfertigung als problematisch angesehen werden müsste. Schließlich gibt es einen rechtsimmanenten Bewertungsmaßstab, nämlich den Gleichheitssatz der Bundesverfassung. In seiner heutigen Ausprägung durch die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ist der Gleichheitssatz zum Maßstab einer allgemeinen „Sachlichkeitsprüfung“ von Gesetzen geworden.³ Hier ist allerdings eine gewisse Vorsicht geboten: Dass bestimmte Regelungen nicht mehr sachlich im Sinne des heutigen Verständnisses des Gleichheitssatzes sind, kann den damals handelnden Personen nicht angelastet werden. Es ist hier sehr genau anzugeben, von welchem Wertungsmaßstab ausgegangen wird.⁴

Festzuhalten ist jedenfalls, dass die Historikerkommission einen *geschichtswissenschaftlichen* Auftrag erhielt und auch erfüllte. Sie war weder Gericht noch Verwaltungsbehörde, sie entschied nicht über individuelle Fälle, weder über Rechtsansprüche oder über die neue Durchführung von Verfahren, noch über die Angemessenheit von Pauschalleistungen. Die Historikerkommission hätte auch gar nicht tausende individuelle Fälle aufarbeiten können.⁵

III.

Bis zu den Projekten der Historikerkommission hatte sich die Rechtsdogmatik – sieht man vielleicht von den völkerrechtlichen Aspekten ab – mit dem Rückstellungs- und Entschädigungswesen nur vereinzelt befasst⁶, *systematische Untersuchungen* fehlten. Man kann auch nicht sagen, dass die beiden großen Rechtsbereiche „Vermögensentzug in der NS-Zeit“ und „Rückstellung“, „Entschädigung“ Themen der österreichischen Rechtsgeschichte gewesen wären. Die Projekte der Historikerkommission haben somit einer jüngeren Generation von Juristen die gute Gelegenheit gegeben, sich in diesen Materien zu profilieren. Dabei kam es zu einer bemerkenswerten Zusammenarbeit zwischen Historikern und Historikerinnen, Rechtshistorikern und Juristen. Es ließ sich auch gut erkennen, wo die Grenze zwischen einer juristisch-dogmatischen Analyse liegt, die sich an der Methode der „subjektiven Interpretation“ orientiert, also vornehmlich an Hand der Materialien den Willen des historischen Gesetzgebers zu erkunden trachtet, und der rechtshistorischen bzw. Wirksamkeitsanalyse. Greift die Rechtsdogmatik nämlich üblicherweise (nur) auf die Gesetzesmaterialien und die veröffentlichte – meist letztinstanzliche – Judikatur zurück, so die anderen Forschungen etwa auch auf die Aktenbestände der Bundesministerien, die die Gesetzentwürfe vorbereiteten – Vorentwürfe, Beratungsprotokolle, Korrespondenzen –, bzw. wird auch gerade die unterinstanzliche Judikatur oder auch Spruchpraxis der Verwaltungsbehörden herangezogen. Ist bei der dogmatischen Analyse oft nur der „außergewöhnliche“ Fall interessant, der eben zu einem

2 Leider waren wichtige Aktenbestände des Rückstellungswesens aus dem Sprengel des OLG Wien bereits skartiert, was der Aussagekraft der Historikerkommission diesbezüglich Grenzen setzt.

3 Vgl nur Öhlinger, *Verfassungsrecht*⁴ (1999) 321.

4 Relevanz erhält diese Bewertung im Lichte des Bundesgesetzes über die Einrichtung eines Allgemeinen Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus und über Restitutionsmaßnahmen (Entschädigungsfondsgesetz), BGBl I 2001/12, das in §§ 15 Abs 1 und 28 Abs 2 davon spricht, dass frühere Entscheidungen oder einvernehmliche Rege-

lungen allenfalls eine „extreme Ungerechtigkeit“ darstellen können – vgl insbesondere zu diesem Problemkreis Graf, „Arisierung“ und Restitution, JBl 2001, 746 (751).

5 Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass § 32 Abs 1 des Entschädigungsfondsgesetzes der Historikerkommission insoweit eine neue Aufgabe übertrug, als die für Zwecke der „Naturalrestitution“ eingesetzte Schiedsinstanz ihre Empfehlungen auf Grundlage ua „allfälliger relevanter Befunde der österreichischen Historikerkommission“ abgibt. Zur besseren Durchführbarkeit dieser

Verfahren wurden von der Historikerkommission Untersuchungen initiiert, die die systematische Erfassung von Eigentumsübergängen von jetzt im Bundesbesitz befindlichen Immobilien im Zeitraum von 1938 bis 1945 zum Inhalt haben. Diese Einbindung der Historikerkommission war aber von ihren sonstigen Aufgaben getrennt zu sehen. 6 Vgl etwa Graf, *Arisierung und keine Wiedergutmachung*. Kritische Anmerkungen zur jüngeren österreichischen Rechtsgeschichte, in K. H. Fischer-FS (1992) 65.

höchstgerichtlichen Judikat geführt hat, so interessiert bei der Wirksamkeitsanalyse der „Durchschnittsfall“. Diesbezügliche Forschungen verlangen daher eine *intensive interdisziplinäre Zusammenarbeit*, denn einerseits sind nur Historiker ausgebildet, große Aktenbestände archivtechnisch gekonnt zu finden und zu bearbeiten, müssen andererseits aber an dieses Material spezifische Fragen stellen. Dazu braucht es wiederum Juristen, die aber von den Historikern Auffälligkeiten, Abweichungen, Besonderheiten etc. erfahren müssen, um die Forschungsfrage immer mehr fokussieren zu können. In Bezug auf die Verfeinerung dieser Zusammenarbeit haben die Projekte der Historikerkommission durchaus methodisches Neuland beschritten.

Im Rahmen der Veröffentlichungen der Historikerkommission ist zu unterscheiden zwischen eigentlichen juristischen Gutachten, die – wie schon oben ausgeführt – der rechtsdogmatischen Analyse dienen und rechtsgeschichtlichen Forschungsprojekten, die entweder die Geschichte einzelner Gesetzeswerke behandelten oder rechtsempirisch mit der Aufarbeitung von Aktenbeständen verbunden waren.

Im Einzelnen sind zu erwähnen:

Bailer-Galanda, Die Entstehung der Rückstellungs- und Entschädigungsgesetzgebung. Die Republik Österreich und das in der NS-Zeit entzogene Vermögen.

Graf, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung. Eine juristische Analyse.

Bericht: *Graf*, Der Entzug von Mietrechten. Ein rechtshistorischer und rechtsdogmatischer Bericht unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklungen nach der Wiedererrichtung der Republik Österreich.

Pammer, Die Rückstellungskommission beim Landesgericht für Zivilrechtsachen Wien (Bd 1 der Veröffentlichungen der Historikerkommission der Republik Österreich).

Meissel/Olechowski/Gnant, Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen.

Böhmer, Die Bundesministerien für Vermögenssicherung und Wirtschaftsplanung und für Finanzen.

Böhmer, Die Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und das Burgenland.

Böhmer/Faber (unter Mitarbeit von *Wladika*), Die Finanzprokuratur.

Simma/Folz, Restitution und Entschädigung im Völkerrecht. Die Verpflichtungen der Republik Österreich nach 1945 im Lichte ihrer außenpolitischen Praxis.

Kolonovits, Österreichisches Staatsbürgerschaftsrecht und Vertreibung 1938. Rechtsfragen des Wiedererwerbs der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Opfer des Nationalsozialismus (Vertriebene) nach österreichischem Staatsbürgerschaftsrecht.

Burger/Wendelin, Vertreibung, Rückkehr und Staatsbürgerschaft. Die Praxis der Vollziehung des Staatsbürgerschaftsrechts an den österreichischen Juden.

Pfeil, Entschädigung im Sozialrecht. Rechtswissenschaftliches Gutachten zur Analyse des Entschädigungsrechts aus sozialrechtlicher Sicht.

Berger/Dimmel/Forster/Spring/Berger, Vollzugspraxis des Opferfürsorgegesetzes. Analyse der praktischen Vollziehung des einschlägigen Sozialrechts.

Dimmel/Berger/Kuschej/Molden/Wetzel, Analyse der praktischen Vollziehung des einschlägigen Sozialrechts hinsichtlich der Vollzugspraxis im Bereich der §§ 500 ff ASVG.

Kolonovits, Rechtsfragen der „Rückstellung“ von entzogenen Banken-, Gewerbe- und Apothekenkonzessionen sowie der Reorganisation von Vereinen nach 1945.

Tanzer (unter Mitarbeit von *Blasina*), Rechtsgutachten zu Rückstellungen und Schadenersätze betreffend „arisierte“ Vermögenswerte im Steuerrecht der Zweiten Republik.

Gruber/Tüchler, Rechtliche Regelungen im Zusammenhang mit der Entziehung, Bereinigung und Rückstellung von Wertpapieren.

IV.

Was nun die Ergebnisse betrifft, so kann über diese im gegebenen Rahmen nur in sehr *allgemeiner Form* berichtet werden, gerade so, dass das Interesse an den Berichten selbst geweckt wird. Für das Kapitel des Vermögensentzugs ergibt sich das Bild eines unerhört komplexen Zugriffs des NS-Regimes. Hier reichte das Instrumentarium von ausgeklügelten handelsrechtlichen Maßnahmen des „takeovers“ von Kapitalgesellschaften bis zur blanken Gewalttat, wobei häufig auch beides parallel eingesetzt wurde. Um einen erst heute gebräuchlichen Begriff zu verwenden, könnte man von „*Organisierter Kriminalität*“ größten Stils sprechen. Diese Beraubung stand überdies in engster Verbindung mit der Vernichtung der Opfer und der Entzug von Vermögen begleitete diese bis zum Tode.

Die im Zuge der „*Arisierung*“ vorgenommenen Vermögensverschiebungen hatten eine außerordentliche Dimension und waren – rein wirtschaftshistorisch betrachtet – ein einschneidendes Geschehnis im Österreich des 20. Jahrhunderts. Es ist aber festzuhalten, dass sich die Historikerkommission nicht nur mit „*Arisierungen*“ beschäftigte, sondern auch den Vermögensentzug bei anderen Opfergruppen untersuchte, insbesondere bei Roma und Sinti, den politisch Verfolgten und anderen Gruppen mehr.

Hinsichtlich der *Rückstellungen* und *Entschädigungen* hat sich bestätigt, was schon bei der Vorlage des Arbeitsprogramms zu vermuten gewesen war: Es ist weder zutreffend, dass Österreich nach 1945 alles rückgestellt und alle entschädigt hätte, noch stimmt ein immer wieder erhobener Vorwurf, dass sich Österreich jeder Verantwortung entzogen hätte. Insgesamt wurde ein System der Rückstellung und Entschädigung aufgebaut, allerdings zögerlich und zäh und es war voller Lücken und Fallen. All das führt im Grunde auf die Problematik des Anfangs dieser Zweiten Republik zurück. Die Wiedergewinnung der österreichischen Identität, das Außerstreitstellen der Staatlichkeit Österreichs nach 1945 – juristisch formuliert in der Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945 und mittels der „*Okkupationstheorie*“ – war politisch und verfassungstechnisch richtig und konsequent. Diese Rechtsbehauptung ging freilich allzu bald einher mit der Verdrängung der Mitverantwortung und Beteiligung vieler Österreicher und Österreicherinnen am Nationalsozialismus. Aus dem rechtlichen und politischen Kalkül der „*Opferthese*“ wurde somit eine bequeme *Argumentationshilfe* dafür, Rückstellungen und Entschädigungen von vorneherein nicht als „*öffentliche Aufgabe*“ zu betrachten. Das Rückstellungswesen wurde gleichsam „*privatisiert*“, die Opfer in die verfahrenstechnisch ungünstige Ausgangsposition von Klägern, Antragstellern, Beschwerdeführern etc. gedrängt. Eine Institution/Organisation, die sich umfassend um die Ansprüche der Opfer gekümmert hätte und diesen „*Manuduktion*“ geleistet hätte, bestand nicht. Auf der anderen Seite verfügte der Staat, wenn seine fiskalischen Interessen auf dem Spiel standen, mit der Finanzprokuratur über ein zusätzliches und sehr wirksames Instrument der Rechtsverfolgung.

Zwar lässt sich gelegentlich auch ein echtes Interesse an den Opfern feststellen, die treibenden Elemente waren aber doch nur zu oft der Druck der Alliierten, die Hoffnung auf den Staatsvertrag, dessen Konsequenzen und weitere außenpolitische Aspekte. Festzuhalten ist jedenfalls, dass beginnend in den späten 40er Jahren bis heute parallel zu gesetzlichen Rückstellungs- oder Entschädigungsmaßnahmen für die Opfer des Nationalsozialismus, Entschädigungsmaßnahmen für ehemalige Nationalsozialisten, Kriegsoffer, Besatzungsschäden, Wehr-

machtsangehörige oder andere Gruppen beschlossen wurde, so als wolle man sich mit diesen Maßnahmen für Leistungen zugunsten der NS-Opfer „entschuldigen“. Es war nicht zuletzt diese halbschürige und zwiespältige Haltung, die viel zum verbreiteten Unmut über Österreich bei den NS-Opfern beitrug.

Besonderes Augenmerk richtete die Historikerkommission auch auf das *Sozialversicherungsrecht*. Bekanntlich schon von Haus aus eine komplizierte Materie, erreicht es bei den sog. „Begünstigungsbestimmungen“ der §§ 500 ff einen noch höheren Grad der Undurchschaubarkeit. Inhaltlich bietet das Sozialversicherungsrecht allerdings letztlich eine adäquate und im Verhältnis zu den sonstigen legislatischen Anstrengungen in Österreich relativ großzügige rechtliche Grundlage dafür, für verlorene Lebenschancen zu entschädigen. Freilich gilt dies eben erst für den heute erreichten Rechtszustand, vielen Menschen kamen diese Vorteile nicht mehr zugute.

Beispielhaft anzuführen ist weiters auch die Analyse des *Staatsbürgerschaftsrechts*, die zeigt, dass die Zweite Republik auch in nicht unmittelbar wirtschaftlich relevanten Materien kleinlich vorging oder die Untersuchung bestimmter verwaltungsrechtlicher Materien, in denen es um die Frage der *Wiederherstellung öffentlich-rechtlicher Positionen* ging.

V.

Das Unternehmen der Historikerkommission hatte seine Beschränkung auf *wirtschaftliche Aspekte*. Damit wurden aber viele wichtige und interessante Themen gar nicht berührt, etwa die *Rolle der Juristen* im Nationalsozialismus und in der Nachkriegszeit. An dieser Stelle sei nur ausgeführt, dass die oft diskutierte Frage, welcher methodischer Standpunkt Ju-

risten eher gegen ihre Instrumentalisierung in einem totalitären System schützt, in ihrer Bedeutung überschätzt wird. Der eingangs geschilderten Komplexität des nationalsozialistischen Vergehens bei der Beraubung entsprach auch eine Komplexität der rechtstechnischen Methoden auf allen Gebieten. So wurde einerseits „legalistisch“ vorgegangen, wenn das Regime generelle diskriminierende Maßnahmen durchsetzen wollte, etwa die „Nürnberger Gesetze“, andererseits im Wege der Umdeutung allgemeiner Gesetze im Sinne des Nationalsozialismus. Es waren also sowohl die aus einem „naiven“ Gesetzespositivismus erfolgende Gehorsamkeit des Rechtsstabes, als auch wieder gerade die „freiere“ richterliche Rechtsfindung, die gleichermaßen zur Durchsetzung des nationalsozialistischen Zwangssystems führte. Zur Abwehr dessen konnte im Einzelfall die eine oder andere Strategie erfolgreich sein, also bisweilen der Positivismus geradezu als „Abwehrstrategie“ gegen nationalsozialistische Anmutungen dienen, in anderen Fällen ein beherzter Richter durch traditionelle Auslegung der Gesetze ihre Umdeutung im nationalsozialistischen Geist verhindern. Im Großen und Ganzen leisteten Juristen – so sie nicht verfolgt wurden – keinen spezifischen Widerstand gegen den Nationalsozialismus, sie sind – wie dies *Bernd Rütters* so zynisch ausgedrückt hat – allemal „Wendeexperten“. Diese Instrumentalisierung teilen sie allerdings mit anderen akademischen Berufsgruppen, mit Historikern, Medizinerinnen, mit Technikern und mit Naturwissenschaftlern.

*Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner ist
Präsident des VwGH.*

Rill/Schäffer Bundesverfassungsrecht

**DER KOMPAKTE
GROSSKOMMENTAR
ZUM BUNDESVERFASSUNGSRECHT**

Der Aufbau des Werkes orientiert sich an den zentralen Normenkomplexen:

- B-VG als Stammgesetz
- Grundrechte: Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, Europäische Menschenrechtskonvention
- Die wichtigsten Nebengesetze – insbesondere Finanz-Verfassungsgesetz

**Grundwerk inkl. 2. Ergänzungslieferung
Stand: 1. 1. 2003, € 207,-, 3-7046-2000-9**



Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien,
Kandlgasse 21, Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
e-mail: order@verlagoesterreich.at Internet: www.verlagoesterreich.at

Freilich ist der Historiker angesichts der unermesslichen und verworrenen Wirklichkeit gezwungen, aus ihr jene Stellen herauszugreifen, an denen er seine Werkzeuge ansetzt; er muss also aus ihr eine Auswahl treffen, die selbstverständlich nicht die selbe sein wird wie zum Beispiel die eines Biologen. Sie wird eben die Auswahl eines Historikers sein. Dies ist ein echtes Problem unserer Arbeit | . . . |

Marc Bloch¹: Apologie der Geschichtswissenschaft oder Der Beruf des Historikers²

Die Auswahl, die der Historiker, die Historikerin aus der verworrenen Wirklichkeit zu treffen hat, sowie die Auswahl, die der Jurist, die Juristin³ – jene, die sich als Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen verstehen – aus der vielleicht für ihn oder sie weniger „unermesslichen und verworrenen Wirklichkeit“ zu treffen hat, ist vor allem ausgehend vom Methodischen sowie in Ansehung der Quellen und den daraus gewinnbaren Erkenntnissen, Begrifflichkeiten, Analysen hochgradig unterschiedlich. Die disziplinär geprägte differente Zugangsweise von Historikern, Historikerinnen und Juristen, Juristinnen evoziert verschiedene Fragestellungen und will man, wie im Falle der Historikerkommission, beide Zugänge gleichermaßen integrieren, so sind, wie sich im Verlauf der letzten vier Jahre gezeigt hat, Klarstellungen gegenüber der je anderen Disziplin erforderlich, um eine produktive Diskussion führen zu können, deren Ergebnis in gemeinsame Texte führen sollte.

Eine Sonderstellung gewissermaßen zwischen den Historikern, Historikerinnen und den Juristen, Juristinnen nehmen hier die Rechtshistoriker, die Rechtshistorikerinnen⁴ ein. Entstanden aus einer Konkretisierung von Rechts- und Geschichtswissenschaften sind sie heute, was die akademisch-universitäre Zuordnung betrifft, im deutschsprachigen Raum ausschließlich an den Juridischen Fakultäten beheimatet. Die Geschichtswissenschaft verzichtet mittlerweile (bedauerlicherweise!!) weitgehend auf Lehre aus rechtswissenschaftlichen Fächern, was mitunter dazu führt, dass rechtshistorische Forschungen von Historikern, von Historikerinnen manchmal große Mängel im Bereich der juristischen Grundlagen aufweisen.⁵ Von den Juristenkollegen als Rechtshistoriker, und somit – oft etwas abschätzig, da sie kein Fach des geltenden Rechts vertreten – als „keine richtigen Juristen“ wahrgenommen und von den Historikern, weil jene als

Juristen ausgebildet, nicht als Historiker gesehen, führt diese Zuschreibung – vor allem was die Rezeption externer Methodendebatten anderer Wissenschaften betrifft – manchmal zu einer gewissen [durchaus nachvollziehbaren] isolationistischen und abwehrenden Haltung der Rechtshistoriker, der Rechtshistorikerinnen.⁶ Selbstverständlich sind die genannten Disziplinen, die Geschichtswissenschaft und die Rechtswissenschaft, nicht jeweils als in sich methodologisch einheitlich oder gar konsensual zu verstehen.⁷ Trotz der vielfältigen Positionen und Widersprüche, der unterschiedlichen erkenntnisleitenden Fragestellungen innerhalb der Disziplinen können in dieser Disziplinenkonstellation – des Historischen einerseits und des Juristischen andererseits – verallgemeinerbare Unterschiede konstatiert werden.

Von Historikern und Historikerinnen, Juristen und Juristinnen . . . und wie sie versuchen, einander zu verstehen!

Eva Blimlinger

Viele, und wie es scheint, auch manche Lehrbuchautoren, machen sich ein erstaunlich naives Bild von unserer Arbeitsweise. Am Anfang, würden sie etwa sagen, stünden die Dokumente. Der Historiker trage sie zusammen, lese sie, versuche, ihre Echtheit und ihren Wahrheitsgehalt zu beurteilen. Danach und eben erst danach beginne er mit ihrer Auswertung . . . Daran ist nur ein Haken: Kein Historiker ist jemals so vorgegangen. Auch wenn er es selbst glauben sollte.

Marc Bloch: Apologie der Geschichtswissenschaft oder Der Beruf des Historikers⁸

Ein Beispiel: Spricht ein Jurist, eine Juristin von Tätern, so ist dieser Begriff – in der österreichischen Rechtsordnung – eindeutig bestimmt. Täter sind jene, die auf Grund einer Tat, eines – in den unter Einhaltung der verfassungsrechtlichen Erfordernisse zustande gekommenen Gesetzes – definierten Tatbestandes rechtskräftig, also etwa von einem ordentlichen Gericht verurteilt werden. Solange sie nicht rechtskräftig verurteilt sind, sind sie mutmaßliche Täter. Werden sie nicht rechtskräftig verurteilt, wird das Verfahren eingestellt, werden sie mangels Beweisen freigesprochen usw., sind sie

¹ Marc Bloch, 1886 in Lyon geboren, zählt zu den bedeutendsten Historikern, Historikerinnen des 20. Jahrhunderts. Er war Mitbegründer der Annales-Schule, bis 1936 Professor in Straßburg und danach an der Sorbonne. Bloch schließt sich der „Résistance“ an, wird 1944 in Lyon verhaftet und von der Gestapo ermordet.

² Schöttler (Hrsg): Bloch, Apologie der Geschichtswissenschaft oder Der Beruf des Historikers (2002) 27.

³ Wenn in diesem Text von Juristen, Juristinnen geschrieben wird, ist jene Gruppe gemeint, die wissenschaftlich arbeitet. Die Berufsfelder der Juristen, Juristinnen als Juristen, Juristinnen sind vielfältig: Rechtsanwalt, Rechtsanwältin, Richter,

Richterin etc; Auch die Berufsfelder der Historiker, Historikerinnen sind vielfältig um nicht zu sagen vielfältiger, doch gibt es keine analog festgelegte Berufsdifferenzierung in „Praktiker“ und „Theoretiker“.

⁴ Es wird hier nicht näher auf die nach wie vor – insbesondere in Hinblick auf Studienpläne und Ausbildung von Juristen, Juristinnen – oft heftig diskutierte Frage Bezug genommen, ob Rechtsgeschichte („römische“ oder „deutsche“) lediglich Funktionen für das zu entwickelnde geltende Recht hat oder ob sie als eigenes Fach, als eigene Disziplin, gewissermaßen verbunden aber doch eigenständig ist.

⁵ Vgl dazu I. Reiter, Rezension von Griesebner, Konkurrierende Wahrheiten. Malefizprozesse vor dem Landgericht Perchtoldsdorf im 18. Jahrhundert (2000), Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung 119 (2002) 759.

⁶ Vgl Stolleis, Rechtsgeschichte, Verfassungsgeschichte, in Goertz (Hrsg), Geschichte. Ein Grundkurs² (2001) 340.

⁷ Aus Platzgründen kann auf diese Differenzierung nicht näher eingegangen werden.

⁸ Bloch, Geschichtswissenschaft 73.



keine Täter. Täter können, dieser Begriffsdefinition folgend, daher auch jene nicht sein, die sich durch Tod einem Verfahren entziehen. Ähnlich verhält es sich mit den Begriffen des Mittäters, des Anstifters, des Mitwissers und so weiter. Aufgabe der Justiz ist es also, durch die Zurechnung von Ereignissen zu bestimmten Menschen individuelle Schuld rechtsverbindlich festzustellen. Die Rechtswissenschaft hingegen untersucht diese Rechtsnormen, zu der auch Urteile gehören können, in dem sie die Normen und Rechtsakte kritisch auf deren Rechtmäßigkeit hin prüft.⁹

Demgegenüber stehen die von Historikern und Historikerinnen für die Zeit des Nationalsozialismus und die Jahre danach ausführlich und breit geführte Täter/Opfer Diskussion und die seit Mitte der 80er Jahre geforderte Differenzierung und Aufhebung dieser, für Erklärungsansätze des Nationalsozialismus nicht ausreichenden Dichotomisierung. Der verwendete Täterbegriff weicht hier jedoch von dem gesetzlich – bleiben wir hier bei jenem durch österreichische Gesetze – bestimmten ab, lässt ihn weitgehend außer Acht, stellt ihn grundsätzlich infrage oder zieht ihn teilweise über-

haupt nicht in Betracht. Die im geschichtswissenschaftlichen Diskurs verwendete Begrifflichkeit ist mithin durch unterschiedlichste Parameter geprägt. Rabinovici stellt in seiner Arbeit „Instanzen der Ohnmacht“¹⁰ über die von den Nationalsozialisten eingesetzten „Judenräte“ am Beispiel von Wilhelm Reisz die – aus historischer Perspektive schwer zu beantwortende – Frage, wer Täter, wer Opfer ist, und ob diese Zuschreibungen als Signifikat überhaupt aussagekräftig sind. Aus juristischer Perspektive wurde die Frage 1947 klar und abschließend beantwortet – Wilhelm Reisz war Täter.

Wilhelm Reisz, Jude, wurde 1939 von der Israelitischen Kultusgemeinde¹¹ angestellt, ab 1941 der SS unterstellt und war „Gruppenführer“ der jüdischen Ordner unter dem SS-Scharführer Herbert Gering. Reisz war an den so genann-

ten „Judenaushebungen“ beteiligt. Er musste gemeinsam mit der SS Juden und Jüdinnen, die von den nationalsozialistischen Behörden zur Deportation bestimmt waren, in ihren Wohnungen aufspüren, ihre Namen notieren und ihnen beim Packen der wenigen Habseligkeit, die sie mitnehmen durften, helfen. Die besondere Perfidie der nationalsozialistischen Vorgangsweise bestand also darin, Menschen, die ununterbrochen mit dem Tod bedroht waren, derart zu funktionalisieren, dass sie – um ihrer eigenen Ermordung zu entgehen – andere Menschen den Mördern¹² auszuliefern hatten. Im Oktober 1945 brachte der Leiter der Wiener Staatspolizei gegen Reisz eine Anklage bei der Staatsanwaltschaft ein. Bemerkenswert wurde, dass das Verhalten von Reisz „besonders verwerflich“ sei, da er, um „sich selbst einen Vorteil zu verschaffen, seine eigenen Landsleute ins Unglück stürzte.“¹³

Wilhelm Reisz wurde vom österreichischen Volksgericht¹⁴ für schuldig befunden. Die zahlreichen Zeugenaussagen von jenen, die überlebten und Opfer der „Aushebungen“ gewesen waren, führten dazu, dass Wilhelm Reisz zu fünfzehn Jahren Gefängnis einschließlich eines Vierteljahres schweren Kerkers verurteilt wurde. Am Tag nach der Urteilsverkündung erhängte sich Wilhelm Reisz in seiner Zelle. „Sieben Jahre lang hatte er unter der nationalsozialistischen Verfolgung gelitten und die Vernichtung überlebt. . . . Er hatte mit solch einem Schuldspruch nicht gerechnet und sich nicht als Täter, sondern als Opfer des NS-Regimes empfunden. Sein Überleben verdankte er all dem, was ihm vor Gericht angelastet wurde.“¹⁵

Der SS-ler Herbert Gerbing konnte nicht verurteilt werden, er war verschwunden und wurde nie gefunden – er war also aus juristischer Sicht kein Täter, höchstens ein mutmaßlicher Täter. Ebenso wie etwa Franz Muhrer, der „Schlächter aus Wilna“, 1941 bis 1943 stellvertretender Gebietskommissar des Ghettos, der wegen 17 Morden angeklagt wurde. Das Verfahren wurde eingestellt, Muhrer nie verurteilt.

Zusammenfassend stehen, ausgehend von den beiden Disziplinen, zwei – hier durchaus polarisierte – Auffassungen gegenüber.

1. Jene des Historikers, hier formuliert von Doron Rabinovici: „Der Massenmord an Millionen Juden war ein kollektives Verbrechen. Das Verbrechen war zwar zentral organisiert, wurde aber arbeitsteilig ausgeführt und von unterschiedlichen Machtgruppen vorangetrieben. Nicht bloß Exekutive und Justiz, auch Reichsbahn und Kreditinstitute sowie Wis-

⁹ Siehe dazu aus rechtstheoretischer Perspektive in der Publikation zum Österreichischen Zeitgeschichtetag 2001 der Universität Klagenfurt *Jabloner*, Der Jurist in der Zeitgeschichte (in Vorbereitung).

¹⁰ Rabinovici, Instanzen der Ohnmacht. Wien, 1938–1945. Der Weg zum Judenrat (2000).

¹¹ Die Amtsgebäude der Israelitischen Kultusgemeinde (IKG) wurden am 18. März 1938 von der Gestapo besetzt, die IKG für den Parteienverkehr geschlossen, und führende Funktionäre verhaftet. Am 2. Mai 1938 wird die Kultusgemeinde wieder eröffnet und ihr wurden sämtliche jüdische Organisationen, die noch bestehen durften, untergeordnet. Am 31. Oktober 1942 wird die IKG-Wien aufgelöst. Mit 1. November 1942 wurde der Ältestenrat der Juden in Wien vereinsrechtlich genehmigt und zur Vertretung aller in den „Alpen- und Donaureichsgauen lebenden staatsangehörigen und staatenlosen Juden“ bestimmt.

¹² Auch der Begriff „Mörder“ ist hier ähnlich zu sehen wie „Täter“. Siehe weiters zu der Verwendung gesetzlich definierter Begrifflichkeiten etwa auch Melichar zum Begriff „Beraubung“; *Historikerkommission* (Hrsg): Melichar, Neuordnung im Bankwesen. Die NS-Maßnahmen und die Problematik der Restitution (2003) 22 ff.

¹³ Vgl. Rabinovici, Ohnmacht 14; dazu auch Michman, „Judenräte“ und „Judenvereinigungen“ unter nationalsozialistischer Herrschaft. Aufbau und Anwendung eines verwaltungsmäßigen Konzepts, Zeitschrift für Geschichtswissenschaft 4 (1998) 193.

¹⁴ Die gesetzlichen Grundlagen der österreichischen Volksgerichtsverfahren waren das am 8. Mai 1945 erlassene Gesetz zum Verbot der NSDAP („Verbotsgesetz“) und das am 26. Juni 1945 in Kraft getretene Kriegsverbrechergesetz. Zwischen 1945 und 1955 wurden in 136.829 Fällen gerichtliche Voruntersuchungen wegen des Ver-

dachts nationalsozialistischer Verbrechen oder „Illegalität“ (Mitgliedschaft bei der NSDAP zur Zeit ihres Verbots 1933–1938) eingeleitet. 23.477 Urteile wurden gefällt, davon 13.607 Schuldsprüche. Die Anzahl der wegen nationalsozialistischer Gewaltverbrechen verurteilten Personen liegt vermutlich bei rund 2.000 Personen, von denen 341 zu Strafen im oberen Bereich verurteilt wurden: 43 Angeklagte wurden zum Tode, 29 Angeklagte zu lebenslangem Kerker und 269 Angeklagte zu Kerkerstrafen zwischen zehn und zwanzig Jahren verurteilt, 30 Todesurteile vollstreckt, 2 Verurteilte begingen vor der Vollstreckung Selbstmord. Weitere Informationen sind zu finden bei <http://www.nachkriegsjustiz.at/>.

¹⁵ Rabinovici, Ohnmacht 18 f.

senschaft und Wirtschaft boten etwa ihre Dienste an, als es darum ging Juden auszugrenzen, zu berauben, zu vertreiben und zu morden.“¹⁶

2. Und jene des Juristen, hier formuliert von Bernhard Schlink: „Im juristischen Sinn kann nur der einzelne und kann der einzelne nur für sein eigenes Verhalten schuldig sein. Auch wenn er nicht Täter, sondern Teilnehmer ist, d. h. jemand anderen anstiftet oder durch Beihilfe unterstützt, ist es das eigene Anstifter- oder Beihelferverhalten, dessen er sich schuldig macht. Juristisch gibt es keinen Schluß von der Schuld eines Menschen auf die Schuld eines anderen; es gibt Schuldübertragungen weder in der Horizontalen, unter den Angehörigen einer Generation, noch in der Vertikalen, von der einen Generation auf die nächste. Kollektivschuld, bei der alle Glieder des Kollektivs schuldig sind, weil einige schuldig sind, ist mit dem juristischen Begriff der Schuld unvereinbar.“¹⁷

Und damit Sie es nicht falsch verstehen, – beide, der Historiker und der Jurist, *verurteilen* die nationalsozialistischen Verbrechen, auch wenn sie keine Richter sind – und beide Erklärungszugänge sind zu befragen.

Denn sogar die eindeutigsten und willfähigsten Texte oder archäologischen Zeugnisse sprechen nur zu dem, der sie zu befragen versteht.

*Marc Bloch: Apologie der Geschichtswissenschaft oder Der Beruf des Historikers*¹⁸

Was wird wie und von wem und vor allen Dingen wann befragt – und wie lauten die Fragen? Der Historiker, die Historikerin – fragen sie etwa im Falle der Forschungen im Rahmen der Historikerkommission nach dem Vermögensentzug im Nationalsozialismus oder nach den Profiteuren – sind mit einer Vielfalt historischer Zeugnisse konfrontiert, die nahezu unbegrenzt erscheint. Vor allem, und hier ist bereits ein wesentlicher Unterschied zu den Juristen, Juristinnen gegeben, wissen Historiker, Historikerinnen niemals [oder müssten sie doch immer wissen], dass die ihnen zur Verfügung stehenden Materialien – hier in diesem Zusammenhang zunächst flache zweidimensionale Objekte¹⁹ – nur ein Segment eines fiktiven Ganzen sein können. Allzu oft können jedoch Historiker, Historikerinnen der Verlockung, das alles erklärende Dokument schlechthin, die „Schlüsselquelle“, die „Königsquelle“ zu suchen, nicht widerstehen. Detektiven, Detektivinnen gleich begeben sie sich auf die meist erfolglose Suche nach dem Singulärem, das nun alles – was man bis dato nicht zu erklären, zu verstehen vermochte – erhellt. Eine gewisse Rat- und Rastlosigkeit greift um sich, die es manchen dann nicht mehr ermöglicht, die ohnehin zahlreich vorhandenen flachen, zweidimensionalen Objekte zu befragen. Nämlich

erst dann, wenn „das“ Dokument gefunden wurde, ließe sich das oder jenes zur Gänze darstellen – ein für historisch-wissenschaftliches Arbeiten fataler Irrtum. Gleichzeitig wird heute nahezu jeder Aktenfund als Sensation medial vermarktet, ohne jedoch dabei zu beachten, ob er etwa durch die Befragung – im Bloch'schen Sinne – überhaupt zum Sprechen gebracht werden kann, und welche Erkenntnis sich aus dieser Befragung erschließen mag.

Der Jurist, die Juristin – fragen sie etwa nach den Rückstellungsgesetzen und danach, ob diese besser als andere denkbare Regelungen den angestrebten Zweck umzusetzen vermochten – können hier gelassener und geplanter vorgehen.²⁰ Die Basis ihrer Untersuchungen und Gutachten sind zunächst die einschlägigen Gesetzesbestimmungen und in einem weiteren Schritt auch die Materialien des Gesetzgebungsprozesses²¹ – mithin eine überschaubare Anzahl von Dokumenten. Ein Aktenfund, der dazu führt, den Forschungsplan neu zu organisieren, andere erkenntnisleitende Fragestellungen zu entwickeln, ist nahezu ausgeschlossen. Alle Materialien sind wohl geordnet und zugänglich, und von Anfang an kann der Rechtsdogmatiker, die Rechtsdogmatikerin über das gesamte Material verfügen. Wird der nächste Schritt – wie im Falle der Historikerkommission – gesetzt und über die dogmatische Darstellung eines Rechtsgebietes hinaus die tatsächliche Vollziehung untersucht, so sind zumindest Gerichts- und Verwaltungsakten erforderlich, aber etwa auch Biographien der handelnden Personen etc.

Je nach dem, ob diese Akten vorhanden oder skartiert²² wurden, lassen sich – mit disziplinär bedingten, unterschiedlichen Fragestellungen Erkenntnisse gewinnen. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang einerseits auf die rechtshistorische Bearbeitung²³ und andererseits die quantitative Auswertung und Analyse²⁴ der vorhandenen Rückstellungsakten. Gegenstand des ersten Forschungsprojektes war die juristische (rechtshistorische) Analyse der Vollziehungspraxis des Rückstellungsrechts. Dabei wurden insbesondere die konkreten Verfahrensabläufe in den Verfahren nach den Rückstellungsgesetzen, soweit dies aus dem erhaltenen Aktenbestand möglich war, einer näheren Betrachtung unterzogen. Gegenstand der zweiten Untersuchung war die Frage, welche Faktoren den Erfolg von Anträgen auf Rückstellung entzogenen Eigentums in Österreich nach 1945 bestimmten. Damit war hier der Blick auf die einschlägige Rechtssprechung im Allgemeinen gerichtet, nicht aber auf einzelne Beispiele für Funktionieren oder Fehlfunktionen der Justiz. Für die Analyse wurde eine große Anzahl von Verfahren (1.312 Fälle) herangezogen, „die eine Trennung von systematischen

¹⁶ Rabinovici, Ohnmacht 13.

¹⁷ Schlink, Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht (2002) 11.

¹⁸ Bloch, Geschichtswissenschaft 73.

¹⁹ Hilberg systematisiert in seiner Arbeit zu Quellen des Holocaust zunächst einmal in dreidimensionale Quellen – das sind Baulichkeiten und Gegenstände, und in zweidimensionale Quellen – das sind Abbildungen und Texte; Hilberg, Die Quellen des Holocaust. Entschlüsseln und Interpretieren (2002).

²⁰ Vgl dazu Jabloner et al, Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich. For-

schungsbericht der Historikerkommission der Republik Österreich. Zusammenfassungen und Einschätzungen. Schlussbericht (2003) 20 f.

²¹ Regierungsvorlagen, Ausschussberichte, Stenographische Protokolle und in einem weiteren Schritt die Sprechpraxis.

²² Skartiert wurden etwa in den 80er Jahren die Rückstellungsakten der Rückstellungskommission Wien bis 1955; siehe dazu Rigele, „Wiedergutmachung“. Bestände zu den Rückstellungsverfahren im Wiener Stadt- und Landesarchiv, Studien zur Wiener Geschichte, Jahrbuch des Vereins für Geschichte der Stadt Wien, 56 (2000) 127.

²³ Historikerkommission (Hrsg): Meissel/Olechowski/Gnant, Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen. Die Verfahren vor den österreichischen Rückstellungskommissionen (2003).

²⁴ Historikerkommission (Hrsg): Pammer, Die Verfahren vor den österreichischen Rückstellungskommissionen: Die Rückstellungskommission beim Landesgericht für Zivilrechtssachen in Wien (2002).

Zusammenhängen zwischen den Randbedingungen und den Verfahrensergebnissen einerseits und zufälligen Ausgängen andererseits ermöglicht.“²⁵

Im Fall der rechtshistorischen Arbeit stand nicht eine rein empirisch quantitative Analyse im Mittelpunkt, sondern eine die Vollziehung in Relation zum rechtlichen Rahmen stellende qualitative juristische Analyse. Es wurde untersucht, in welcher Weise die aus generellen Normen (Gesetzen und Verordnungen) bestehenden Grundlagen des Rückstellungsrechts in der Rückstellungspraxis verwirklicht und konkretisiert wurden. Dabei interessierten nicht nur die jeweils erzielten Ergebnisse der Rückstellungsverfahren, sondern vor allem, in welcher Weise das Rückstellungsrecht von den mit der Rückstellung befassten Behörden interpretiert und vollzogen wurde.²⁶

Zusammen mit den anderen juristischen und historischen Arbeiten zum Rückstellungsrecht²⁷ konnte so ein breites Spektrum an Fragestellungen abgedeckt werden. Aus der verworrenen Wirklichkeit trafen alle Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen ihre Auswahl und setzten ihre Werkzeuge an, richteten ihre Fragen, aus deren Antworten komplexe Darstellungen entstanden. Und nun können an das Entworfene Fragen gegen die ursprünglichen Fragen gestellt werden, andere Fragen überhaupt erst entstehen, rechtswissenschaftliche Fragen an die geschichtswissenschaftlichen Texte gestellt werden und umgekehrt. Zum besseren Verständnis.

Mag^a. Eva Blimlinger ist Forschungskordiniatorin der Historikerkommission.

²⁵ Pammer, Rückstellungskommission 15.
²⁶ Meissel/Olechowski/Gnant, Verfahren 2 f.
²⁷ Historikerkommission (Hrsg): Graf, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung. Eine juristische Analyse (2003); Historikerkommission (Hrsg): Bailer-Galanda, Die Entstehung der Rückstellungs- und Entschädigungsgesetzgebung. Die Republik Österreich und das in der NS-Zeit entzogene Vermögen (2003).

VERLAG ÖSTERREICH

Schwamberger - Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz



170 Seiten, br., € 35,- 3-7046-3956-7

- neues Berufsrecht für den Medizinischen Masseur und den Heilmasseur
- Wiedergabe der Gesetzesmaterialien
- weitere Erläuterungen und Querverweise
- Hinweise auf andere Gesundheitsberufe
- umfangreiches Stichwortverzeichnis

Dr. Helmut Schwamberger ist Landesamtsdirektorstellvertreter und Vorstand der Gruppe Gesundheit und Soziales im Amt der Tiroler Landesregierung.

VERLAG ÖSTERREICH
VORMALS VERLAG DER K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at

NEUERSCHEINUNG

Pleischl/Soyer
Strafgesetzbuch und Strafprozessordnung
 Textausgabe mit Gesetzesmaterialien



- StGB, StPO, JGG und GRBG in einem Band
- Textausgabe mit Gesetzesmaterialien

mit folgenden Neuerungen:

- Bestimmungen zur Bekämpfung der Cyber-Kriminalität und des Terrorismus
- Überwachung der Telekommunikation

604 Seiten, broschiert, € 48,- 3-7046-3957-5

Verlag Österreich
vormals Verlag der k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at

1. Einleitung

„Sofern es die Quellen erlauben, haben wir die Namen der Ariseure, Entzieher, Rückstellungswerber und der politischen Akteure genannt. Entziehung und Rückstellung haben ein Gesicht und tragen einen Namen.“¹ – „Die Antragsteller in Rkv 21/48 erhielten von ihrem (jüdischen) Vater vier Liegenschaften geschenkt . . . Um eine Zwangsversteigerung zu vermeiden, verkauften sie an den Antragsgegner.“²

Diese beiden Zitate zeigen grundverschiedene Möglichkeiten, wie die Nennung von Namen in der zeitgeschichtlichen Forschung gehandhabt wird. Je nach beruflicher Sozialisation und fachlicher Zugehörigkeit wird die eine oder die andere Version vertrauter sein. Für Historiker ist die Darstellung von persönlichen Schicksalen in der Personen- und Behörden-geschichte Bestandteil ihrer Arbeit³. Für Juristen ist es geradezu eine Selbstverständlichkeit, dass persönliche Informationen nur zur Sprache kommen, soweit sie entscheidungsrelevant sind⁴.

Gerade bei der Beschäftigung mit der NS-Vergangenheit tritt die Namensnennung zunehmend in den Vordergrund. Während das jahrzehntelange Verschweigen individueller Verantwortlichkeit als geradezu typisch für die österreichische (Nicht)Aufarbeitung gesehen wird, ist die Nennung von Namen heute so gut wie ein Programm. Die rechtliche und ethische Brisanz ergibt sich dabei aus dem Zusammenhang der Namensnennung, wenn Personen etwa als „Ariseure“ und Profiteure oder auch als rassistische Opfer bezeichnet oder geschildert werden⁵. Im Folgenden soll anhand der Historikerkommission der Frage nachgegangen werden, welcher rechtliche Rahmen für die Namensnennung in der zeitgeschichtlichen Forschung besteht.

2. Rechtlicher Rahmen für die Namensnennung

Ein ausdrücklicher Schutz des Namens ist in der österreichischen Verfassung nicht zu finden. Er ist aber als Teil des der Rechtsordnung immanenten Persönlichkeitsschutzes zu betrachten und äußert sich im gegebenen Zusammenhang in einem grundsätzlichen Recht auf Namensanonymität⁶. Die Namensnennung steht dabei in einem Spannungsverhältnis verschiedener Grundrechte, die mitunter gegensätzliche Interessen schützen. Auf der einen Seite sind die Privatsphäre des Art 8 EMRK und das Grundrecht auf Datenschutz zu nennen. Dem stehen bei der zeitgeschichtlichen Forschung die Wissenschaftsfreiheit, die allgemeine Meinungsäußerungsfreiheit und die Informationsfreiheit, die sich in einem Recht

auf Zugang zur eigenen Geschichte äußert, entgegen. Die Namensnennung ist damit ein klassischer Fall einer Grundrechtskollision, bei dem kein Grundrecht „einen grundsätzlichen Vorrang beanspruchen kann“⁷. Dies hat zur Folge, dass schon die gesetzlichen Regelungen, aber immer auch die Entscheidung, ob ein Name im Einzelfall genannt werden darf, einer sorgsamsten Interessenabwägung bedarf.

Konkret sind mehrere Regelungskreise zu berücksichtigen: das Archiv- und das Datenschutzrecht sowie der Persönlichkeitsschutz. Die ersten beiden setzen schon beim Zugang und der Bearbeitung persönlicher Information an. Der letztere betrifft erst die Veröffentlichung, also die eigentliche Namensnennung.

2.1. Archivrechtlicher Rahmen

Geschichte liegt im Archiv. Die staatlichen Akten aus der NS- und Nachkriegszeit lagern zum größten Teil in öffentlichen

Naming Names

Individuelle Namensnennung bei der Aufarbeitung der NS-Zeit am Beispiel der Historikerkommission

Iris Eisenberger/Ronald Faber



Archiven, insbesondere im Österreichischen Staatsarchiv. Damit richtet sich die Frage der Nennung von Namen zunächst nach den archivrechtlichen Bestimmungen⁸. Das BundesarchivG etwa enthält eine ausdrückliche Bestimmung über die Veröffentlichung von personenbezogenen Daten in Werken, die unter Nutzung des Archivgutes des Bundes verfasst wurden. Sofern keine Zustimmung des Betroffenen vorliegt, ist eine Veröffentlichung erst 10 Jahre nach seinem Tod zulässig. Ausnahmsweise ist eine Namensnennung noch zu Lebzeiten möglich, wenn daran ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (§ 11 BundesarchivG).

Der Frage der Veröffentlichung vorgelagert und für diese de facto ausschlaggebend ist die Frage des *Zugangs zum Archivmaterial*⁹. Die Archivrecherche ist – gleich wie die Veröffentlichung von aus Archivgut gewonnenen Forschungsergebnissen – vom Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit umfasst. Der Staat würde die Wissenschaftsfreiheit verletzen,

¹ *Historikerkommission* (Hrsg): *Böhmer/Faber, Die österreichische Finanzverwaltung und die Restitution entzogener Vermögen 1945 bis 1960*. Die Finanzprokuratur (2002) 7.
² *Historikerkommission* (Hrsg): *Meissel/Olechowski/Gnant, Die Verfahren vor den österreichischen Rückstellungskommissionen*. Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen (2002) 25.
³ Siehe etwa den selbstredenden Titel von *Huemmer*, Sektionschef Robert Hecht und die Zerstörung der Demokratie in Österreich (1975).
⁴ Siehe nur § 15 Abs 4 OGHG und § 48a GOG, wonach gerichtliche Entscheidungen für die Veröf-

fentlichung umfassend zu anonymisieren sind.
⁵ Siehe etwa *Walzer/Templ*, Unser Wien. „Arisierung“ auf österreichisch (2001) insb 110 ff, die mit der rückhaltlosen Nennung der Profiteure werben. Für eine Nennung der Namen in den Fallgeschichten über „Arisierungen“ entscheidet sich auch *Etzersdorfer*, *Arisiert*. Eine Spurensuche im gesellschaftlichen Untergrund der Republik (1995) 32; sie nimmt allerdings eine Abwägung vor.
⁶ OGH SZ 59/182.
⁷ *Raschauer*, *Namensrecht* (1978) 297.
⁸ BundesarchivG, BGBl I 1999/162. Für Landesarchive bestehen mit dem BundesarchivG weitgehend übereinstimmende Regelungen im Wr Ar-

chivgesetz, LGBl 2000/55, und im Krnt Landesarchivgesetz, LGBl 1997/40. In den anderen Bundesländern bestehen weiterhin sog Benutzungsordnungen.
⁹ Der Frage des Zugangs zum Archivgut vorgelagert ist wiederum die Frage, was wann als Archivgut archiviert wird; siehe dazu *Schöggel-Ernst*, *Justizaktenbewertung – Der Archivar im Spannungsfeld zwischen Justizverwaltung und Forschung*, Mitt des Steirischen Landesarchivs 1999, 153.

wenn er Wissenschaftler daran hinderte, „ihre Objekte zu suchen, ihnen nachzugehen, sie zu untersuchen usw.“¹⁰. Das Interesse an einem ungehinderten Zugang zu Archivgut steht allerdings in einem Spannungsverhältnis zum Interesse an der Geheimhaltung der darin enthaltenen personenbezogenen Informationen. Der Archivgesetzgeber ist bei der Abwägung dieser Interessen aus archivtechnischen Gründen auf eine pauschalierende Vorgangsweise angewiesen¹¹. Diese erfolgt in Form eines abgestuften Systems von Schutzfristen, nach deren Ablauf jedermann das Recht hat, für wissenschaftliche und publizistische Zwecke Einsicht zu nehmen (§ 8 BundesarchivG). Die Schutzfrist beträgt grundsätzlich 30 Jahre, für wissenschaftliche Forschungen kann sie auf bis zu 20 Jahre verkürzt werden. Personenbezogenes Archivgut – also Akten, die personenbezogene Daten enthalten – darf grundsätzlich erst nach 50 Jahren eingesehen werden. Bei überwiegendem öffentlichen Interesse kann diese Frist im Einzelfall auf bis zu 20 Jahre herabgesetzt werden.

2.2. Datenschutzrechtliche Bestimmungen

Der zweite relevante Regelungskreis ist das Datenschutzrecht¹². Nach der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 1 DSG 2000 hat jedermann einen Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Zu den personenbezogenen Daten gehört jedenfalls der Name. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die Vorschriften des DSG 2000 bei der historischen Forschung überhaupt zur Anwendung gelangen.

2.2.1. Zur Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes

Das Grundrecht auf Datenschutz steht nach der Lehre nur *lebenden* Personen zu¹³. Geschützt wird die informationelle Selbstbestimmung und nicht das Andenken oder die Ehre. Mit zunehmender zeitlicher Distanz verliert damit das Datenschutzrecht bei der Erforschung der NS- und Nachkriegszeit an Bedeutung. Allerdings kann sich im Interesse der Angehörigen oder zum Schutz eines unverfälschten Andenkens aus Art 8 EMRK im Einzelfall ein Geheimhaltungsinteresse ergeben, das über den Tod hinausgeht.

Die Verwendung von personenbezogenen Daten ist jedenfalls dann zulässig, wenn ihr der Betroffene *zustimmt* (vgl § 1 Abs 2 DSG 2000). Bei Forschungsarbeiten über einzelne Personen ist das eine reale Option; bei breiten empirischen Forschungen, wie sie etwa die Historikerkommission vorgenommen hat, ist die Einholung der Zustimmung aller Betroffenen jedoch in der Regel nicht möglich.

Nach der ausdrücklichen Anordnung des § 1 Abs 1 DSG 2000 ist ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung a priori ausgeschlossen, wenn Daten *allgemein verfügbar* sind. Dazu

zählen jedenfalls Daten, die auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen zulässiger Weise veröffentlicht wurden und zugänglich sind, wie etwa das Grundbuch oder das Firmenbuch¹⁴. Nichts anderes kann für die Archive des Bundes und der Länder gelten, soweit deren Archivgut gesetzlich zur Nutzung freigegeben ist. Die Nennung von Namen aus öffentlichem Archivgut ist daher nach den archivrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen¹⁵.

Bei Material, das nicht unter die Archivgesetze fällt, besteht ein schutzwürdiges Interesse, das die Bestimmungen des DSG 2000 zur Anwendung bringt; dies gilt etwa für Material aus Privatarchive. Insoweit erfasst das DSG 2000 den gesamten Prozess der historischen Forschung, von der Einsichtnahme über die Verarbeitung der Daten bis hin zur Veröffentlichung.

2.2.2. Das datenschutzrechtliche Wissenschaftsprivileg

Für die wissenschaftliche Forschung enthält das DSG 2000 in § 46 eine besondere Regelung. Diese unterscheidet danach, ob wissenschaftliche Untersuchungen personenbezogene Ergebnisse zum Ziel haben oder nicht. Wird ohne Personenbezug geforscht, also etwa eine bloß quantitative Untersuchung erstellt, dürfen alle Daten verwendet werden, die öffentlich zugänglich sind oder die der Auftraggeber zulässigerweise ermittelt hat (§ 46 Abs 1).

Die meisten zeitgeschichtlichen Forschungen haben jedoch personenbezogene Ergebnisse zum Ziel, sollen etwa über namentlich genannte Personen berichten. In diesem Fall bedarf die Verwendung (und Veröffentlichung) von Namen und anderen personenbezogenen Daten grundsätzlich der Genehmigung der Datenschutzkommission. Dies gilt allerdings nur, wenn diese Daten nicht „öffentlich zugänglich“ sind (§ 46 Abs 2), womit die archivarische Forschung oder Forschungen, die sich auf öffentliche Bibliotheken beschränken, nicht genehmigungsbedürftig sind¹⁶.

Eine solche Genehmigung hat die Datenschutzkommission (DSK) zu erteilen, wenn die Zustimmung der Betroffenen nicht möglich oder unverhältnismäßig ist, der Antragsteller eine fachliche Eignung¹⁷ glaubhaft macht und ein öffentliches Interesse an der Verwendung besteht (§ 46 Abs 3). Für die Erforschung und objektive Aufarbeitung der NS-Zeit nimmt die DSK ein solches öffentliches Interesse von vornherein als gegeben an¹⁸. Wenn sie dies allerdings damit begründet, dass die Erforschung dieses Zeitraums „dem Ansehen Österreichs nützlich sein wird“, so erscheint dieses Argument wegen seiner Ambivalenz fragwürdig. Diese Auslegung unterstellt dem Gesetz eine Art Zensurfunktion. Das öffentliche Interesse darf sich nicht nach bestimmten Gegenständen, Methoden oder Zielen von Forschungsvorhaben bestimmen. Das wäre in Hinblick auf die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit des Art 17

10 Welan, Wissenschaftsfreiheit und Zugang zu gerichtlichen Rechtsmittellentscheidungen, OJZ 1986, 641 (643).

11 Siehe dazu aus grundrechtsdogmatischer Sicht Manegold, Archivrecht: Die Archivierungspflicht öffentlicher Stellen und das Archivzugangsrecht des historischen Forschers im Lichte der Forschungsfreiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 3 GG (2002) 119 ff.

12 DatenschutzG 2000 – DSG 2000, BGBl I 1999/165.

13 Potacs, Wissenschaftsfreiheit und Grundrecht auf Datenschutz, ZfV 1986, 6 (12).

14 Dohr/Pollirer/Weiss, DSG² (2002) § 1 Anm 8; Duschanek/Rosenmayer-Klemenec, Datenschutzgesetz 2000 (2000) 185.

15 So für die deutsche Rechtslage dem Grundsatz nach auch Manegold, Archivrecht 318 f. Siehe zur Veröffentlichung nach § 11 BundesarchivG oben 2.1.

16 Siehe Dohr/Pollirer/Weiss, DSG § 46 Anm 3, 7 und die Ausführungen zu allgemein verfügbaren Daten oben 2.2.1.

17 Dies darf keinesfalls so ausgelegt werden, dass zeithistorische Forschung auf Personen mit einer akademischen Qualifikation beschränkt wird.

18 DSK 25. 2. 2000, 202.001/3-DSK/00 (Zwangsarbeit); 25. 2. 2000, 202.002/2-DSK/00 (Historikerkommission); 24. 4. 2001, 202.010/2-DSK/01 (Medizin im Nationalsozialismus).

StGG unzulässig¹⁹. Ausreichend ist, wenn ein beliebiger Gegenstand nach als wissenschaftlich zu beschreibenden Methoden erforscht werden soll²⁰.

Soweit ersichtlich hat die DSK bisher nur von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Erfassung und Bearbeitung von Daten vorab zu genehmigen. Die Veröffentlichung der Forschungsergebnisse in personenbezogener Form ist in diesen Fällen daher nur zulässig, wenn sie den Bestimmungen des DSG 2000 über die Datenübermittlung entspricht. Die §§ 6 ff DSG 2000 sehen dafür ein kompliziertes Abwägungssystem vor, wobei für sensible Daten strengere Bestimmungen gelten als für nicht-sensible. Zu den sensiblen Daten zählen jedenfalls Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, die politische Meinung und die religiöse oder philosophische Überzeugung (§ 4 Z 2 DSG 2000).

2.3. Persönlichkeitsrechtliche Grenzen der Namensnennung

Schließlich wird aus den Persönlichkeitsrechten und dem verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre ein *Recht auf Namensanonymität* abgeleitet. Eine besondere, auf die Veröffentlichung bezogene Ausformung dieses Persönlichkeits-schutzes findet sich darüber hinaus im Medienrecht²¹. Diese Rechte gelten im Rahmen des postmortalen Persönlichkeits-schutzes auch für Verstorbene²².

Das Recht auf Namensanonymität besteht jedoch nicht absolut, sondern ist mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit abzuwägen²³. Ob durch eine Namensnennung die Persönlichkeitsrechte des § 16 ABGB verletzt werden, hängt wesentlich vom Inhalt der mit der Namensnennung verbundenen Aussage sowie von ihrem Informationszweck ab. Intime, bloßstellende Berichte über das Schicksal von NS-Opfern sind demnach unzulässig²⁴. Auch Täter haben Anspruch auf Schutz ihrer Persönlichkeitssphäre, soweit Eingriffe nicht aus Gründen der Wahrheitsfindung unerlässlich sind.

Weiters stellt sich die Frage, inwiefern über strafrechtliche Verurteilungen namentlich berichtet werden darf. Sofern eine Person einer strafbaren Handlung verdächtig war, aber niemals verurteilt wurde, wird die Unschuldsvermutung des Art 6 EMRK in aller Regel einer Nennung im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung entgegenstehen. Im Fall einer Verurteilung wird die Namensnennung grundsätzlich für zulässig erachtet. Das kann jedoch nicht unbegrenzt gelten. Das öffentliche Informationsinteresse wird zunehmend dem öffentlichen Interesse an der Resozialisierung des Verurteilten weichen. Als zeitliche Orientierung kann in dieser Abwägungsfrage auf das strafrechtliche Tilgungsgesetz zurückgegriffen werden. Schließlich ist der Verurteilte mit der Tilgung rechtlich unbescholten²⁵.

3. Namensnennung durch die Historikerkommission

Auch die Historikerkommission stand vor der Frage, ob sie in den von ihr herausgegebenen Forschungsberichten Namen veröffentlichen sollte oder nicht. Die Kommission wurde von der Bundesregierung und dem Parlament mit dem Mandat eingesetzt, „den gesamten Komplex Vermögensentzug auf dem Gebiet der Republik Österreich während der NS-Zeit sowie Rückstellungen bzw Entschädigungen (sowie wirtschaftliche und soziale Leistungen) der Republik Österreich ab 1945 zu erforschen und darüber zu berichten.“ Die Kommission hatte von ihrem Mandat her also einen reinen Forschungsauftrag, an dem sie auch nach ihrem Selbstverständnis festzuhalten suchte, wenn ihr auch im gesellschaftlichen Umfeld „eine Art Gerichtsfunktion“ zugeschrieben wurde²⁶.

Für die Namensnennung enthält das Mandat keine ausdrücklichen Vorgaben. Die Kommission hatte sich daher an den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zu orientieren, die – wie dargestellt – einen nicht unbeträchtlichen Spielraum offen lassen. Wie sie diese Vorgaben umgesetzt hat, hat sie allerdings nicht offen gelegt.

Anders ihr Schweizer Pendant. Die so genannte Berger-Kommission folgte grundsätzlich der Regel, „dass nur wenn ernsthafte Einwände gegen eine Nennung von Namen vorgebracht werden können, anonymisiert wird.“ Generell nicht anonymisiert wurden Namen leitender Angestellter oder Kader von Unternehmen und von Funktionsträgern in staatlichen Verwaltungen und Behörden. Ebenso wenig wurden Kunden von Schweizer Börsen anonymisiert, die mit geraubten Aktien handelten. Bei den vom NS-Regime ermordeten Kunden Schweizer Banken wurden keine Namen genannt, weil nicht eine hypothetische Zustimmung angenommen werden sollte. Die Identität von Flüchtlingen, die in oder über die Schweiz Zuflucht suchten, wurde sichtbar gemacht, sofern sie das wünschten.²⁷

Die österreichische Historikerkommission verfolgte hingegen ein Konzept der methodischen Vielfalt²⁸. Dies wirkte sich bei der Namensnennung in den einzelnen Forschungsberichten, wie eingangs gezeigt²⁹, in ganz unterschiedlicher Form aus. Den Forschern war von der Kommission lediglich die Einhaltung der bestehenden rechtlichen Regelungen aufgetragen worden. In der Redaktion der Forschungsberichte wurden – soweit nachvollziehbar – die Vorgaben des Datenschutzrechtes von der Kommission wie folgt gehandhabt: Die Namen der Opfer konnten genannt werden, die Namen der anderen Beteiligten, der „Ariseure“, Profiteure, Politiker oder öffentlichen Funktionäre wurden anonymisiert, wenn sie noch leben. Die Namen verurteilter Nationalsozialisten wurden weit gehend anonymisiert.

¹⁹ Siehe *Berka*, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 594: Ein datenschutzrechtliches Verbot der Gewinnung wissenschaftlicher Informationen unterwirft die Wissenschaft einer inhaltlichen Fremdbestimmung. Ein solches Verbot ist als ein intentionaler Eingriff zu werten und daher unzulässig.

²⁰ Vgl *Potacs*, ZfV 1986, 6 ff.

²¹ Siehe insb §§ 6–8a MedienG, BGBl 1981/314 idGF. Äußerste Grenze für die Inhalte zeitgeschichtlicher Publikationen bilden schließlich die Ehrenbeleidigungsdelikte des Strafrechts (§§ 111 bis 117 StGB) sowie die Verleumdung nach § 297 StGB.

²² Der OGH und die hL gehen davon aus, dass sich aus § 16 ABGB ein postmortales Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen ergibt; OGH 29. 8. 2002, 6 Ob 283/01p = JBl 2003, 114; *Aicher in Rummel* ¹³ (2000) § 16 Rz 28 mwN.

²³ Siehe dazu *Raschauer*, Namensrecht 292 ff; *Aicher in Rummel* ¹³ (2000) § 43 Rz 11 f mwN; vgl jüngst EGMR in ÖJZ 2003, 155.

²⁴ Vgl zu Verbrechenopfern OLG Wien in MR 1986/5, 9.

²⁵ Das wird auch für Verurteilungen nach dem NS-Gesetz gelten, weil diese von der Tilgung nicht ausgenommen waren.

²⁶ *Jabloner et al*, Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich. Forschungsbericht der Historikerkommission der Republik Österreich. Schlussbericht. Zusammenfassungen und Einschätzungen (2003) 12.

²⁷ *Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg*, Die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg. Schlussbericht (2002) 45; abrufbar unter <http://www.uek.ch/de/index.htm>.

²⁸ *Jabloner et al*, Schlussbericht 19.

²⁹ Siehe die Zitate in der Einleitung.

3.1. Bewertung der Namensnennung bei einzelnen

Personengruppen

Die Opfer werden in den Forschungsberichten durchwegs namentlich genannt. Eine Darstellung persönlicher Schicksale vermag die Allgegenwärtigkeit und den Schrecken der Verfolgung gewiss zu veranschaulichen. Trotzdem bleibt sie eine Vereinnahmung, die auch aus datenschutzrechtlichen Gründen bedenklich ist. Diese Personen wurden wegen ihrer rassistischen Zugehörigkeit, religiösen oder politischen Überzeugung zu Opfern des Nationalsozialismus; dabei handelt es sich um sensible Daten, für deren Verwendung besonders strenge Maßstäbe gelten³⁰. Eine wissenschaftliche Verwendung ist zwar ein möglicher aber noch kein hinreichender Grund für ihre Veröffentlichung. Die Schweizer Historikerkommission tat wohl gut daran, für die NS-Opfer keine hypothetische Zustimmung zu einer namentlichen Nennung anzunehmen zu wollen.

Ein besonderes Problem wirft die Anonymisierung jener Nationalsozialisten auf, die nach 1945 aufgrund der NS-Gesetzgebung (NS-Gesetz, KriegsverbrecherG) verurteilt wurden. Gleichzeitig werden nämlich jene namentlich genannt, die ebenfalls am Vermögensraub beteiligt waren, ohne dass sie dafür aber strafgerichtlich verurteilt wurden. Dadurch entsteht die schiefe Optik, dass „Mitläufer“ genannt, „große Nazis“ jedoch gedeckt werden. Die Kommission befand sich hier freilich in einer schwierigen Situation. Diese Verurteilungen liegen immerhin ein halbes Jahrhundert zurück. Die Anonymisierung noch lebender Täter erscheint durchaus im Einklang mit den rechtlichen Grundgedanken, die der Tilgung zu Grunde liegen.

Eine Sonderfrage ergibt sich auch im Zusammenhang mit der Nennung von Beamten. Im Besonderen betrifft dies österreichische Beamte, die an Rückstellungsverfahren beteiligt waren und über die teils in wertender Stellungnahme berichtet wird³¹. Nach § 8 Abs 3 Z 6 DSGVO besteht kein schutzwürdiges Interesse auf Geheimhaltung, wenn die Verwendung der Daten „ausschließlich die Ausübung einer öffentlichen Funktion durch den Betroffenen zum Gegenstand hat“. Es könnten damit „public figures“ iSd Art 8 EMRK gemeint sein, also Personen, die im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen³². Näher liegt die Annahme, dass diese Bestimmung nur Personen erfasst, die staatliche Aufgaben erfüllen³³.

Die namentliche Nennung von Beamten wird daher datenschutzrechtlich zulässig sein, soweit sie im ausschließlichen Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit steht. Die Zuweisung von historischer Verantwortung an namentlich genannte Beamte sollte sich freilich an ihrer konkreten Gestaltungsmöglichkeit im Rahmen der hierarchischen Verwaltungsorganisation orientieren. Dem Grundsatz nach macht die Namensnennung aber gerade in der staatlichen Verwaltung (und der Gerichtsbarkeit) Sinn. Hier kommt dem Durchbrechen der Anonymität, die in der Aufgabenbesorgung durch „Organe“ liegt, eine besondere präventive Wirkung zu.

4. Schlussbemerkungen

Für die Frage der Namensnennung bei zeitgeschichtlicher Forschung gibt es keine einfachen Antworten. Es besteht ein höchst komplexes und unübersichtliches Geflecht von Rechtsvorschriften. Das hat auch zur Folge, dass diese Bestimmungen im Forschungsalltag durchwegs unbeachtet bleiben. Letztlich liegt es daher an den Forschern und ihrem Selbstverständnis, welche Standards sich bei der Namensnennung herausbilden.

Für den konkreten Fall der Historikerkommission ist zu bedenken, dass sie ein rein wissenschaftliches Mandat hatte. In dieser Hinsicht unterscheidet sie sich von so genannten Wahrheits- und Versöhnungskommissionen, die in staatlichen Umbruchsituationen zur Bewältigung der Verbrechen autoritärer Regime eingesetzt werden. Dort hat die Nennung von Namen sehr wohl die Funktion einer Sanktion, mit der Verantwortung für begangenes Unrecht geschaffen werden soll³⁴. Ein „Telefonbuch der Ariseure“, wie es verschiedentlich gefordert wurde, konnte die Kommission schon aus rechtsstaatlichen Gründen nicht erstellen. Dafür wäre ein eindeutiger politischer Auftrag durch den Gesetzgeber notwendig gewesen. Ob es die Historikerkommission dann überhaupt gegeben hätte, sei freilich dahingestellt.

Univ.-Ass. Mag^a. Iris Eisenberger, MSc. (LSE) und Mag. Ronald Faber, LL. M. (Yale) sind MitherausgeberInnen des **juridikum**.

30 Hingegen kann nationalsozialistische Überzeugung in der antifaschistischen Verfassungsordnung der Zweiten Republik nicht als schutzwürdige politische Überzeugung iSd DSGVO 2000 gelten.
31 Siehe etwa *Böhmer/Faber*, Finanzprokuratur 206, die hinsichtlich eines leitenden Beamten der Finanzprokuratur zu dem Ergebnis kommen, dass seine Grundhaltung „rückstellungsfeindlich“ war.
32 So *Dohr/Pollirer/Weiss*, DSGVO § 8 Anm 17.

33 Vgl die Amtsverschwiegenheit nach Art 20 Abs 3 B-VG („ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordene Tatsachen“). Nach dieser Deutung wäre § 8 Abs 3 Z 6 DSGVO also insb für die parlamentarische Interpellation von Bedeutung.
34 Siehe statt vieler *Hayner*, *Unspeakable truth: confronting state terror and atrocity* (2001) 107 ff.



Wer sich heute mit dem Thema Kunstrückgabe beschäftigt, muss vorweg einiges berücksichtigen: Es gibt in der jüngeren Geschichte kein anderes Beispiel einer politischen Führungsriege, die sich samt und sonders in diesem Maß mit ästhetischen Fragen beschäftigte wie die Nationalsozialisten. Im Interesse für Kunst (und den dadurch veranlassten Beutezügen) zeigte sich der Wille, die künstlerische Produktion der Deutschen (und darüber hinaus) zu kontrollieren und in nie da gewesenem Umfang Kunstsammlungen anzuhäufen. Selbstverständlich ging es den großen und kleinen Nazibonzen in der privaten und persönlichen Sphäre immer um Selbstbereicherung. Aber selbst Unternehmungen, die auf den ersten Blick bloß persönlichen Interessen zu dienen schienen – wie etwa Baldur von Schirachs Anstrengungen zur Wiederbelebung des angeblich erschlafenen Wiener Kulturlebens – erwachsen in Wahrheit aus dem Wunsch, Hitler zu gefallen: „Die NS-Elite folgte Adolf Hitlers Beispiel, wenn sie Interesse für die bildenden Künste zeigte.“¹ Der Kunstraub der Nazis ist auch in dieser Hinsicht einmalig und ohne Beispiel.

Einmalig sind aber auch die Versäumnisse der Republik Österreich in der Rückstellung entzogener, geraubter, arisierter Kunstgegenstände und – ganz allgemein – in der Entschädigung für vernichtetes und/oder geraubtes Vermögen. In der Rückstellungs- und Entschädigungsgeschichte nämlich zeigt sich, wie sehr die Zustimmung heischende Rede davon, „die Sache in die Länge zu ziehen“ (*Helmer*), zum allgemein-gültigen Postulat politischen und bürokratischen Handelns nach 1945 geworden ist.² Ein immer noch nicht restlos geklärtes Amalgam aus Antisemitismus, Opportunismus und schlichtem Bereicherungsinteresse verhindert bis heute eine zufriedenstellende Lösung. Alle „Fortschritte“ der letzten Zeit – sei es das gleich zu besprechende Kunstrückgabe-Gesetz 1998 oder auch die Leistungen an Zwangsarbeiter, die jüngst getroffenen Entschädigungs-Vereinbarungen oder auch die bereits erfolgte Rückgabe von Kunstwerken etc – waren nicht genuin vom österreichischen politischen System induziert, sondern mussten von außen in Gang gesetzt und mit Nachdruck erst einmal gegen hinhaltenden Widerstand durchgesetzt werden. Aus dieser Perspektive ist es durchaus folgerichtig, wenn die derzeitige österreichische Regierung sich so schwer tut, die von jüdischen Organisationen geforderte Entschuldigung zu leisten und beinahe jede thematisch ein-

schlägige Rede mit einem stereotypen „Schlussstrich“-Gefasel endet. Bis heute mangelt es allenthalben an Einsicht und der Bereitschaft, alles zu tun was möglich ist; getan wird lediglich, was sich im Lichte (außen-)politischer Opportunität als nicht mehr länger vermeidbar erweist. Diese Einschätzung behält auch Gültigkeit, wenn man die erfolgten Rückgaben an die Erben nach Clarissa Adelaide und Louis Nathaniel Rothschild³, nach Erich Lederer, Edwin und Karoline Czezowiczka und nach Ferdinand Bloch-Bauer⁴ berücksichtigt. Gerade im Hinblick auf Bloch-Bauer wird vielmehr deutlich, dass die Republik Österreich bis heute nicht vollständig bereit ist, aus historischem Unrecht die Konsequenzen zu ziehen.

Teilt man diese Sicht der Dinge, dann verbietet sich jeder „privatistische“ Ansatz der Kunst-Restitution. Die Rückgabe arisierter, geraubter und abgepresster Kunstobjekte ist nicht individuelles Schicksal der Betroffenen, sondern dringliche staatliche Aufgabe. Sowenig es gerechtfertigt ist, die einzelnen Entziehungsakte als je „private“ Auseinandersetzung

Fortschritt und Versäumnis

Kunstrückgabe in Österreich

Alfred J. Noll



zwischen Nazi und Juden zu betrachten, so wenig wäre es angebracht, die Betroffenen und deren Erben auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche gegenüber dem jeweiligen Ariseur oder Kunsträuber zu verweisen. Hier ist öffentliche Verantwortung gefordert – und nur die Wahrnehmung dieser Verantwortung kann dazu beitragen, in geringem Umfang „Wiedergutmachung“ zu leisten.

Ganz selbstverständlich bezieht sich die eben eingeforderte Verantwortung für die „Wiedergutmachung“ nicht nur auf die Rückgabe von Kunstgegenständen. Es ist lediglich einigen Besonderheiten von Kunstgegenständen geschuldet, dass ihnen im Restitutionswesen ein besonderer Platz eingeräumt wurde und wird: Zunächst ist seit jeher die Inventarisierung, Auflistung, Archivierung und Dokumentation von

¹ *Petropoulos*, Kunstraub und Sammelwahn. Kunst und Politik im Dritten Reich (1999) 369. – Vgl zu den verschiedenen Aspekten nationalsozialistischer Kunstraubpolitik auch *Feliciano*, Das verlorenen Museum. Vom Kunstraub der Nazis (1998); *Aalders*, Geraubt! Die Enteignung jüdischen Besitzes im Zweiten Weltkrieg (2000) 85 ff und 327 ff; *Haase*, Die Kunstsammlung des Reichsmarschalls Hermann Göring. Eine Dokumentation (2000); *Altenburg/Hartung*, Verschleppt und verschollen. Eine Dokumentation deutscher, sowjetischer und amerikanischer Akten zum NS-Kunstraub in der Sowjetunion 1941–1948 (2000); *Brückler*, Kunstwerke zwischen Kunstraub und Kunst-

bergung: 1938–1945, in ders (Hrsg), Kunstraub, Kunstbergung und Restitution in Österreich 1938 bis heute (1999) 13.
² Vgl *Knight* (Hrsg), „Ich bin dafür, die Sache in die Länge zu ziehen“. Die Wortprotokolle der österreichischen Bundesregierung von 1945 bis 1952 über die Entschädigung der Juden² (2000); *Böhmer*, Wer konnte, griff zu. „Arisierte“ Güter und NS-Vermögen im Krauland-Ministerium (1945–1949) (1999); *Barta-Fliedl*, „Finsternis wirft lange Schatten“ – 55 Jahre Rückstellungsgeschichte, in: dies/Posch, inventarisiert. Enteignung von Möbeln aus jüdischem Besitz (2000) 44 sowie umfassend *Forum Politische Bildung* (Hrsg), Wieder-

gut machen? Enteignung, Zwangsarbeit, Entschädigung, Restitution (1999).
³ Vgl die Zusammenfassung von *Krois*, Die Restitution von Kunst- und Kulturgütern am Fall der Familie Rothschild aus zeithistorischer und rechtlicher Sicht (2000) und *Trenkler*, Der Fall Rothschild. Chronik einer Enteignung (1999).
⁴ Vgl *Czernin*, Die Fälschung, Bd 1: Der Fall Bloch-Bauer, Bd. 2: Der Fall Bloch-Bauer und das Werk Gustav Klimt (1999) und *Noll*, Keine Frage des Rechts, sondern des Anstands, in *Der Standard*, 21. Juli 1999, 31.

Kunstobjekten und deren Verbleib entschieden besser als bei Gegenständen des alltäglichen Gebrauchs. Die in Werk- und Ausstellungskatalogen angeführten Herkunfts- und Quellenachweise stehen in ihrer Verlässlichkeit den öffentlichen Büchern (etwa dem Grundbuch) nur wenig nach. Die Individualität der Kunstwerke (die sich meist auch in der Bezeichnung [Betitelung] ausdrückt) macht es darüber hinaus vergleichsweise leicht, sie zu unterscheiden: es geht um Originale, die je einzigartig sind. Schließlich ist durch die abgenötigten Vermögensverzeichnisse regelmäßig genau aufgelistet, welche Kunstgegenstände geraubt wurden, und aufgrund des nationalsozialistisch-pathologischen Sammelwahns ist meist auch der weitere Verbleib der Kunstwerke während der Nazi-Zeit rekonstruierbar. Und letztlich wurde ja auch nach 1945 genau Buch geführt über alle Transaktionen. Heute ist durch die Zusammenarbeit der international tätigen Auktionshäuser, durch das Art-Loss-Register und die Zusammenarbeit von Kunstgeschichtlern, Rechtsanwälten und Betroffenen (beinahe gänzlich) gewährleistet, dass mit „dubioser Ware“ nicht mehr gehandelt werden kann. Nur dies unterscheidet Kunstgegenstände von anderen Wertgegenständen – eine andere Rechtfertigung dafür, dass Kunstobjekten eine durch Gesetz und internationale Übereinkommen herausragende Stellung eingeräumt wird, besteht nicht.⁵

Der Umstand schließlich, dass durch die Rückgabe von heute sehr wertvollen Kunstobjekten eine scheinbare „Bevorzugung“ von Opfer-Erben erfolgt (was mitunter sogar als „Argument“ gegen die Kunstrestitution verwendet wird), spricht nicht gegen die Kunstrückgabe.⁶ Denn erstens ist die Naturalrestitution die dem bürgerlichen Recht gemäße Form der Schadenswiedergutmachung⁷, und zweitens ist die tatsächlich nicht zureichende Schadenswiedergutmachung für weitere Opfer (also diejenigen, denen keine Kunstwerke geraubt wurden) kein Argument gegen die gebotene Wiedergutmachung hinsichtlich derjenigen Opfer, für die Wiedergutmachung (aus den oben angeführten Gründen) praktikabel geleistet werden kann.

Es ist daher eine richtige und längst überfällige Entscheidung gewesen, zumindest die im Bundeseigentum der Republik Österreich stehenden Kunstwerke an die Berechtigten selbst oder deren Erben zu restituieren. Seit Dezember 1998 regelt das „Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen“ (BGBl I Nr 181/1998) die Rückgabe von Kunstgegenständen. Voraussetzung für eine mögliche Rückgabe ist, dass diese Kunstwerke entweder im Zuge von Verfahren nach dem Ausfuhrverbotsgesetz zurückbehalten wurden und als „Schenkung“ oder „Widmung“ in den Besitz der österreichischen Museen und Sammlungen eingegangen sind oder dass sie zwar rechtmäßig in das Eigentum des Bundes gelangt sind, jedoch zuvor Gegenstand eines Rechtsgeschäftes gewesen sind, das nach den Bestimmungen des Nichtigkeits-

gesetzes aus dem Jahre 1946 nichtig ist bzw trotz Durchführung von Rückstellungen nicht an die ursprünglichen Eigentümer oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zurückgegeben werden konnten und als herrenloses Gut in das Eigentum des Bundes übergegangen sind. Wenn eine Rückgabe nicht möglich ist, weil berechtigte Erben nicht festgestellt werden können, dann sind die betreffenden Kunstobjekte dem „Nationalfonds der Republik Österreich für Opfer des Nationalsozialismus“ zur Verwertung zu übereignen.

Gleichzeitig mit der Verabschiedung des Gesetzes wurde ein Rückgabe-Beirat eingerichtet, der den Wirtschafts- und Verteidigungsminister und die Kulturministerin in der Frage der Rückstellung von Kunstobjekten zu beraten hat (Anhörungspflicht). Die Zusammensetzung des Beirates (je ein Vertreter des Wirtschafts-, Justiz-, Unterrichts- und Verteidigungsministerium, der Finanzprokurator und je ein von der Rektorenkonferenz zu nominierender Historiker und Kunstgeschichtler) ist durchaus problematisch. Einerseits erweckt die vergleichsweise starke Vertretung der Ministerien den Verdacht, dass es hier vornehmlich um die Wahrung politischer Interessen geht;⁸ andererseits kann durch die singuläre Kompetenz der Finanzprokurator in Rechtsfragen dem Vertreter der Prokurator durch die anderen Mitglieder des Beirates kaum Paroli geboten werden. De facto hat der Beirat die Entscheidungsgewalt (weil sich seine „Empfehlung“ als allein sachliche Grundlage der Rückgabeentscheidung darstellt, von der kein Minister abgehen will), und der durch das Restitutionsgesetz staatlich bekundete Wille zur Wiedergutmachung wird so auf die Rechtsansicht der Finanzprokurator heruntergebrochen. Diese prinzipielle Kritik spricht nicht generell gegen die bisherige Tätigkeit des Beirates, aber es ist wohl nicht zuletzt der vergleichsweise hurtigen Verabschiedung des Gesetzes im Jahre 1998 geschuldet, dass hier zu keiner sachgemäßerer Zusammensetzung des Beirates gefunden wurde.

Die Crux der Sache besteht natürlich darin, dass das Gesetz den berechtigten Erben keinen Rechtsanspruch auf Rückgabe der Kunstobjekte einräumt, sondern die genannten Minister lediglich zur Rückgabe „ermächtigt“ – es handelt sich um ein „Ermächtigungsgesetz“. Wird von dieser Ermächtigung kein Gebrauch gemacht, gibt es gegen eine derartige ablehnende Entscheidung auch kein Rechtsmittel, die Entscheidung kann also nicht überprüft werden und bleibt politische Willkür.

Das Verfahren selbst ist – charakteristisch für ein schnell und wenig durchdachtes Ad-hoc-Gesetz – für die berechtigten Erben dunkel und trüb. Der an sich vielleicht wohlmeinende Weg des österreichischen Gesetzgebers, das Verfahren amtswegig und ohne das Erfordernis bzw die Möglichkeit einer Parteienteilnahme zu gestalten (so dass es also keines Antrages bedarf, um die „Berechtigung“ einzelner Erben an der Rückgabe von Kunstgegenständen zu überprüfen), führt im konkreten Fall dazu, dass es keine Parteienrechte

⁵ Die Restitution von Kunstwerken ist also nicht wünschenswerte als die Restitution anderer (gewöhnlicher) Wertgegenstände – sie lässt sich nur leichter durchführen.

⁶ Mitunter wird sogar das vermeintlich links-engagierte (tatsächlich aber bloß demagogische) Argument gebracht, die Rückgabe von Kunstobjekten stelle eine weitere Bevorzugung „der Rei-

chen“ dar. Richtig daran ist, dass nur diejenigen etwas zurückbekommen, die etwas gehabt haben. Solange aber das bürgerliche Erbrecht einen Vermögensübergang von einer Generation auf die andere gewährleistet, ist nicht recht einzusehen, warum nun gerade jüdische Eigentümer von diesem Vermögensübergang ausgenommen werden sollen.

⁷ Vgl § 1323 ABGB: Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muss alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dieses nicht tunlich ist, der Schätzwert vergütet werden.

⁸ Selbstverständlich sind die Ministeriumsvertreter befangen im Sinne des § 7 Abs 1 Z 4 AVG.

gibt: Es gibt kein Antragsrecht, kein Akteneinsichtsrecht, kein Recht auf Parteigehör, Stellungnahmen müssen nicht berücksichtigt werden⁹ – und es gibt keine rechtliche Instanz, die die Richtigkeit der Entscheidung kontrollieren kann. All dies wurde von den GRÜNEN in den Koalitionsverhandlungen mit der ÖVP Mitte Februar 2003 zwar gefordert – wird aber (weil diese Gespräche gescheitert sind) bis auf weiteres wohl nicht eingeführt werden.¹⁰ Immerhin: Das Gesetz sieht eine Berichtspflicht an den Nationalrat vor.

Neben diesen offensichtlichen prozeduralen Defiziten besteht das Hauptproblem darin, dass nur Bundesmuseen und Sammlungen vom Gesetz umfasst sind, und dass alle Museen und Sammlungen der Länder und Gemeinden oder auch Körperschaften und Bundes-Stiftungen (etwa die „Sammlung Leopold“) und ausgegliederte juristische Personen (wie das „Dorotheum“) nicht eingeschlossen sind. Bis heute gibt es also (weil es mit Ausnahme von Wien, Oberösterreich und Steiermark keine entsprechenden Landes-Rückgabegesetze gibt) keine Möglichkeit, diesen Institutionen Raub-Kunst abzuverlangen – weil regelmäßig die Verjährungszeit von 30 Jahren abgelaufen ist, sodass zivilrechtliche Klagen wenig zweckmäßig sind.

Auf der Grundlage des 1998 geschaffenen Gesetzes wurden zahlreiche Kunstgegenstände zurückgegeben. Am spektakulärsten war die Rückstellung der Rothschild-Sammlung, die nachfolgend bei Christie's in London versteigert wurde und einen Erlös von weit über einer Milliarde Schilling erbrachte.¹¹ Die Rückstellung von Klimt-Bildern an die Erben nach Nora Stiasny und nach Hermine Lasus ist erfolgt. Der Gemeinderat der Stadt Linz hat Ende Jänner 2003 (nach mehrjähriger Auseinandersetzung) beschlossen, den Erben nach Daisy Hellman ein Schiele-Bild zu restituieren. Die Rückstellung von Klimt-Bildern an die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer hingegen wurde (teilweise unter Verwendung geradezu verwegener juristischer Argumentationsfiguren) verweigert¹² – was eine Klage in den USA zur Folge hatte, über die freilich noch nicht entschieden wurde.¹³

Man sollte sich nicht davor scheuen, die bisherigen Versäumnisse (aber auch die Fortschritte!) zusammenfassend zu bewerten. Ganz selbstverständlich ist in den Jahren nach 1998 (endlich) vieles getan worden, was Jahrzehnte lang unterlassen wurde. Der kleinmütige und nicht besonders engagierte Versuch, die Problematik der Kunstrestitution durch die Kunst- und KulturbereinigungsG der Jahre 1969 und 1986 zu lösen, war ja ganz offensichtlich gescheitert; es wurden kaum Kunstobjekte restituiert. Die sog. „Mauerbach-Auktion“ war die Folge.¹⁴ Damit war aber nur ein Teil der Problematik

gelöst. Das Bundes-KunstrestitutionsG hat seit 1998 die Situation verbessert – gerade dadurch, dass es die Rückgabe von Kunstgegenständen (anders noch als Kunst- und KulturbereinigungsG nicht mehr von einer fristgebundenen Antragstellung abhängig machte). Aber bis heute kann sich die Republik nicht dazu durchringen, den Erben einen rechtsförmigen Rückgabe-Anspruch einzuräumen. Jüdische Erben müssen immer noch bitten – und damit ist ihnen eine Form des Wohlverhaltens abgefordert, die in schroffem Gegensatz zu allen Postulaten des Rechtsstaates steht. Denn immer noch gilt, was *Wilhelm Raimund Beyer*¹⁵ kurz nach 1945 schrieb: „Restitution ist Rückerstattung, Wiederherstellung vermittelt eines *Rechtsverfahrens* [. . .].“ Die Republik Österreich aber will sich die Entscheidung über die Rückgabe von Kunstgegenständen bis auf weiteres als politische, rechtlich nicht weiter gebundene Willkür vorbehalten. Das bloße „Gewähren“ von Entschädigung und partieller Naturalrestitution hat den Charakter einer „fürstlichen Gabe“. Hier scheut die Politik das Recht. Die Politik will sich nicht binden lassen, weil sie die Konsequenzen scheut – und dennoch „gut“ erscheinen will.

„Gibt es für uns“, schrieb *Hannah Arendt* im *Aufbau* vom Oktober 1941, „wirklich nur die Alternative zwischen übel wollenden Feinden und leutseligen Freunden? Gibt es für uns nirgendwo echte Verbündete . . .?“ Nimmt man diese Fragen ernst, so erkennt man rasch, wie wenig sich an der Schiefelage des so genannten Dialogs zwischen Juden und Nichtjuden geändert hat. Regierungsamtliche Politik gefällt sich immer noch und immer wieder in der Rolle des „Wohltäters“, und fast hat es den Anschein, als erwarte die Republik Österreich die Dankbarkeit der Juden für das bisher Geleistete in Form von Stillschweigen gegenüber der fragwürdigen politischen Praxis. Die Republik Österreich ist kein „übelwollender Feind“ der Juden mehr. Heute will sie als „Wohltäter“ gesehen werden, nicht aber als „Mitkämpfer und Verbündeter“. Werden die Juden von der Regierungspolitik aber derart „leutselig“ wahrgenommen und (immerhin!) nicht feindselig, dann fast wie in früheren Jahrhunderten als „Schutzjuden“, nicht als Gleichberechtigte. Das aber ist eine verzerrende, dem Antisemitismus nicht entgegengesetzte, sondern ihn lediglich abmildernde Wahrnehmung. – Es muss sich weiterhin viel ändern in diesem Land.

*Alfred J. Noll, Rechtsanwalt in Wien und
Universitätsdozent für Öffentliches Recht
und Rechtslehre.*

⁹ Das AVG ist bekanntlich nur anwendbar, wenn seine Anwendbarkeit ausdrücklich statuiert wird; das Bundes-RestitutionsG ist im Katalog von Art II Abs 2 EGVG nicht enthalten.

¹⁰ Gesetzestechnische wäre es kein Problem, das Verfahrensrecht entsprechend auszugestalten, also die Amtswegigkeit beizubehalten und dennoch entsprechende Parteienrechte einzuräumen – aber dies wird offensichtlich nicht gewollt.

¹¹ Vgl. *Christie's, Works of Art from the Collection of the Barons Nathaniel and Albert von Rothschild* (1999). – Die Versteigerung am 8. Juli 1999 brachte £ 57, 71 Mio. (= € 87, 73 Mio.).

¹² Vgl. *Noll*, Keine Frage des Rechts 31.

¹³ Zwischenzeitlich hat der United States Court of Appeals for the Ninth Circuit in seiner Berufungsentscheidung Nos 01-56003, 01-56398 aus dem Dezember 2002 die Zuständigkeit eines amerikanischen Gerichts bejaht; die Republik Österreich hat dagegen Rechtsmittel an den Supreme Court erhoben – das Ergebnis steht noch aus. Vgl. dazu *Trenkler*, „Ein Vergleich ist ausgeschlossen“, in *Der Standard*, 28./29. Dezember 2002, 24; *Lauder*, *The Cultural Spoils of War*, in *The New York Times*, 26. Dezember 2002 (online-Ausgabe), und das Interview mit der Erbin *Maria Altmann* in *profil* Nr 2/4. Jänner 2003, 130 f.

¹⁴ Vgl. BGBl 1969/294 (1. Kunst- und KulturbereinigungsG) und BGBl 1986/2 (2. Kunst- und KulturbereinigungsG) sowie BGBl 1995/515 (sog. MauerbachG); zusammenfassend dazu *Krois*, *Restitution* 48 ff. und *Haslinger*, *Mauerbach und der lange Weg bis zur Auktion: 1966–1996*, in *Brückler* (Hrsg.), *Kunstraub, Kunstbergung und Restitution in Österreich 1938 bis heute* (1999) 39 ff.

¹⁵ *Beyer*, Die Rechtsfigur der Restitution, in *Schweizerische Juristen-Zeitung* 1948, 323 (326).

1. Einführung

Ein aktuell beim OGH anhängiger Fall wirft einmal mehr die Frage auf, ob das österreichische Recht eine Handhabe dafür bietet, während der Naziherrschaft arisierte Kunstwerke, welche anschließend in die Hände Privater gelangten, wiederzuerlangen.¹ Das Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen (BGBl I 1998/181) findet auf Private keine Anwendung. Bisher ergaben sich in praxi oft unüberwindliche Hindernisse vor allem durch die dem Kläger obliegende Beweislast. Aus dieser faktischen Unmöglichkeit heraus stellt sich die Frage, ob auf Grundlage des bürgerlichen Rechts die Möglichkeit von Beweislasterleichterungen besteht. Stellt doch das „Streben nach möglichster materieller Gerechtigkeit“ eines der zentralen „juristische Grundprinzipien“² dar.

Das sog Nichtigkeitsgesetz³ aus 1946 ordnete in § 1 die Nichtigkeit jener Transaktionen an, die eine Vermögensentziehung darstellten. Auf Grund dieser gesetzlichen Anordnung konnte durch Arisierungen kein Eigentum an den entzogenen Kunstwerken erworben werden; es war also in der Folge auch nicht möglich, auf derivativem Wege Eigentum zu übertragen. Grundsätzlich⁴ kann also auch heute noch „und zwar alleine auf der Grundlage des ABGB“⁵ via rei vindicatio dieses Eigentum zurückgefordert werden. Mit der Anwendung der §§ 366, 369 ABGB⁶ und insbesondere mit der diesbezüglichen Beweislastregelung beschäftigt sich diese Abhandlung.⁷

2. Methodologische Überlegungen

Auf Basis der Wertungsjurisprudenz, als der „heute vorherrschenden methodologischen Strömung“⁸, hat der Rechtsanwender nicht bloß eine rein logische Tätigkeit zu entfalten, sondern muss die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertmaßstäbe selbständig „zu Ende zu denken.“⁹ Dabei geht es also nicht um bloße „wertungsneutrale Begriffsarbeit“, sondern um selbständiges „wertorientiertes Denken.“¹⁰ Wie weit dieser Ansatz führen kann, zeigt Bydlinski: Es könne „im Rahmen juristischen Denkens auch die Grenze der historischen ratio legis häufig und vielfach nach allgemeiner Auffassung legitim überschritten“¹¹ werden. Bei der Ermittlung der hier

zu berücksichtigenden „Werte“ sind die historisch singulären faktischen Gegebenheiten der Arisierungen zu bedenken. Nur so können „die benötigten Wertungsmaßstäbe“¹² bereitgestellt werden. Einer solchen Bereitstellung muss natürlich eine entsprechende Untersuchung vorangehen, über die Bydlinski schreibt: „Es geht darum, . . . rechtsethischer Prinzipien, also normativer Maximen genuin nicht etatistischer Herkunft habhaft zu werden, die in der praktischen juristischen Begründungsarbeit als zusätzliche normative Prämissen zur Überwindung der . . . Lückenhaftigkeit¹³ und Widersprüchlichkeit beitragen können, die . . . [die] Eignung [des Rechts] als alleinige Grundlage begründeter juristischer Pro-

Wiedererlangung arisierter Kunst von Privaten auf Grundlage des allgemeinen bürgerlichen Rechts

Helmut Ortner

blemlösungen ausschließen“¹⁴. Hiezu für einschlägige Fälle einen Beitrag zu leisten, ist Ziel dieser kurzen Abhandlung.

Dabei ist auch der folgende darauf aufbauende Ansatz Larenz' von grundlegender Bedeutung: Bei der Rechtsfortbildung geht er über die Analogie entsprechend der historischen gesetzgeberischen Interessenbewertung hinaus und gelangt so, wenn auch nur ausnahmsweise, zu einer „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“ auf Grund außergesetzlicher Wertmaßstäbe, und zwar entsprechend auch der Natur der Sache und in Anwendung rechtsethischer Prinzipien.¹⁵ Die „Heranziehung . . . objektiver Maßstäbe . . ., die außerhalb des Gesetzes gesucht werden müssen“, stellt demnach eine durchaus legitime methodologische Vorgehensweise dar, woraus „eine nicht nur den Text, sondern sogar die historischen Interessenbewertungen (bzw Zwecke) des Gesetzgebers übersteigende Rechtsfortbildung“ resultieren kann.¹⁶

1 In concreto kämpft die Tochter eines aus Österreich vertriebenen und anschließend im KZ ermordeten Juden um ein Bild, welches sich in Händen einer Privatsammlung befindet und ihrem Vater gehört haben soll. Im Folgenden geht es nur um die grundsätzliche Frage, nach welchen Regeln ein (vor allem wegen mangelnder Gutgläubigkeit) nicht bereits von einem Dritten ersessenes Kunstwerk zurückgefordert werden kann.

2 Graf, „Arisierung“ und Restitution, JBl 2001, 746 (747).

3 BG vom 15. Mai 1946, BGBl 1946/106, über die Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt waren.

4 Vorausgesetzt es wurde nicht in der Folge originär Eigentum begründet. Dieser Aspekt wird hier nicht behandelt; es wird jedoch aus den folgenden

Ausführungen klar, dass bei Prüfung dieser Frage ein strenger Maßstab anzulegen sein wird.

5 Das Eigentum verjährt nicht. „Wem sein Gut geraubt wurde, der kann es auch nach 100 Jahren zurückfordern“; Graf, JBl 2001, 746.

6 Bezüglich der (in § 366 ABGB normierten) Eigentumsklage stellt § 369 ABGB klar, dass der Kläger „den Beweis führen [muss], dass . . . diese Sache sein Eigentum sei.“ Der Kläger muss also grundsätzlich dem Regelbeweismaß der ZPO entsprechen; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren⁵ (2000) Rz 580.

7 Weitere interessante Überlegungen auch im Hinblick auf die actio publiciana bzw naturrechtliche Argumentationslinien können in diesem beschränkten Rahmen leider nicht dargelegt werden.

8 F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991)123.

9 Radbruch, Rechtsphilosophie⁴ (1950) 211.

10 Larenz, Grundformen wertorientierten Denkens in der Jurisprudenz, in Wilburg-FS (1975) 217 (218).

11 Bydlinski, Methodenlehre 128.

12 Bydlinski, Methodenlehre 128.

13 Wie nachfolgend gezeigt wird, liegt mE auf Grund der Unanwendbarkeit des § 366 ABGB für die hier interessierenden Fallkonstellationen eine solche Lückenhaftigkeit tatsächlich vor.

14 F. Bydlinski, Themenschwerpunkte der Rechtsphilosophie bzw Rechtstheorie I, JBl 1994, 361 (366).

15 Larenz, Methodenlehre³ (1995) 402 ff.

16 Bydlinski, Methodenlehre 131 f.

3. Die Einzigartigkeit der historischen Situation und ihre adäquate rechtliche Bewertung bzw. Bewältigung

Die Beweislastverteilung des § 369 ABGB setzt selbstredend voraus, dass jene Person, deren Eigentum entzogen wird, wenigstens objektiv-abstrakt die Chance hat, die Beweise für ihren Rückstellungsanspruch zu sichern. Die Erkenntnisse der Geschichtswissenschaft zeigen, dass diese Möglichkeit insbesondere in Österreich nach 1938 – noch mehr als in Deutschland selbst (!) – in Arisierungsfällen idR nicht gegeben war. Eine Reihe von Historikern betrachtet Österreich als Versuchsfeld für eine noch radikalere antijüdische Politik bzw. als ein Terrain, auf dem die Maßnahmen des Dritten Reiches aus den sechs vorangegangenen Jahren extrem verdichtet umgesetzt wurden.¹⁷ Dies führte immer wieder zu plötzlichen Verschleppungen und Vertreibungen, welche es den Opfern unmöglich machten, Beweise für ihr Eigentum zu sichern. Dabei brach in Österreich nicht nur der staatlich „von oben“ organisierte NS-Terror in einer besonders geballten Form auf NS-Opfer herein; dies gilt auch für den Druck „von unten“, von der Bevölkerung. Für diese Extremsituation wurde in der Geschichtswissenschaft der Begriff des „Wiener Modells“ geprägt. Safrain erklärt: „Die Beraubung der Juden in der ‚Ostmark‘ war nicht die besser organisierte Anwendung einer generellen Politik. Im Gegenteil, es gab wesentlich mehr unkontrollierten Raub, mehr Kampf um die Beute, mehr Druck ‚von unten‘. Es waren . . . die Aktionen Zehntausender österreichischer Antisemiten, kombiniert mit dem Eifer ‚ostmärkischer‘ Exekutivorgane und Parteifunktionäre, Juden zu jagen und sie ihrer Habseligkeiten zu berauben, die den österreichischen Juden keine andere Wahl ließen, als den Großteil ihres materiellen Besitzes aufzugeben, mehr oder minder entschädigungslos enteignet zu werden, fast mittellos aus dieser ‚wahren Hölle‘ zu fliehen.“¹⁸

Diese Erkenntnisse, die in ihrer Schärfe und Eindeutigkeit vielfach auch durch die Nachforschungen und Gutachten von Experten im Auftrag oder zumindest im Aufwind der Historikerkommission gewonnen bzw. artikuliert wurden, dürfen bei der Rechtsanwendung nicht unberücksichtigt gelassen werden. Die faktische Unmöglichkeit zur Beweissicherung darf heute nicht zum Nachteil der Geschädigten des Holocaust ausschlagen. Dies würde bedeuten, einen Teil des Unrechts, das diesen Opfergruppen widerfuhr, bis in die heutige Zeit zu prolongieren und rechtlich zu zementieren.

Da idR Ansprüche gegen Private durch den „Flickenteppich“¹⁹ der einschlägigen *leges speciales* nicht aufgefangen werden können, stellt sich die Frage, ob nicht eine adäquate Handhabung des grundlegenden juristischen Handwerkszeugs des bürgerlichen Rechts zum Ziel führen kann.

Die Zeit dafür wäre jedenfalls reif. Zu jeder Zeit warf die konkrete historische Situation den Opfern Prügel zwischen die Füße. Waren es in den ersten Jahren nach dem Holocaust

das noch sehr stark verwurzelte nazistische Gedankengut in der Bevölkerung und die Kompromisse, die die politischen Parteien in ihrem Kampf um Wähler aus diesem Lager schlossen, so musste man anschließend fürchten, dass durch eine zu entgegenkommende Handhabung der Vermögensrückgabe eine neue antisemitische Lawine losgetreten wird. Darauf folgte eine Phase des kollektiven Verdrängens und Vergessens. Dies, in Verbindung mit der Irrlehre der „Opfertheorie“²⁰, erschwerte es den tatsächlichen Opfern des Nationalsozialismus zusätzlich, Gehör für ihre legitimen Anliegen zu finden.²¹ Und heute, da es endlich gesellschaftlich opportunistisch ist, für sein Recht als Opfer des Nationalsozialismus zu kämpfen, ist es für viele schon rein faktisch nicht mehr möglich, dem von ihnen verlangten Regelbeweismaß für ihr Eigentum zu entsprechen – die traurige Endstation einer wahrhaften Odyssee.

4. Anwendung dieser Erkenntnisse auf §§ 366, 369 ABGB

Unmöglichkeit oder erhebliche Beschwerlichkeit, dem Regelbeweismaß zu entsprechen, ist aber bereits in anderen Zusammenhängen von Gesetzgeber und Rechtsprechung anerkannt und durch eine Beweislastumkehr bzw. Beweislasteichterung gelöst worden. Immer wieder hat der OGH deutlich gemacht, dass „unter bestimmten Voraussetzungen . . . der Partei, zu deren Ungunsten die objektive Beweislast im Falle des non liquet ausschläge, Beweislasteichterungen zuzubilligen sein“ können, die „vom Anscheinsbeweis über die Umkehr der konkreten Beweisführungslast bis hin zur Umkehr der objektiven Beweislast reichen.“ Freilich ist das Gericht „zur Umkehr der objektiven Beweislast, abweichend von der gesetzlichen Regelung . . . nur bei Vorliegen besonderer Sachgründe legitimiert; nur dann darf es das Beweisrisiko extra legem zum Vorteil der beweisbelasteten Partei verschieben.“²² Dass bei den hier relevanten Fallkonstellationen solche „besonderen Sachgründe“ vorliegen, wurde oben darzulegen versucht.²³ Auch die oben erwähnten „außergesetzlichen Wertmaßstäbe“ legen dies nahe.

In concreto könnte sogar eine noch weiter gehende Argumentationslinie angedacht werden: Dass die (Friedens-)Rechtsordnung in Kriegszeiten suspendiert wird und dem Kriegsrecht weicht, ist deutlicher Beweis dafür, dass die Grundüberlegungen und Interessenabwägungen, auf denen die Normen für Friedenszeiten beruhen, sich in solchen Extremsituationen nicht selten ad absurdum führen. Das nationale „martial law“ (als Pendant zum internationalen „law of war“, also dem Kriegsvölkerrecht) ist Ausfluss dieser Selbstverständlichkeit.²⁴ Der Grundgedanke dieses Phänomens kann für eine tragbare Lösung der hier besprochenen Fallgruppe fruchtbar gemacht werden. In der zivilrechtlichen Terminologie könnte man sozusagen vom Schlagendwerden

¹⁷ Vgl. nur Götz/Aly/Heim, Vordenker der Vernichtung: Auschwitz und die deutschen Pläne für eine neue europäische Ordnung (1991) oder Lonerich, Politik der Vernichtung: eine Gesamtdarstellung der nationalsozialistischen Judenverfolgung (1998).

¹⁸ Safrain, Beschleunigung der Beraubung und Vertreibung. Zur Bedeutung des „Wiener Modells“ für die antijüdische Politik des „Dritten Reiches“ im Jahre 1938 (1998) 88.

¹⁹ Goschler/Lillteicher, Einleitung, in Goschler/Lill-

teicher (Hrsg), „Arisierung und Restitution“. Die Rückerstattung jüdischen Eigentums in Deutschland und Österreich nach 1945 und 1989 (2002) 7 (11).

²⁰ Das Selbstverständnis Österreichs als erstes Opfer der Hitler'schen Aggressions- und Expansionspolitik; vgl. Sucharipa, Revisiting the National Socialist Legacy – Restitution: Why Now? The Austrian Experience (2002) 36.

²¹ „The ‚victim theory‘ for too long, was interpreted by the majority of Austrian politicians as a

total exemption from any responsibility, legal or moral“; Sucharipa, Restitution 34; vgl. auch Bischof, Austria in the First Cold War, 1945–1955. The Leverage of the Weak (1999) 52–77.

²² Konkretes Zitat aus OGH 1 Ob 254/99f JBl 2000, 657.

²³ Ob das andere für den OGH meist ausschlaggebende Kriterium gegeben ist – nämlich, dass die Beweisführung für den Gegner leichter zu erbringen ist –, muss im Einzelfall natürlich geprüft werden.

²⁴ Ipsen, Völkerrecht⁴ (1999) 1040.

einer generellen „*clausula rebus sic stantibus*“ für Normenkomplexe der Friedensrechtsordnung sprechen. Durch die Extremsituation des Kriegszustandes wird nämlich Anforderungen an die Rechtsunterworfenen, die in Friedenszeiten völlig unproblematisch und sogar *conditio sine qua non* für einen reibungslosen Ablauf des zwischenmenschlichen Zusammenlebens darstellen, der Boden, dh die wertungsbasierende Anwendungsberechtigung entzogen. Gerade 1938 bis 1945 lag für Opfer der Nazi-Diktatur sicher nicht die Situation vor, für die § 369 ABGB das Ergebnis einer adäquaten Interessenabwägung in Gesetzesform goss. Der sowohl staatlich organisierte als auch von der Bevölkerung mitgetragene NS-Terror, ist hinsichtlich dieser Bevölkerungsgruppe Kriegszeit gleich zu halten; er überstieg diese sogar hinsichtlich der Intensität der Bedrohung für Leib, Leben und Eigentum. Eine unreflektierte Anwendung der überkommenen Beweislastverteilung des § 369 ABGB auch auf Arisierungen scheint also bedenklich.

5. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Eine solche Undifferenziertheit ist ebenso verfassungsrechtlich bedenklich. Die enorme Leistungsfähigkeit des Gleichheitsgrundsatzes²⁵ wurde vom VfGH in einer sehr großen Anzahl von Fällen immer wieder demonstriert und kann auch hier fruchtbar gemacht werden. „Das Grundrecht spielt in der Praxis eine große Rolle; der VfGH hat aus ihm . . . ein Verbot unsachlicher Differenzierung abgeleitet. In der jüngeren Judikatur hat der VfGH darüber hinaus aus dem Gleichheitssatz auf ein allgemeines Gebot der Sachlichkeit von Gesetzen geschlossen“²⁶. Da der Gleichheitssatz auch den Gesetzgeber bindet²⁷, und dem Gesetzgeber nicht eine verfassungswidrige Regelung unterstellt werden soll, muss § 369 ABGB teleologisch reduziert werden. Nach der vom VfGH entwickelten Prüfungsformel müssen nämlich wesentlich ungleiche Tatbestände zu entsprechend unterschiedlichen Regelungen führen²⁸. Dass nach dem oben Dargelegten zwischen Eigentumsentziehungen in Friedenszeiten und denen an Juden im Nazi-Österreich wesentliche Unterschiede im Tatsächlichen bestehen, ist unzweifelhaft.

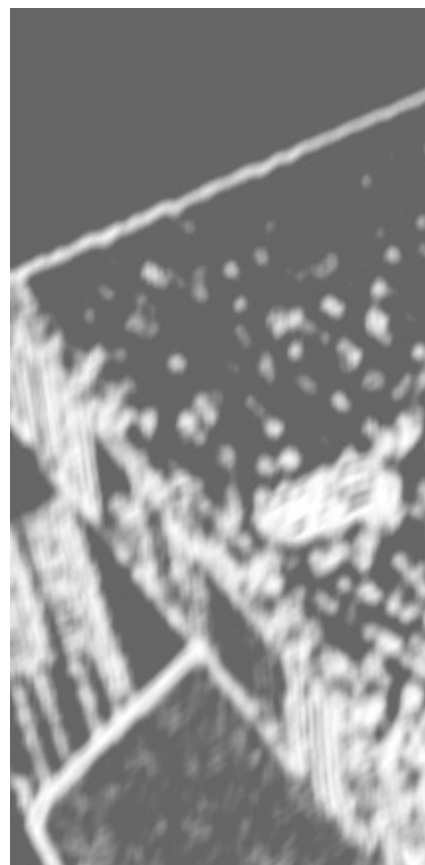
Im Sinne der teleologischen Reduktion bzw einem verfassungskonformen Verständnis dürfen vom Wortlaut des § 369 ABGB nicht „Fälle erfasst werden, die dem Sinn nach nicht erfasst sein sollen“²⁹. Es liegt hier also geradezu ein Paradeffall vor, in dem eine im Gesetz enthaltene, aber zu weit gefasste Regel auf den ihr nach dem verfassungskonformen Zweck bzw Sinngehalt des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt werden muss.³⁰ Die Beweislastverteilung des § 369 ABGB ist für Restitutionsansprüche nicht sachgerecht und muss durch eine Beweislastumkehr ersetzt werden; jedenfalls aber muss es genügen, wenn das Eigentumsrecht glaubhaft gemacht wird.

In Erinnerung gerufen werden soll hierbei auch noch, dass der VfGH in der neueren Judikatur aus dem Gleichheitssatz in verstärktem Maß ein allgemeines Sachlichkeitsgebot für Gesetze abgeleitet hat. Dabei wird auf eine Bewertung der Relation des von einer Regelung *erfassten Sachverhaltes* mit der vorgesehenen *Rechtsfolge* abgezielt.³¹ Das Anstellen einer solchen Prüfung im vorliegenden Fall spricht eine deutliche Sprache. Kurz gefasst: Auf den Sachverhalt, dass viele Juden nach 1938 überhaupt keine Chance hatten, irgendwelche Beweismittel für ihr Eigentum zu sichern, weil ihr Leben akut bedroht war, kann nicht die Rechtsfolge angewendet werden, dass eine Eigentumsklage bezüglich eben dieses Eigentums aus Beweismangel (der aber ja eben nur aus der objektiven völligen Unmöglichkeit irgendwelcher Beweissicherungsmaßnahmen resultiert) erfolglos bleibt.

6. Beweislastverteilung bei Restitutionsansprüchen

Dass es nicht angehen kann, achselzuckend zu akzeptieren, dass der schwierige Eigentumsbeweis, der schon unter den Bedingungen von Friedenszeiten als „Teufelsbeweis“ qualifiziert wird, vor dem Hintergrund solch singularer Extrembedingungen wie dem Schicksal der Juden im Holocaust zum „Unmöglichkeits-Beweis“ mutiert, wurde auch in einschlägigen gesetzlichen Maßnahmen zum Teil anerkannt.³² Graf untersuchte, „inwieweit der Gesetzgeber für das Problem des Vermögensentzugs abhängig davon, unter welchem politischen Regime er sich abgespielt hatte, unterschiedliche Regelungen aufstellte.“³³

Schon das 3. Rückstellungsgesetz etablierte „eigentlich ein eigenständiges Restitutionsmodell, welches auf anderen Wertungen als die Regelungen des ABGB beruhte.“³⁴ Nach § 2 Abs 1 des Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen hat der Bund von Amts wegen die vormaligen Eigentümer festzustellen, soweit der Verdacht besteht, ein Kunstwerk, das im Eigentum des Bundes steht,



25 Art 7 B-VG, Art 5 StGG.

26 Mayer, B-VG³ (2002) 463.

27 Objektiver Grundrechtsgehalt; ständige Judikatur seit VfSlg 1451.

28 ZB VfSlg 2956, 11.641, 13.477.

29 Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹² (2002) 31.

30 Larenz, Methodenlehre 391 ff; Bydlinksi, Methodenlehre 480; vgl auch OGH 4 Ob 536/79 JBl 1981, 326 (F. Bydlinksi); 9 Ob S 4/90 EvBl 1990/126; 4 Ob 502/92 JBl 1992, 454; SZ 67/62; SZ 68/119;

SZ 69/181; VfGH B 915/94 ÖJZ 1996, 587.

31 Mayer, B-VG 466.

32 Die in der Folge exemplarisch zitierten Normen differieren hinsichtlich ihres konkreten Anwendungsbereiches und Adressatenkreises. Es geht hier jedoch nur darum, Wertungsentscheidungen an verschiedenen Stellen der Rechtsordnung sichtbar zu machen.

33 Historikerkommission (Hrsg): Graf, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung. Eine juristi-

sche Analyse (2002) 183. Auch an dieser Stelle muss eingeräumt werden, dass das einschlägige Normengeflecht an Sondergesetzen in seiner Gesamtheit leider kein kohärentes Ganzes bildet.

34 Graf, Analyse 62.

habe während der NS-Herrschaft den Besitzer gewechselt. Der Gesetzgeber verzichtet bewusst darauf, Restituationswerber mit der sehr schwierigen Beweislast zu befrachten. Weiters hat es der Bundesgesetzgeber im EntschädigungsfondsG (BGBl I 2001/12) als ausreichend betrachtet, wenn ein Entschädigungswerber seinen Anspruch glaubhaft macht (§ 19). Im 3. Rückstellungsgesetz wurde eine Beweislastumkehr zugunsten der Opfer normiert (§ 2 Abs 1): Der Erwerber konnte sich der Rückstellung nur dann entziehen, wenn er nachzuweisen vermochte, dass die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre.³⁵ Auch das amerikanische und britische Rückerstattungsrecht, das in den deutschen jeweiligen Besatzungszonen galt, normierte Beweislasterleichterungen durch Vermutungen zugunsten der Opfer.³⁶ Noch hingewiesen sei auf die in der Washingtoner Konferenz

1998 niedergelegten erleichterten Beweisstandards für Restitutionsbegehren, wonach ua „berücksichtigt werden [soll], dass auf Grund der verstrichenen Zeit und in der Folge der besonderen Umstände des Holocaust Lücken und Unklarheiten in der Frage der Herkunft unvermeidlich sind“, und im Sinne „. . . eine[r] gerechte[n] und faire Lösung . . .“ auch „alternative Mechanismen zur Klärung strittiger Eigentumsfragen“ angedacht werden sollen.³⁷

In der Tat wäre jede ernst gemeinte Restitution sinnlos, müsste der Rückstellungswerber den vollen Beweis führen. Es muss der spezifischen Interessenlage Rechnung getragen werden, welche in die generelle Wertung des § 369 ABGB als *lex generalis* nicht Eingang finden konnte. Was schon den grundsätzlichen Regeln der formalen Logik entspricht, nämlich das Gebot, diese partiellen Spezialregelungen auf Grund der einheitlich zugrunde liegenden Sachverhalts- und Interes-

senkonstellationen induktiv zu einer eben diesen faktischen Verhältnissen gerecht werdenden generellen Norm zu verschmelzen, und diese in der Folge deduktiv auf gleich gelagerte, aber nicht explizit normierte Fälle anzuwenden, ist ein auch in der juristischen Methodenlehre wohl bekanntes Denkmuster. Diese Überlegung führt zu dem Ergebnis, dass für den hier zu behandelnden Fall die Generalnorm des § 369 ABGB überhaupt keine Anwendung findet. An seine Stelle muss eine der speziellen Interessenlage Rechnung tragende – auf Grundlage der partiell normierten Beweislastmodifikationen durch Rechtsanalogie³⁸ gebildete – Beweislastregelung treten.

Nicht zuletzt sei darauf verwiesen, dass in vielen Fällen eine bereits bestehende Rechtsprechung des OGH Anwendung finden kann, aus der sich eine Beweislastverschiebung ergibt. Es hat nämlich jener Besitzer, der der Eigentumsvindikation des früheren Besitzers die Einwendung des später erworbenen Eigentums entgegensetzen will, den Beweis eines Eigentums und daher insbesondere der Rechtmäßigkeit seines Besitzes zu führen.³⁹

7. Schluss und Ausblick

Die obigen Ausführungen haben einige Argumentationslinien für eine Fruchtbarmachung des allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Instrumentariums hinsichtlich von Restitutionsansprüchen auf Kunstwerke in den Händen Privater angedacht. Gegenstand weiterer Untersuchungen in diesem Zusammenhang muss die Handhabung der Regeln über den originären Eigentumserwerb, insbesondere des Gutgläubenserwerbes, und eine Fruchtbarmachung der naturrechtlichen Basis des ABGB sein. Jedenfalls wäre es wünschenswert, wenn eine breitere Diskussion über diesen Ansatz geführt werden würde. Eine methodologisch *lege artis* doch problemorientiert und kreativ vorgenommene Untersuchung der *leges generales* lässt Freiräume für einen flächendeckenden gerechteren Umgang mit dieser sensiblen Thematik bzw mit den dahinter stehenden Schicksalen sichtbar werden. Diese gilt es zu nützen.

Mag. Helmut Ortner ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Zivilrecht an der Leopold-Franzens-Universität (Innsbruck), helmut.ortner@uibk.ac.at



³⁵ Das vom Gesetz angesprochene „Dartun“ wurde von der Rspr als „Beweisen“ interpretiert; vgl Rkv 116/48.

³⁶ Graf, Analyse 261.

³⁷ Grundsätze 4, 8, 11.

³⁸ Vgl nur P. Bydlinski, *Bürgerliches Recht I*² (2002) Rz 1/52.

³⁹ OGH Ob 507/56 EvBl 1957/126; 29. 1. 1958, 7 Ob 431/57; 21. 11. 1977, 1 Ob 712/77; 4. 3. 1986, 2 Ob 676/85.

Prolog

Österreichs Vergangenheit rückte auf Grund der sog „Waldheim-Affäre“ in den Blickpunkt: Die Kandidatur von Kurt Waldheim für das Amt des Bundespräsidenten warf Fragen zu seiner Rolle in der Nazizeit auf. Eine weit reichende Debatte um „die“ Vergangenheit Österreichs folgte. Nach einem Einbekenntnis der Verantwortung durch den damaligen Bundeskanzler Franz Vranitzky 1991¹ setzten neue Entwicklungen ein. Der Nationalfonds der Republik Österreich wurde 1995 eingerichtet², er hat das Ziel, mittels sog „Gestezahlungen“ (*ex gratia* Leistungen) „die besondere Verantwortung gegenüber den Opfern des Nationalsozialismus zum Ausdruck zu bringen“.³

Zur historischen Aufarbeitung des Vermögensentzugs während der NS-Zeit wurde 1998 die Historikerkommission eingesetzt. Auf Grund ihres Zwischenberichts zum Schicksal ehemaliger ZwangsarbeiterInnen und im Lichte des durch Sammelklagsverfahren in den USA entstandenen Drucks wurden Verhandlungen zur Regelung des Themenkomplexes Sklaven- und Zwangsarbeit initiiert, und der Versöhnungsfonds ins Leben gerufen.⁴

Die Diskussion in österreichischen Nachbarländern und die in den USA gegen österreichische Unternehmen anhängigen Sammelklagen („class actions“) auf Entschädigung für verfolgungsbedingte Verluste und Schäden durch das NS-Regime veranlassten die Bundesregierung, weitere Lösungen zu suchen. Anders als in Deutschland wurde die Entschädigung von Sklaven- bzw Zwangsarbeit und die Abgeltung von Vermögensschäden klar getrennt.⁵

Die Einrichtung des Fonds

Im Mai 2000 wurde Ernst Sucharipa als Sonderbotschafter für Restitutionsangelegenheiten eingesetzt. Nach mehrmonatigen Verhandlungen mit Vertretern der Regierung der USA und einigen Opferorganisationen wurde am 17. Jänner 2001 das sog „Washingtoner Abkommen“ unterzeichnet.⁶ Es sieht folgende Maßnahmen vor:

- ▶ Abgeltung von Bestandrechten an Wohnungen und gewerblichen Geschäftsräumlichkeiten, Hausrat und persönlichen Wertgegenständen
- ▶ Verbesserung von Sozialleistungen
- ▶ Einrichtung des Allgemeinen Entschädigungsfonds

Die Abgeltung von Bestandrechten an Wohnungen und gewerblichen Geschäftsräumlichkeiten, Hausrat und persönlichen Wertgegenständen wurde durch eine Änderung des Nationalfondsgesetzes möglich.⁷ Die Verbesserung der Sozialmaßnahmen wurde von dem Erfordernis der sog „Rechtssicherheit“ gelöst,⁸ die Änderungen des Allgemeinen Sozial-

versicherungsgesetzes und des Opferfürsorgegesetzes traten am 1. März 2002 in Kraft.

Der Fonds wurde „zur umfassenden Lösung offener Fragen der Entschädigung von Opfern des Nationalsozialismus für Verluste und Schäden, die als Folge von oder in Zusammenhang mit Ereignissen auf dem Gebiet der heutigen Republik Österreich während der Zeit des Nationalsozialismus entstanden sind“, eingerichtet.⁹ Seine Zielsetzung ist „die moralische Verantwortung für Verluste und Schäden, die als Folge von oder in Zusammenhang mit dem nationalsozialistischen Regime den

Der Entschädigungsfonds – Entstehung und Grundlagen*

Michael Schoiswohl/Marianne Schulze



jüdischen Bürgerinnen und Bürgern sowie den anderen Opfern des Nationalsozialismus zugefügt wurden, durch freiwillige Leistungen anzuerkennen“.¹⁰

Dotierung und Rechtssicherheit

Die Dotierung des Fonds beträgt US\$ 210 Millionen. Die Bereitstellung dieser Summe ist von der sog Rechtssicherheit („legal closure“) abhängig, womit va die Rückziehung der am 30. Juni 2001 in den USA gegen die Republik Österreich oder österreichische Unternehmen noch anhängigen Sammelklagen gemeint ist.¹¹ Des weiteren haben die USA gemäß dem „Washingtoner Abkommen“ eine Erklärung („Statement of Interest“) abgegeben, wonach die Weiterverfolgung der betreffenden Klagen vor US-amerikanischen Gerichten den außenpolitischen Interessen der USA entgegensteht.¹²

Derzeit sind zwei Sammelklagen („class actions“) anhängig: eine „für alle Opfer, die nie angemessen entschädigt wurden“ (Whiteman et al) und eine weitere, die eine höhere Gesamtsumme für die Entschädigung von Versicherungen innerhalb des Entschädigungsfonds fordert (Anderman et al).

Antragsberechtigung

Die folgenden kumulativen Tatbestandselemente müssen erfüllt sein: es muss sich um eine Person handeln, die vom nationalsozialistischen Regime aus politischen Gründen, aus Gründen der Abstammung, Religion, Nationalität, sexuellen Orientierung, auf Grund einer körperlichen oder geistigen

* Die nachfolgenden Ausführungen geben die persönlichen Ansichten der AutorInnen wieder.

1 StenProtNR, 35. Sitzung, 18. GP 3282.

2 BGBl 1995/432.

3 Siehe § 1 Abs 2 Nationalfondsgesetz, BGBl 1995/432.

4 Versöhnungsfonds-Gesetz, BGBl I 2000/74, weiters <http://www.versoennungsfonds.at>.

5 Winkler, Entschädigung für Sklaven- und

Zwangsarbeiter durch Österreich, Favorita Papers 02/2002, Österreichischer Völkerrechtstag 2001, 17.

6 Das „Washingtoner Abkommen“ samt Anlagen findet sich in: Außenpolitische Dokumentation 2001, Österreichische Maßnahmen zur Restitution und Entschädigung von Opfern des Nationalsozialismus, Dokument 10, 86 ff.

7 Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über

den Nationalfonds der Republik Österreich für Opfer des Nationalsozialismus geändert wird, BGBl I 2001/11.

8 Siehe dazu sogleich.

9 Siehe § 1 Abs 1, Entschädigungsfondsgesetz (EF-G) BGBl I 2001/12.

10 Siehe § 1 Abs 2 EF-G.

11 Siehe § 2 Abs 1 EF-G.

12 Siehe Annex A, Punkt 10, *supra* FN 6.

Behinderung oder auf Grund des Vorwurfs der Asozialität verfolgt wurde. Auch Personen, die das Land verlassen haben, um der Verfolgung zu entgehen, sind antragsberechtigt (§ 6 EF-G). Weitere Voraussetzung sind Verluste oder Schäden, die als Folge von oder in Zusammenhang mit Ereignissen auf dem Gebiet der heutigen Republik Österreich während der Nazizeit erlitten wurden. Erblinnen dieser Personen sind ebenfalls antragsberechtigt; im Forderungsverfahren auch Vereinigungen, die Rechtsnachfolge wird durch das jeweilige Gremium beurteilt.¹³

Das Gesetz behandelt im ersten Teil die monetäre Abgeltung von Vermögensverlusten, die vom unabhängigen Antragskomitee beurteilt werden. Im zweiten Teil des EF-G ist die sog. „Naturalrestitution“ geregelt, dh die Rückgabe von Liegenschaften, Gebäuden und kulturellen oder religiösen Gegenständen, die durch die Schiedsinstanz empfohlen werden kann.

Das Antragskomitee

Das Gremium zur Entscheidung über die finanzielle Abgeltung von Anträgen an den Fonds ist das Antragskomitee. Es setzt sich aus Sir Franklin Berman (als Vorsitzenden), Professor Robert Rosenstock und Kurt Hofmann, Vizepräsident des OGH i. R., zusammen. Die konstituierende Sitzung fand am 12. November 2001 statt, die Geschäfts- und Verfahrensordnung (AK-GVO) wurde am 2. Juli 2002 beschlossen.¹⁴

Vermögenskategorien

Folgende Verluste und Schäden können geltend gemacht werden:

- ▶ Liquidierte Betriebe einschließlich Konzessionen und anderes Betriebsvermögen;
- ▶ Immobilien, soweit für diese nicht Naturalrestitution geleistet wurde;¹⁵
- ▶ Bankkonten, Aktien, Schuldverschreibungen, Hypotheken;
- ▶ Bewegliches Vermögen, soweit es nicht durch die Abgeltung von Bestandrechten (§ 2b NationalfondsG, siehe oben) erfasst ist;
- ▶ Versicherungspolizzen.¹⁶

Das Forderungsverfahren

Im Forderungsverfahren müssen Antragstellende den Beweis oder die Glaubhaftmachung des Eigentumsrechtes nach erleichterten Beweisstandards antreten (§ 15 Abs 2 EF-G). Zusätzlich muss behauptet werden, dass die gestellte Forderung niemals zuvor von einem österreichischen Gericht oder einer Verwaltungsbehörde endgültig entschieden oder einvernehmlich geregelt wurde. Wenn eine solche Entscheidung oder einvernehmliche Regelung vorliegt, muss entweder nachgewiesen werden, dass diese extrem ungerecht war oder dass die gestellte Forderung von einem österreichischen Gericht oder einer Verwaltungsbehörde aus Mangel an Beweisen abgelehnt wurde und dass diese Beweise nun zur Verfügung stehen.¹⁷ § 15 Abs 2 EF-G umschreibt die erleichterten Beweisstandards als Nachweis, der in der Regel durch unterstützende Unterlagen erfolgt.

Sofern keine entsprechenden Beweismittel vorhanden sind, kann das Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen auch auf andere Weise glaubhaft gemacht werden; so kann für die Nichtentscheidung durch ein österreichisches Gericht oder eine Verwaltungsbehörde sowie für den Mangel an Beweisen in einem früheren Verfahren eine eidesstattliche Erklärung beigebracht werden.¹⁸

Bestätigt das Antragskomitee, dass der Antragstellende die Beweiserfordernisse erfüllt, so legt es einen Gesamtbetrag aller anerkannten Forderungen fest (sog Forderungsbetrag).¹⁹ Bei der Festlegung desselben sind Entschädigungen durch andere Maßnahmen zu berücksichtigen. Zu diesen anderen Maßnahmen zählen die Abgeltung von Bestandrechten (§ 2b NationalfondsG), Leistungen aus der deutschen Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und die Zukunft“, die Befriedigung von Forderungen durch die Versicherungsentschädigungsgesetze und durch ICHEIC – International Commission on Holocaust Era Insurance Claims, weiters die Befriedigung von Ansprüchen durch den Bank-Austria-Vergleich.²⁰

Gelangt das Antragskomitee zu dem Schluss, dass die Forderung dem Grunde nach nicht besteht, so ist der Antragstellende davon mit Beschluss zu verständigen, wobei der Antrag bei vollständiger und endgültiger Ablehnung im Forderungsverfahren noch im Billigkeitsverfahren behandelt wird.²¹ Nachdem über alle Anträge entschieden worden ist, wird das Antragskomitee auf Grundlage der festgelegten Forderungsbeträge und nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Mittel einen verhältnismäßig zu kürzenden Betrag – pro rata – zuerkennen (Zuerkennungsbetrag).²²

Das Billigkeitsverfahren

Sofern der Antragstellende nicht in der Lage ist, die Beweisstandards des Forderungsverfahrens zu erfüllen, kann der Antrag im Billigkeitsverfahren gestellt werden. Verluste und Schäden, die hierfür in Frage kommen, sind die des § 14 EF-G (siehe oben) und berufs- und ausbildungsbezogene Verluste, die in oben zitiertem Zusammenhang mit der Nazizeit stehen. Weiters können auch andere Forderungen und Verluste dieses Zeitraums geltend gemacht werden, soweit sie nicht vom Versöhnungsfonds oder von der Schiedsinstanz erfasst sind.²³

Das Antragskomitee kann eine Billigkeitszahlung zuerkennen, wenn in einer der Vermögenskategorien ein berücksichtigungswürdiger Fall vorliegt oder wenn die Forderung zwar durch ein österreichisches Gericht oder eine Verwaltungsbehörde endgültig entschieden wurde bzw. einvernehmlich geregelt wurde, diese Entscheidung/Regelung jedoch unzureichend war. Eine Zahlung ist auch für berufs- und ausbildungsbezogene Verluste vorgesehen, wenn diese nicht ausreichend entschädigt wurden. Eine Forderung für „alle anderen Verluste und Schäden“ muss berechtigt sein.²⁴

Billigkeitszahlungen werden pro Haushalt geleistet, das Komitee kann pro Haushalt nicht mehr als eine Billigkeitszahlung zuerkennen.²⁵ Diese Zahlungen erfolgen pauschal in drei Stufen, das Antragskomitee entscheidet über die Höhe der Pauschalsummen, wobei die Gesamtzahl der anerkannten

13 Siehe § 6 Abs 1 und 2 EF-G.

14 Die Geschäfts- und Verfahrensordnung (AK-GVO) kann in englischer und deutscher Sprache unter <http://www.nationalfonds.org> abgerufen werden.

15 Zur Schiedsinstanz für Naturalrestitution siehe *infra*.

16 Siehe § 14 EF-G.

17 Siehe § 15 Abs 1 EF-G.

18 Siehe § 15 Abs 2 EF-G.

19 Siehe § 17 Abs 1 AK-GVO.

20 Siehe § 16 Abs 2 EF-G.

21 Siehe § 17 Abs 2 AK-GVO iVm § 9 letzter Satz EF-G.

22 Siehe § 17 Abs 3 AK-GVO.

23 Siehe § 19 EF-G.

24 Siehe § 20 EF-G.

25 Siehe § 21 Abs 1 EF-G.

ten Forderungen im Billigkeitsverfahren berücksichtigt wird. Der für das Billigkeitsverfahren zur Verfügung stehende Betrag wird durch die Anzahl derjenigen Personen, welche zwischen 12. März 1938 und 9. Mai 1945 in häuslicher Wohngemeinschaft lebten, geteilt.²⁶

Die Schiedsinstanz für Naturalrestitution

Die „Schiedsinstanz für Naturalrestitution“ behandelt, gemäß dem im Teil 2 des EF-G festgeschriebenen gesetzlichen Auftrag, als unabhängiges Gremium Anträge auf Naturalrestitution von öffentlichem Vermögen und kann, im Gegensatz zum Antragskomitee, dessen Rückübereignung an die Antragstellenden bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen empfehlen. Die Schiedsinstanz, die sich aus Professor Josef Aicher (als Vorsitzenden), Professor August Reinisch und Botschafter Erich Kussbach zusammensetzt, hat sich am 5. Oktober 2001 konstituiert und sich am 11. April 2002 eine Geschäfts- und Verfahrensordnung gegeben (SI-GVO).²⁷

Während sich die Antragsberechtigung an jener für das Forderungs- bzw. Billigkeitsverfahren vor dem Antragskomitee orientiert,²⁸ weisen die weiteren Voraussetzungen, die für eine Empfehlung auf Naturalrestitution gegeben sein müssen, naturgemäß einige Besonderheiten auf. Insbesondere ist die Zuständigkeit der Schiedsinstanz auf die Prüfung von Anträgen auf Naturalrestitution von „öffentlichem Vermögen“ beschränkt,²⁹ wobei der Gesetzgeber den Begriff des öffentlichen Vermögens an drei kumulativen Tatbestandselemente knüpft:³⁰ es muss sich um Liegenschaften oder Superädifikate handeln, die erstens dem früheren Eigentümer im Zeitraum zwischen dem 12. März 1938 und dem 9. Mai 1945 verfolgungsbedingt im Zusammenhang mit Ereignissen auf dem Gebiet der heutigen Republik Österreich während der Zeit des Nationalsozialismus entzogen wurden; zweitens dürfen diese grundsätzlich, dh mit noch zu erläuternden Ausnahmen, nicht Gegenstand einer früheren Entscheidung bzw. Vergleiches gewesen sein, wobei im Gegensatz zum Antragskomitee die Antragstellenden oder deren Verwandte auch auf keine andere Weise eine Entschädigung oder sonstige Gegenleistungen für die Forderung erhalten haben dürfen; und drittens muss sich die Liegenschaft oder das Superädifikat zum Stichtag des 17. Jänners 2001 im Eigentum des Bundes bzw. eines Landes (oder einer Gemeinde), das dem Schiedsinstanz-Verfahren gemäß § 38 EF-G beigetreten ist, befunden haben. Letztere Voraussetzung ist auch dann erfüllt, wenn die Liegenschaft oder das Superädifikat zu jenem Zeitpunkt im Eigentum einer dem Bund bzw. den Ländern (oder Gemeinden) zugehörigen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts stand. Außerdem können auch bewegliche körperliche Sachen, insb kulturelle oder religiöse Gegenstände, unter den erwähnten Voraussetzungen an bestimmte Gemeinschaftsorganisationen natural-restituiert werden.³¹ Die Prüfung, ob sich der Vermögenswert, wie von den Antragstellenden behauptet, im öffentlichen Vermögen befindet, hat die Schiedsinstanz unter Mitwirkung des Bundes bzw der Länder (oder Gemeinden) durchzuführen.³²

Das Verfahren vor der Schiedsinstanz

Die Bezeichnung „Schiedsinstanz“ lässt bereits darauf schließen, dass es sich hierbei im Gegensatz zum Antragskomitee um ein Verfahren handelt, das Züge eines internationalen Schiedsverfahrens aufweist. Dies wird im EF-G auch durch § 23 deutlich, in dem für die Benennung der Mitglieder deren Vertrautheit mit einschlägigen Bestimmungen des österreichischen und internationalen Rechts, insb der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten verlangt wird. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Verfahren nicht um ein Schiedsverfahren im herkömmlich juristischen Sinn handelt, da es einige Besonderheiten zugunsten der Antragstellenden aufweist. Insbesondere sehen sich die Antragstellenden, im Gegensatz zu den Rückstellungsverfahren nach dem 2. Rückstellungsgesetz oder dem 3. Rückstellungsgesetz, nicht mit einem „Antragsgegner“ konfrontiert. Die österreichische Bundesregierung hat formell keine Parteistellung in dem Schiedsverfahren, sondern kann der Schiedsinstanz gegenüber ihre Rechtsansicht zu einzelnen Anträgen mittels eines sog „Vorbringens“ äußern.³³ Dieses Vorbringen bildet, gemeinsam mit der Falldokumentation der österreichischen Historikerkommission und den Anträgen der Antragstellenden, die Grundlage für eine Entscheidung der Schiedsinstanz, wobei diese auf Grund freier Beweiswürdigung erfolgt.³⁴

Das Verfahren vor der Schiedsinstanz ist darüber hinaus derart gestaltet, dass es für die Antragstellenden grundsätzlich nicht notwendig sein soll, sich eines Rechtsvertreters zu bedienen. So sieht die Geschäfts- und Verfahrensordnung vor, dass die Schiedsinstanz die Antragstellenden bei der Vervollständigung ihres Antrags unterstützt.³⁵ Auch nimmt die Schiedsinstanz bei der Beurteilung des Vorliegens der Verfolgung bzw des Zusammenhangs zwischen Verfolgung und Verlusten oder Schäden auf die bekannten historischen Umstände und Zusammenhänge Bedacht³⁶ und gibt dem Antragsteller in ihrer Geschäfts- und Verfahrensordnung exemplarische Anhaltspunkte bezüglich der möglichen Beweismittel zum Verfolgungsbeweis und dem Beweis der Erbenstellung.³⁷

Der Themenkomplex der früheren Maßnahmen

Die Frage des Verhältnisses der Maßnahmen nach dem EF-G zu bereits früher eingerichteten Entschädigungsmaßnahmen ist naturgemäß von großer Wichtigkeit für das Forderungs- bzw Billigkeitsverfahren vor dem Antragskomitee und dem Schiedsinstanzverfahren. Grundsätzlich haben der Entschädigungsfonds und seine beiden Entscheidungsgremien die gesetzliche Aufgabe, offene Fragen der Entschädigung von Opfern des Nationalsozialismus umfassend zu lösen, wobei im EF-G von „moralischer Verantwortung“ und „freiwilligen Leistungen“ die Rede ist.³⁸ Letzteres ist insofern für die Frage des Verhältnisses zu den früheren Maßnahmen bedeutsam, als es sich bei den Entschädigungsfonds-Verfahren grundsätzlich nicht um Ansprüche im streng-juristischen Sinn handelt, die zivilprozessrechtlich

26 Siehe § 21 Abs 1 AK-GVO.

27 Die Geschäfts- und Verfahrensordnung der Schiedsinstanz (SI-GVO) kann in englischer und deutscher Sprache unter <http://www.nationalfonds.org> abgerufen werden.

28 Siehe § 27 EF-G.

29 Siehe § 23 Abs 1 EF-G.

30 Siehe § 28 EF-G.

31 Siehe § 28 Abs 2 EF-G.

32 Siehe § 31 EF-G.

33 Dieses Vorbringen bildet gemeinsam mit den vorgelegten Beweisen und allfälligen relevanten Befunde der österreichischen Historikerkommission die Prüfungsgrundlage für Empfehlungen der

Schiedsinstanz. Siehe § 30 EF-G.

34 Siehe § 18 SI-GVO.

35 Siehe § 16 Abs 3 SI-GVO.

36 Siehe § 19 Abs 1 SI-GVO.

37 Siehe § 19 Abs 2 und § 20 Abs 2 SI-GVO.

38 Siehe § 1 Abs 1 und 2 EF-G.

mit früheren Entschädigungs- und vor allem Rückstellungsmaßnahmen konkurrieren könnten.

Dennoch gilt zu beachten, dass der Entschädigungsfonds zur Lösung „offener Fragen“ eingerichtet wurde und grundsätzlich die Bindungswirkung früherer Entscheidungen oder einvernehmlicher Regelungen als „res iudicata“ berücksichtigt. Eine Durchbrechung ist jedoch möglich, wenn in besonderen Einzelfällen festgestellt wird, dass eine frühere Regelung von Verlusten oder Schäden durch österreichische Gerichte oder Verwaltungsbehörden (einschließlich einvernehmlicher Regelungen) „extrem ungerecht“ war, oder eine frühere Forderung aus Mangel an erforderlichen Beweisen abgelehnt wurde und die Antragstellenden in der Zwischenzeit über derartige Beweise verfügen (*nova reperta*).³⁹ Sollten diese Ausnahmetatbestände nicht zutreffen, so gilt, dass für Forderungen betreffend Verluste und Schäden, die durch österreichische Gerichte oder Verwaltungsbehörden endgültig entschieden oder einvernehmlich geregelt wurden, keine Leistung zu erbringen ist.⁴⁰ Wann eine „extreme Ungerechtigkeit“ vorliegt, und unter welchen Voraussetzungen diese geltend gemacht werden kann, muss durch die beiden Entscheidungsgremien im Einzelfall festgestellt werden.⁴¹

Fest steht, dass die Frage der früheren Maßnahmen durchaus eine Fülle von Anträgen vor dem Entschädigungsfonds betreffen dürfte, da die Republik Österreich seit 1945 umfangreiche gesetzliche Maßnahmen zur Entschädigung von Opfern des Nationalsozialismus ergriffen hat. Diese beschränken sich nicht nur auf die Rückstellung von entzogenen Vermögensgütern, sondern auch auf finanzielle Entschädigung für Verluste und Schäden, die im Zusammenhang mit dem NS-Regime erlitten wurden.⁴² Ergänzend sei noch erwähnt, dass, auch wenn die Tatbestände der extremen Ungerechtigkeit oder der neu zugänglich gewordenen Beweise nicht vorliegen, das Antragskomitee eine Billigkeitszahlung zuerkennen kann, sollte sich die frühere Regelung als unzureichend herausstellen.⁴³

Von den bereits angesprochenen früheren Maßnahmen und deren Verhältnis zu dem Entschädigungsfonds sind jene Rückstellungs- und Entschädigungsmaßnahmen zu unterscheiden, die parallel zu dem EF-G auf österreichischer und internationaler Ebene eingerichtet worden sind. Das EF-G spricht in diesem Zusammenhang von „Leistungen für jene Verluste oder Schäden [. . .], für die bereits aufgrund *anderer Maßnahmen* Entschädigung geleistet wurde“ (§ 16 Abs 1 EF-G) und bezieht sich in einer demonstrativen Aufzählung ua auf die Maßnahmen zur Entschädigung von Bestandrechten an Wohnungen und gewerblichen Geschäftsräumlichkeiten, Hausrat und persönlichen Wertgegenständen,⁴⁴ Maßnahmen der deutschen Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“,⁴⁵ das Anspruchs erledigungsverfahren der „Internatio-

nal Commission on Holocaust Era Insurance Claims“ (ICHEIC) und den Bank-Austria Vergleich von 1999.⁴⁶

Im Gegensatz zu den früheren Maßnahmen, die nach § 10 Abs 1 EF-G grundsätzlich, dh soweit kein Ausnahmetatbestand Anwendung findet, einer neuerlichen Entschädigung entgegenstehen, sind die sog anderen Maßnahmen nach dem EF-G von dem Antragskomitee „zu berücksichtigen“, wobei darauf Bedacht genommen werden soll, dass ein Antragsteller „keine Leistung für jene Verluste oder Schäden erhält, für die bereits [. . .] Entschädigung geleistet wurde“.⁴⁷

Die Rolle der österreichischen Historikerkommission für den Entschädigungsfonds

Die Arbeit der österreichischen Historikerkommission hat für den Entschädigungsfonds, va für das Verfahren vor der Schiedsinstanz, in dreierlei Hinsicht große Bedeutung erlangt. Zunächst stellt die wissenschaftliche Aufarbeitung historischer und auch rechtshistorischer Fragen betr die Entzugspraxis des NS-Regimes sowie die österreichischen Entschädigungsmaßnahmen der Republik nach 1945 eine wichtige allgemeine Grundlage für die Beurteilung konkreter Anträge und der in diesen enthaltenen Sachverhalte dar. Die juristische Einschätzung der sich aus den einzelnen Anträgen ergebenden Rechtsfragen erfordert eine umfassende Kenntnis der geschichtlichen Zusammenhänge und Hintergründe.

Darüber hinaus kam der Historikerkommission hinsichtlich einzelner Anträge – laut dem Bericht des Verfassungsausschusses betr das EF-G – die für das Schiedsinstanz-Verfahren bedeutsame Aufgabe zu, „vorrangig den Entzug und Verbleib von Liegenschaften und Gebäuden aus dem früheren Besitz von Opfern des Nationalsozialismus und von Vermögen von Vereinigungen, insbesondere jüdischen Vereinen, zu untersuchen“.⁴⁸ Diese Befunde der österreichischen Historikerkommission bilden gemeinsam mit den vom Antragsteller vorgelegten Beweisen und dem Vorbringen der österreichischen Bundesregierung die Prüfungsgrundlage für Empfehlungen der Schiedsinstanz.⁴⁹

Zu guter Letzt hat sich das Staatsarchiv und damit auch die Arbeit der Historikerkommission für die Antragsteller als wichtiger Anhaltspunkt bei der konkreten Ermittlung der historischen Vorgänge erwiesen. Eine sinnvolle und rasche Abwicklung der beim Entschädigungsfonds einlangenden Anträge wäre somit ohne die Untersuchungsergebnisse im Allgemeinen sowie im Einzelfall nur schwerlich denkbar.

Dr. Michael Schoiswohl, LL. M. (NYU) ist Assistent am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen und arbeitet pro bono beim Allgemeinen Entschädigungsfonds. Mag^a Marianne Schulze ist juristische Mitarbeiterin beim Allgemeinen Entschädigungsfonds.

³⁹ Siehe § 10 Abs 2 iVm § 15 Abs 1 Z 2 und Z 3, sowie § 32 Abs 2 EF-G.

⁴⁰ Siehe § 10 Abs 1 EF-G.

⁴¹ Empfehlungen der Schiedsinstanz werden auf der Homepage unter www.nationalfonds.org veröffentlicht.

⁴² Siehe vor allem das Kriegs- und Verfolgungssachschädengesetz BGBl 1958/127; Abgeltungsfondsgesetz, BGBl 1961/100; Opferfürsorgegesetz, BGBl 1947/183.

⁴³ Siehe § 20 Z 1 EF-G.

⁴⁴ Siehe FN 7.

⁴⁵ dBGBl I 2000/38.

⁴⁶ Siehe § 16 Abs 2 EF-G.

⁴⁷ Siehe § 16 Abs. 2 EF-G.

⁴⁸ Bericht und Antrag des Verfassungsausschusses betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Einrichtung eines Allgemeinen Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus und über Restitutionsmaßnahmen (Entschädi-

gungsfonds-Gesetz) sowie zur Änderung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes und des Opferfürsorgegesetzes, 476 BlgNR 21. GP.

⁴⁹ Siehe § 30 EF-G.

1. Einleitung

Die jüngsten Diskussionen um die österreichischen Verstrickungen in der NS-Zeit und die jahrzehntelange Weigerung der Republik, dafür die Verantwortung zu übernehmen (Stichwort „Opferthese“) liefern ein Musterbeispiel der Interaktion von Recht, Politik und Zeit-Geschichte. Angesichts drohender und tatsächlich laufender Gerichtsverfahren rund um Entschädigungsfragen trat nicht nur der massive Vermögensentzug zutage, der NS-Opfern in Form von „Arisierungen“ und anderen Maßnahmen zugefügt wurde, sondern es wurde insbesondere auch die Problematik der Restitution entzogener Vermögen in der Nachkriegszeit thematisiert. In einer gegenüber der seinerzeitigen Selbstsicht der Akteure deutlich kritischeren Sichtweise wurden dabei sowohl die gesetzgeberischen Maßnahmen als auch die Praxis der Entschädigungen als bewusst verzögernd/zögerlich, zumindest tendenziell antisemitisch bzw diskriminierend und generell unzureichend gedeutet.¹ Unter dem Eindruck dieser neueren Forschungen bildete die Fragestellung der Vermögensentschädigung und Restitution einen Schwerpunkt des Arbeitsprogramms der Historikerkommission², welche die Verfahren vor den Rückstellungskommissionen³ sowie vor den Finanzlandesdirektionen⁴ in repräsentativer Weise beschreiben und analysieren ließ.

Darüber hinaus fand die Erkenntnis, dass zumindest manche Rückstellungsverfahren massiv ungerecht verlaufen sein dürften, auch Eingang in das EntschädigungsfondsG⁵. Dieses ermöglicht ausnahmsweise auch in Fällen, in denen ein Entschädigungsanspruch bereits Gegenstand eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens vor einem österreichischen Gericht oder einer österreichischen Behörde war bzw durch einvernehmliche Regelung (dh durch Vergleich) erledigt wurde, eine Antragstellung an den Entschädigungsfonds, wenn die seinerzeitige Entscheidung bzw Regelung als „extrem ungerecht“ eingestuft wird. Bevor auf den Begriff der „extremen Ungerechtigkeit“ näher eingegangen wird, ist es nötig, Rechtsgrundlagen und Praxis der Rückstellungen an NS-Opfer in der Nachkriegszeit kurz zu rekapitulieren.

2. Die Rückstellungsgesetzgebung der Nachkriegszeit

Bereits während des Zweiten Weltkrieges war von Seiten der Alliierten in der sog Londoner Erklärung vom 5. Jänner 1943 angekündigt worden, dass sie alles in ihrer Macht Stehende tun werden, „um die Enteignungsmethoden der Regierun-

gen, mit denen sie im Krieg stehen“ zunichte zu machen.⁶ Mit § 1 NichtigkeitsG 1946 (BGBl Nr 106/1946) wurden denn auch alle Vermögensübertragungen, die „während der deutschen Besatzung Österreichs im Zuge seiner politischen oder wirtschaftlichen Durchdringung durch das Deutsche Reich erfolgt sind“, für null und nichtig erklärt. Allerdings wurde die Durchführung ausdrücklich einer besonderen gesetzlichen Regelung vorbehalten, die dann va durch die sieben RückstellungsG erfolgte.⁷ Zum Vollzug des 1. und des 2. RückstellungsG war jeweils ein Verwaltungsverfahren vor den Finanzlandesdirektionen vorgesehen, wobei die Finanzprokuratorat die Interessen des Bundes vertrat.⁸ Das 3. RückstellungsG (BGBl Nr 54/1947) bildete die allgemeine Grundlage für Rückstellungen inter privatos. Das Verfahren war hier im Wesentlichen ein Außerstreitverfahren, das vor eigenen Gerichten (den auf der Ebene der Landesgerichte eingerich-

Unrechtsbewältigung durch Rechtsgeschichte?

Zum Begriff der „extremen Ungerechtigkeit“ im Entschädigungsfonds-Gesetz

Franz-Stefan Meissel



teten Rückstellungskommissionen, denen beim OLG eine Rückstellungsoberkommission und beim OGH eine Oberste Rückstellungskommission entsprach) geführt wurde. Ca drei Viertel der (insgesamt über 40.000) Verfahren fanden vor der Rückstellungskommission Wien statt, da die überwiegende Zahl der jüdischen NS-Opfer in Wien gelebt hatten. Zur Antragstellung waren kurze Fristen vorgesehen, die zwar mehrmals im Verordnungsweg verlängert wurden, (von Ausnahmen abgesehen) aber spätestens 1956 endeten.

Hervorzuheben ist, dass alle diese Gesetze von der Prämisse ausgingen, dass Österreich nicht Rechtsnachfolger des Deutschen Reiches und damit auch nicht für die unter NS-Herrschaft zugefügten Schäden verantwortlich sei. Die Rückstellungsverfahren dienten im Wesentlichen bloß zur Restitution von noch vorhandenem Vermögen, eine volle (materielle) Wiedergutmachung der Schäden von NS-Opfern war damit von vornherein ausgeschlossen. Da zudem bei beweglichem Vermögen die dem § 367 ABGB nachgebildete

¹ Knight, Ich bin dafür, die Sache in die Länge zu ziehen² (2000); Graf, Arisierung und keine Wiedergutmachung, in: Muhr et al (Hg), FS für Kurt Rudolf Fischer (1992) 65 ff; Bailer, Wiedergutmachung kein Thema (1993); Böhmer, Wer konnte, griff zu (1999). Eine Beschreibung der Praxis aus der Warte eines beteiligten Ministerialbeamten bietet dagegen Klein, 1938–1968. Dreißig Jahre: Vermögensentziehung und Rückstellung, ÖJZ 1969, 57 ff und 89 ff.
² Historikerkommission, Arbeitsprogramm 1999 (abrufbar unter www.historikerkommission.gv.at).

³ Meissel/Olechowski/Gnant, Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen (2002); abrufbar unter www.historikerkommission.gv.at.
⁴ Böhmer/Faber, Die österreichische Finanzverwaltung und die Restitution entzogener Vermögen 1945–1960; 2002; weiters fand eine statistische Auswertung eines Samples statt: Pammer, Die Rückstellungskommission beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, 2002 (jeweils abrufbar unter www.historikerkommission.gv.at).

⁵ BGBl I Nr 12/2001 zuletzt geändert durch BGBl I Nr 114/2002.
⁶ Abgedruckt bei Knight, Ich bin dafür, die Sache in die Länge zu ziehen 185 f.
⁷ Vgl den prägnanten Überblick über die Rückstellungsgesetze bei Oberhammer/Reinisch, Restitution of Jewish Property in Austria, ZaöRV 60 (2000) 746 ff.
⁸ Ausführlich dazu Böhmer/Faber, Die österreichische Finanzverwaltung.

Vorschrift des § 4 des 3. RückstellungsgG einen Gutgläubens-erwerb ermöglichte, betrafen die meisten erfolgreichen Rückstellungsverfahren Liegenschaften. Bei diesen war aber eine Rückstellung auch dann erfolgreich, wenn die Liegen-schaft mittlerweile an einen Rechtsnachfolger gelangt war, der mit der Entziehung überhaupt nichts zu tun hatte. Die Rückstellungspflichtigen mussten umgekehrt einen seinerzeit erzielten Kaufpreis, soweit dieser „in ihre freie Verfü-gung gelangt war“ zurückzahlen; des Weiteren gab es spezi-elle schuldrechtliche Rückabwicklungsvorschriften hinsicht-lich Aufwändersatz, Nutzungen und Schadenersatz.⁹

3. Das EntschädigungsfondsG und der Paradigmenwechsel der Restitution

Über fünf Jahrzehnte nach den Rückstellungsgesetzen geht das EntschädigungsfondsG 2001 von einer zumindest morali-schen Verantwortlichkeit Österreichs für Vermögensverluste von NS-Opfern aus, denen durch finanzielle Leistungen aus einem mit 210 Millionen Dollar ausgestatteten Entschädi-gungsfonds Rechnung getragen werden soll. Für bestimmte Vermögenskategorien (§ 14 EntschädigungsfondsG) ist ein „Forderungsverfahren“ vorgesehen, in dem konkrete Forde-rungen (nach erleichterten Beweisstandards) vor einem aus drei Personen bestehenden „Antragskomitee“ geltend ge-macht werden können. Anerkannte Forderungen sollen letzt-lich aus einem (erst zu bestimmenden) Gesamtbetrag anteils-mäßig befriedigt werden. Auch für bereits im Zuge von Rück-stellungsverfahren endgültig entschiedene oder durch ein-vernehmliche Regelung beendete Fälle ist eine Zuerkennung „in besonderen Einzelfällen“ möglich, sofern das „Antragsko-mitee einstimmig zu der Auffassung gelangt“, dass die sei-nerzeitige Entscheidung bzw. Regelung im konkreten Fall eine „extreme Ungerechtigkeit“ dargestellt hat (§ 10 Abs 2 iVm § 15 Abs 1 Z 2 leg cit).¹⁰

Über Ansprüche auf Naturalrestitution von „öffentlichem Vermögen“ (darunter fallen va Liegenschaften des Bundes, vgl § 28 leg cit) entscheidet eine Schiedsinstanz, wobei auch hier bereits entschiedene Fälle ausnahmsweise dann neu auf-gerollt werden können, wenn die Schiedsinstanz einstimmig befundet, dass die seinerzeitige endgültige Entscheidung¹¹ oder einvernehmliche Regelung „extrem ungerecht“ war oder aber mangels an Beweisen abgelehnt wurde, wobei die Beweise in der Zwischenzeit zugänglich sind (§ 32). Mit die-sen Bestimmungen wollte der Gesetzgeber erkennbar einer-seits am Grundsatz der Rechtskraft der Rückstellungsent-scheidungen der Nachkriegszeit festhalten, andererseits aber in konkreten Einzelfällen Ausnahmen zulassen. Das be-deutet, dass generell die seinerzeit getroffenen behördli-chen und gerichtlichen Entscheidungen in Rückstellungssa-

chen sowie die getroffenen einvernehmlichen Regelungen auch im Rahmen der (ohnedies nicht als Rechtsanspruch be-stehenden) Geltendmachung von Vermögensschäden im Zu-ge der Verfahren des EntschädigungsfondsG als rechtlich bin-dend anzusehen sind. Anderes gilt nur dann, wenn im kon-kreten Fall eine „extreme Ungerechtigkeit“ einstimmig vom Antragskomitee bzw von der Schiedsinstanz festgestellt wird, wobei auch diesbezüglich im Forderungsverfahren gem § 15 „erleichterte Beweisstandards“ gelten.

4. Kriterien „extremer Ungerechtigkeit“

Was unter einer „extremen Ungerechtigkeit“ zu verstehen ist, wird vom Gesetz nicht näher ausgeführt. Aufgrund des spezifischen Zweckes und der Systematik des Gesetzes er-gibt sich jedoch, dass es gewichtige Gründe im Einzelfall sein müssen, die es rechtfertigen, eine Neubewertung einer res iudicata vorzunehmen.¹² Wenngleich der Ausdruck „extreme Ungerechtigkeit“ an die berühmte „Radbruchsche These“¹³ erinnert, der zufolge bei „Gesetzen willkürlichen und verbre-cherischen Inhalts“, wie sie im Nationalsozialismus vorka-men, auch einer von den zuständigen Organen erzeugten Norm der Rechtscharakter abzusprechen ist, so geht es bei der extremen Ungerechtigkeit iSd EntschädigungsfondsG um et-was anderes: Im Einzelfall wird ermöglicht, gravierende Feh-ler einer vergangenen Entscheidung bzw einvernehmlichen Regelung zu relevieren. „Extrem“ ist dabei nicht als außerge-wöhnlich hohe Hürde zu sehen, sondern soll wohl im speziel-len Kontext darauf Rücksicht nehmen, dass an und für sich schon Entziehungen und bloß partielle auf die Rückgabe des Vorhandenen reduzierte Rückstellungen „Ungerechtigkei-ten“ (iS einer nie vollständig möglichen „Wiedergutmachung“) darstellen.

4.1. „Extrem ungerechte“ Entscheidungen

Unter „extremer Ungerechtigkeit“ sind jedenfalls solche Mängel des seinerzeitigen Verfahrens zu verstehen, die auch sonst in der Rechtsordnung zur Wiederaufnahme bereits rechtskräftig entschiedener Fälle oder zu deren Anfechtung durch Nichtigkeitsklage führen. Darüber hinaus wird aber auch eine qualifizierte inhaltliche Unrichtigkeit der sei-nerzeitigen Entscheidung als „extreme Ungerechtigkeit“ zu wer-ten sein. Die Mängel können also sowohl materieller als auch prozessualer Art sein, müssen aber so gewichtig sein, dass unter Zugrundelegung einer gesetzeskonformen Vorgangs-weise eine substantiell andere Entscheidung zu fällen gewe-sen wäre.

„Ungerecht“ ist zwar nicht identisch mit „rechtswidrig“, der unbestimmte Gesetzesbegriff des EntschädigungsfondsG ist aber verfassungskonform iSd Legalitätsprinzips so zu in-

⁹ Zu all diesen Fragen nun ausführlich *Graf, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung. Eine juristische Analyse (2002) sowie Bailer-Galanda, Die Entstehung der Entschädigungs- und Rückstel-lungsgesetzgebung (2002)* (jeweils abrufbar unter www.historikerkommission.gv.at).

¹⁰ Kann der Antragsteller nach den Beweisstan-dards des Forderungsverfahrens keine konkreten Forderungen dokumentieren oder glaubhaft ma-chen, so besteht die Möglichkeit in dem „Billig-keitsverfahren“ gem §§ 19 ff leg cit Anträge auf Zu-erkennung von Leistungen zu stellen. In diesem Fall können Leistungen auch zuerkannt werden, wenn

die seinerzeit in einem Rückstellungsverfahren ge-troffene Entscheidung bloß „unzureichend“ war.

¹¹ Aufgrund eines offenbaren Redaktionsverse-hens wird in § 32 Z 1 leg cit nur auf eine extrem un-gerechte frühere *einvernehmliche Regelung* abge-stellt; gemeint sein dürften aber auch extrem un-gerechte frühere behördliche oder gerichtliche Entscheidungen (vgl auch die Textierung in § 28 leg cit).

¹² Selbst dann bleibt freilich die seinerzeitige Ent-scheidung weiterhin rechtlich bestehen, sie stellt aber kein Hindernis für die Zuerkennung von Lei-stungen nach dem EntschädigungsfondsG dar.

¹³ *Radbruch, Gesetzliches Unrecht und überge-setzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung Nr 5 (1946) 105, abgedruckt in: Radbruch, Rechtsphilo-sophie (ab der 4. Aufl 1950) 347 ff (353): „Wo Ge-rechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit aus-macht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht nur ‚un-richtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“*

terpretieren, dass die Ungerechtigkeit auch eine Gesetzeswidrigkeit dargestellt haben muss. Gemeint sein dürfte eine qualifizierte Rechtswidrigkeit, dh eine Rechtswidrigkeit, die positivierten Wertvorstellungen des Gesetzgebers in gravierender Weise widerspricht.¹⁴

Die Regelungen des EntschädigungsfondsG sind dabei auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass in den Verfahren des 3. RückstellungsG eine Wiederaufnahme von Verfahren seinerzeit ausgeschlossen war, weil die damalige Judikatur in Außerstreitverfahren den Rechtsbehelf der Wiederaufnahme nicht zuließ. Mittlerweile hat sich die Judikatur in dieser Frage zwar geändert¹⁵, aufgrund der absoluten Frist der Wiederaufnahmeklage gem § 534 Abs 3 ZPO (10 Jahre nach Eintritt der Rechtskraft) ist aber dennoch eine Wiederaufnahme praktisch unmöglich geblieben. In diesem Bereich erlaubt das EntschädigungsfondsG bei Vorliegen „extremer Ungerechtigkeit“ in Ausnahmefällen die Geltendmachung von Ansprüchen, die bereits in früheren Verfahren rechtskräftig abgelehnt bzw erledigt wurden.

Dass auch seinerzeit getroffene einvernehmliche Regelungen als „extrem ungerecht“ zu qualifizieren sein können, ist nur konsequent: In vielen Rückstellungsverfahren wurde letztlich ein Vergleich getroffen, der aber regelmäßig durch das vorangegangene gerichtliche oder behördliche Rückstellungsverfahren vorgeprägt war.¹⁶ Lässt sich folglich ein Zusammenhang des Vergleichsergebnisses mit einem qualifiziert fehlerhaften Verfahren nachweisen oder war das Ergebnis nach den oben entwickelten Kriterien zumindest in inhaltlicher Hinsicht „extrem ungerecht“, so kann auch von einer getroffenen einvernehmlichen Regelung für die Zwecke des EntschädigungsfondsG abgesehen werden.¹⁷

4.2. „Extrem ungerechte“ gesetzliche Regelungen?

Dass mit der Qualifikation als „extrem ungerecht“ nicht nur konkrete Entscheidungen und Regelungen in Anwendung der Rückstellungsgesetze (iwS) gemeint sein könnten, sondern auch gesetzliche Regelungen selbst, erscheint dagegen eher unwahrscheinlich. Der Gesetzeswortlaut („in besonderen Einzelfällen“) spricht dagegen, dass generelle Regelungen, mögen sie auch aus heutiger Sicht ungerecht erscheinen, unter die „extrem ungerechten“ Entscheidungen oder einvernehmlichen Regelungen iSd EntschädigungsfondsG fallen.

Das schließt freilich nicht aus, dass in solchen Fällen eine Antragstellung in den nun vom EntschädigungsfondsG vorgesehenen neuen (über die alten Rückstellungsregelungen hinausgehenden) Kategorien der Entschädigung möglich sein kann. Hat zB jemand nach dem 5. RückstellungsG die Rückstellung eines liquidierten Betriebes betrieben, und war dieses Verfahren wegen Nichterfüllung bestimmter Voraussetzungen des 5. RückstellungsG (dh bei gesetzeskonformem Vorgehen und auch nicht mangels Beweisen) nicht erfolg-

reich, so steht dies der Geltendmachung erlittener Vermögensschäden, die nun unter § 14 Z 1 EntschädigungsfondsG fallen, nicht entgegen. Der Geschädigte ist im Forderungsverfahren vielmehr gleich zu behandeln wie jemand, der – uU im Hinblick auf die seinerzeitigen gesetzlichen Bestimmungen – den Ersatz für seinen liquidierten Betrieb gar nicht erst im Wege eines Rückstellungsverfahrens versucht hat. Eine Ungleichbehandlung wäre sachlich nicht gerechtfertigt und verstieße gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz.

Ähnliches gilt für Schäden, die dadurch eingetreten sind, dass bewegliches Vermögen (etwa gem § 4 des 3. RückstellungsG) gutgläubig von Dritten erworben wurde.¹⁸ Auch hier liegt ein Fall „extremer Ungerechtigkeit“ nur dann vor, wenn die Entscheidung, die den gutgläubigen Erwerb festgestellt hat, mit einem gravierenden Mangel behaftet war.¹⁹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es bei der Ermittlung der „extremen Ungerechtigkeit“ auf eine Beurteilung ankommt, die zwar vom heutigen Wissensstand (mit zT erleichterten Beweisstandards), aber unter Zugrundelegung der rechtlichen Verhältnisse im seinerzeitigen Entscheidungszeitpunkt ausgeht. Gesetzliche Defizite der Rückstellungsregelungen der Nachkriegszeit sind hingegen über die neu geschaffenen Kategorien der Entschädigung nach dem EntschädigungsfondsG zu erfassen, welche der mittlerweile übernommenen „moralischen Mitverantwortung“ der Republik Österreich für Vermögensunrecht der NS-Zeit Rechnung tragen.

5. Beispiele für extreme Ungerechtigkeit

Ob eine „extreme Ungerechtigkeit“ gegeben war, lässt sich nach dem oben Ausgeführten jeweils nur im konkreten Einzelfall feststellen. Dabei ergibt sich freilich das quellenmäßige Problem, dass Unterlagen von Rückstellungsverfahren nur mehr unvollständig erhalten sind. So ist etwa das Material der Rückstellungskommission Wien nur für die Zeit ab 1956 erhalten. Ältere Verfahrensakten sind im Wiener Stadt- und Landesarchiv nur dann vorhanden, wenn das Verfahren bis nach 1955 gedauert hat. Ein Beispiel dafür bietet das auch in sonstiger Hinsicht schillernde Rückstellungsverfahren, das Alma Mahler-Werfel gegen die Republik Österreich angestrengt hat.

5.1. Alma Mahler-Werfel gegen die Republik Österreich

Gegenstand dieses Rückstellungsverfahrens²⁰ war ua das Gemälde „Sommernacht am Strand“ von Edvard Munch, welches Alma Mahler-Werfel anlässlich der Geburt ihrer Tochter Manon (aus der Ehe mit Walter Gropius) geschenkt worden war. Dieses Kunstwerk hatte Mahler-Werfel 1937 der Österreichischen Galerie im Belvedere (gemeinsam mit Bildern ihres Vaters, des renommierten Landschaftsmalers Jakob Emil Schindler) leihweise überlassen. 1938 gelang Mahler-Werfel zusammen mit ihrem Gatten Franz Werfel die

¹⁴ Auch Graf, „Arisierung“ und Restitution, JBl 2001 746 (751) qualifiziert eine frühere Entscheidung als extrem ungerecht, wenn sie „zum Nachteil des Rückstellungswerbers von tragenden, also wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Vorgaben abwich“. In der Folge werden von Graf aber auch gesetzeskonforme Entscheidungen als extrem ungerecht eingestuft, wenn „das Gesetz selbst gravierenden Einwänden ausgesetzt war“ (JBl 2001, 753). Siehe dazu näher sogleich unten.

¹⁵ Rkv 1/98 = JBl 1998, 731 mit Anm Klicka = ecolex 1998, 833 mit Anm Oberhammer.

¹⁶ Zur Problematik der Bewertung von Rückstellungsvergleichen allgemein vgl Meissel/Olechowski/Gnant, Untersuchungen 265 ff.

¹⁷ Vgl auch Graf, JBl 2001, 754 (der bezüglich der Vergleiche aber „eine eher restriktive Sicht“ für angebracht hält).

¹⁸ Anderer Ansicht Graf, JBl 2001, 753 f.

¹⁹ Dazu siehe sogleich unten den Fall „Alma Mahler-Werfel gegen die Republik Österreich“.

²⁰ Das 556 Seiten umfassende Aktenkonvolut mit dem Aktenzeichen Rk 216/61 befindet sich im Wiener Stadt- und Landesarchiv; zu dessen Beständen vgl Rigele, „Wiedergutmachung“. Bestände zu den Rückstellungsverfahren im Wiener Stadt- und Landesarchiv, Jahrbuch des Vereins für Geschichte der Stadt Wien, Bd 56 (2000) 127 ff.

Flucht: Gründe für eine politische Verfolgung durch das NS-Regime waren einerseits die jüdische Herkunft Werfels, aber auch die bekannte Nahebeziehung des Ehepaars zum autoritären christlichen „Ständestaat“. In Wien blieb hingegen Mahler-Werfels Stiefvater, der Maler Carl Moll, sowie dessen Tochter Marie, welche mit dem offen als Nationalsozialisten agierenden Vizepräsidenten des Straflandesgerichts Eberstaller verheiratet war. Mahler-Werfel versuchte vergebens aus dem Exil, das Munchgemälde außer Landes zu bringen. Stattdessen erhielt Moll das Gemälde am 18. März 1938 zurück, 1940 verkaufte es seine Tochter Marie um die (durchaus beachtliche) Summe von 7.000 Reichsmark an das in der NS-Zeit in „Galerie des 19. Jahrhunderts“ umbenannte Museum, das vom Kunsthistoriker Bruno Grimshitz geleitet wurde. Dieser ging davon aus, dass der Erlös für die Zwecke der Dachreparatur einer Villa am Semmeringdiente, welche die exilierte Alma 1939 ihrer in Wien zurückgebliebenen Halbschwester Marie Eberstaller geschenkt hatte. Man stelle sich das vor: Ein Museum hat ein wertvolles Kunstwerk leihweise erhalten, weiß ganz genau, dass die Eigentümerin aus politischen Gründen ins Ausland geflüchtet ist und kauft das Kunstwerk in aller Ruhe „gutgläubig“ von der Halbschwester, ohne irgendeinen Beweis für eine Verfügungsberechtigung zu verlangen . . .

1947 verlangte Alma Mahler-Werfel von der Republik Österreich die Rückgabe der Bilder. Einige der Schindler-Bilder erhielt sie zurück: eines 1948, zwei weitere 1954 (also sieben Jahre nach Einbringen des Antrags!). Hinsichtlich des Munch-Gemäldes wies die Rückstellungsoberkommission Wien 1953 den Rückstellungsantrag mit der Begründung ab, das Bild sei gutgläubig erworben worden. Diese Entscheidung ist materiell schlicht nicht nachvollziehbar. Zwar kennt das österreichische bürgerliche Recht ganz allgemein einen Gutgläubenserwerb sogar an gestohlenen und veruntreuten Sachen.²¹ Aber hinsichtlich von beweglichen Sachen, die in der NS-Zeit einem politischen Opfer entzogen wurden, kommt ein Gutgläubenserwerb gem § 4 Abs 1 des 3. RückstellungsG nur dann in Betracht, wenn die Herkunft aus „arisierendem“ oder anderweitig entzogenem Vermögen dem Erwerber nicht bekannt war bzw bekannt sein musste. Genau dies war (abgesehen von der Nichterfüllung auch der allgemeinen Voraussetzungen des Gutgläubenserwerbes im konkreten Fall) beim Kauf des Munch-Gemäldes sicher nicht gegeben gewesen. Die Entscheidung der ROK Wien war folglich in inhaltlicher Hinsicht gravierend falsch. Umso schlimmer, dass auch bei dem vor einigen Jahren unternommenen Versuch der Enkelin Marina Mahler-Werfel, vom Kunstrückgabebeirat eine Empfehlung für die Rückgabe zu erhalten, die Restitution mit der formalen Begründung abgelehnt wurde, dass ein rechtskräftig entschiedenes Verfahren vorläge.²² Das Kriterium der „extremen Ungerechtigkeit“ lässt nunmehr aber – im Rahmen des Entschädigungs-

fondsG – gerade in solchen Fällen zu, die grobe Unrichtigkeit einer in der Vergangenheit rechtskräftig entschiedenen Sache geltend zu machen.²³

Zugegebenermaßen ist das Verfahren Mahler-Werfels kein „Normalfall“ der Rückstellungspraxis. Diese war vielmehr im Großen und Ganzen von durchaus rechtsstaatlichen Standards entsprechenden Verfahren gekennzeichnet.²⁴ Immerhin zeigt der Fall aber, dass es auch für ein berühmtes Opfer des NS-Regime keinesfalls einfach war, von der Republik Österreich Kunstwerke zurückzubekommen. Dennoch dürften in concreto auch eine gewisse „richterliche Solidarität“ und ein „Pietätsgefühl post mortem“ hinsichtlich des ehemaligen Vizepräsidenten des Straflandesgerichts als Gatten der Verkäuferin (welcher sich gemeinsam mit seiner Frau Marie und dem Schwiegervater Moll bei Kriegsende das Leben nahm) bei der mE als krasser Fehlentscheidung zu qualifizierenden Ablehnung des Rückstellungsantrages mitgespielt haben.

5.2. Weitere Beispiele extremer Ungerechtigkeit

Ein weiteres Beispiel für zulasten der Rückstellungswerber ergangene Entscheidungen contra legem bietet die Judikatur hinsichtlich des „zur freien Verfügung erlangten“ Verkaufserlöses. Die Rückstellungsgesetzgebung war, gerade im Hinblick auf diskriminierende Abgaben der Nazizeit (wie der „Reichsfluchtsteuer“ und der „Judenvermögensabgabe“), davon ausgegangen, dass von einem anlässlich einer „Arisierung“ (oder einem sonstigen Vermögensentzug) gezahlten Kaufpreis im Zuge der Rückabwicklung nur jener Teil vom Verfolgten zurückzuzahlen sei, der ihm auch „zur freien Verfügung“ zugekommen war.²⁵ Die Rückstellungskommissionen entschieden dennoch verschiedentlich, dass auch Erlöse, die an von der NS-Bürokratie aufgezwungene „Bevollmächtigte“ bzw auf „Judenperrkonten“ flossen, in die „freie Verfügung“ der unter Druck verkaufenden Personen gelangt war. Daher mussten zT auch Summen, die den Flüchtenden vom NS-Staat abgepresst worden waren, von letzteren an die „Ariseure“ (bzw deren Rechtsnachfolger) gezahlt werden, um wieder in den Genuss ihres entzogenen Eigentums zu gelangen. Da diese Entscheidungen in einer für die Rückstellungswerber nachteiligen Art dem klaren Wortlaut und der Zielsetzung des 3. RückstellungsG widersprechen, sind sie als „extrem ungerecht“ iSd EntschädigungsfondsG zu qualifizieren.²⁶

Darüber hinaus lassen sich aus dem äußerst vielfältigen und häufig auch komplexen Panorama von Rückstellungsverfahren viele weitere Umstände einer potentiellen „extremen Ungerechtigkeit“ vorstellen: So etwa, dass trotz Vorhandensein mehrerer Rückstellungsberechtigter nur Einzelne entschädigt wurden und andere übergangen worden waren. Oder aber, dass bei der Bewertung von Liegenschaften die Gutachter (auch nach den Maßstäben der Nachkriegszeit)

21 Anders als jene Rechtsordnungen, die ausgehend vom römischrechtlichen Ersitzungsverbot der lex Atinia einen Gutgläubenserwerb bei deliktischer Vorgeschichte prinzipiell ausschließen.

22 Kritisch dazu die Artikel von Czernin, „Gewissenlose Räuber“ (Der Standard, 2. 4. 1999), „Einfach nur Pech gehabt“ (Der Standard, 17. 8. 1999) und „Der Triumph der Bürokratie“ (Der Standard, 14. 9. 1999).

23 Allerdings kennt das EntschädigungsfondsG keine Möglichkeit einer Naturalrestitution von Kunstwerken.

24 Siehe die Zusammenfassung bei Meissel/Olechowski/Gnant, Untersuchungen 293 ff.

25 Zum Folgenden ausführlicher Meissel/Olechowski/Gnant, Untersuchungen 75 ff.

26 So bereits zu Recht Graf, JBl 2001, 753; vgl dort auch weitere Beispiele für „extrem ungerechte“ Rückstellungsentscheidungen.

eklatante Fehleinschätzungen lieferten. Oder aber, dass im Zuge der Rückstellung von Unternehmen von überhöhten Finanz- und Sozialversicherungsabgaben ausgegangen wurde, welche in der NS-Zeit in einem schikanösen Verfahren festgestellt worden waren. Diese Fälle sind hier zwar rein hypothetisch angeführt, die Analyse einer großen Zahl von Verfahren konnte für die Existenz derartiger Probleme aber zumindest Anhaltspunkte liefern.²⁷

6. Schlussbemerkung

Trotz gewisser Mängel in der Rückstellungspraxis und trotz einzelner Fehlentscheidungen ist das Vorliegen von „extrem ungerechten“ Rückstellungsentscheidungen sicher nicht als Regelfall anzunehmen. In Einzelfällen kann eine rechtshistorische und dogmatische Analyse aber durchaus ergeben, dass eine in der Nachkriegszeit gefällte Entscheidung oder einvernehmliche Regelung in derart gravierender Weise zum Nachteil des Rückstellungswerbers vom Recht abwich, dass in Verfahren nach dem EntschädigungsfondsG ausnahmsweise trotz res iudicata Leistungen zuerkannt werden können. Rechtsgeschichtliche Expertise kann in solchen Fällen einen kleinen Beitrag zur Beseitigung jenes Unrechts leisten, welches NS-Opfern nicht nur während der Hitlerzeit selbst, sondern auch noch danach zugefügt wurde.

Ao. Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel lehrt Römisches Recht und Europäische Privatrechtsentwicklung an der Universität Wien.

VERLAG ÖSTERREICH

Stärker

Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz

Stärker

§

KA-AZG

Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz

→ Kommentar

Kurzkommentar
Textsammlung
Gesetzbuch

2. überarbeitete Auflage
Stand: 15.4.2003

VERLAG ÖSTERREICH
VORMALS VERLAG DER K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI

**410 Seiten, br.,
€ 58,-
3-7046-4041-7**

- Kommentar zum KA-AZG
- Novelle 1999 bereits eingearbeitet
- zahlreiche Übersichtstabellen
- Musterdienstplan
- wichtige einschlägige Rechtsgrundlagen abgedruckt

VERLAG ÖSTERREICH

VORMALS VERLAG DER K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at

Bienert-Nießl

Materiellrechtliche

Auskunftspflichten im Zivilprozess

Juristische Schriftenreihe Band 196

Renate Bienert-Nießl

Materiellrechtliche
Auskunftspflichten im Zivilprozeß

Zugleich eine Untersuchung der prozessualen
Mitwirkungspflichten der Parteien

§

Verlag Österreich

**394 Seiten, br., € 64,-
3-7046-3934-6**

Die Arbeit beschäftigt sich mit materiell- und prozessrechtlichen Informationspflichten. Es geht um die Frage, ob und inwieweit der nicht beweisbelasteten Partei vor einem Prozess und im streitigen Verfahren selbst Pflichten auferlegt sind, ihren Gegner bei seiner Prozessführung zu unterstützen, selbst wenn sie ihm dadurch möglicherweise zum Prozesssieg verhilft.

Verlag Österreich

vormalig Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien, Kandlgasse 21
 Tel.: 01-610 77-315, Fax: 01-610 77-589
 order@verlagoesterreich.at, www.verlagoesterreich.at

²⁷ Vgl. Meissel/Olechowski/Gnant, Untersuchungen 259 ff (zur Problematik von Gutachten), 174 ff (zur Übergehung von Antragsberechtigten), 66 f (zu schikanösen Steuer- und Sozialversicherungsprüfungen im Vorfeld von „Arisierungen“).



Das „Projekt Staatsbürgerschaft“ nimmt unter den übrigen Projekten der Historikerkommission eine gewisse Sonderstellung ein¹, handelt es sich doch bei der Staatsbürgerschaft zunächst nicht um einen materiellen Wert im engeren Sinn, sondern um ein abstraktes Prinzip, einen Status, an den bestimmte Rechte und Pflichten anknüpfen. Im Verlauf der Arbeit der Kommission wurde allerdings deutlich, dass das gesamte Feld ihrer Untersuchung: Vermögensentzug, Rückstellung und Restitution in unterschiedlicher Weise mit dem Problem der Staatsbürgerschaft interferiert. Ging schon der Vermögensentzug während der NS-Zeit so gut wie immer mit der Ausbürgerung der betroffenen Person einher – oder war deren unmittelbare Folge –, so waren und sind auch bestimmte Formen der Entschädigung nach 1945 an eine aufrechte österreichische Staatsbürgerschaft gebunden, etwa Leistungen aus der Opferfürsorge, wie die so genannte „Amtsbescheinigung“ oder der „Opferausweis“, aber auch das Pflegegeld. Der Staatsbürgerschaft kommt also keineswegs bloß ein symbolischer oder emotionaler Wert zu, sondern sie ist ebenso von sozio-ökonomischer Relevanz. Grundsätzlich ließen sich im Einzelfall durchaus die sich durch den Verlust der Staatsbürgerschaft indirekt ergebenden materiellen Einbußen errechnen.

Eine Restitution der Staatsbürgerschaft, wie sie seit Beginn der 1990er Jahre von verschiedenen Seiten eindringlich gefordert wurde², ist nun weder im Rahmen einer „symbolischen Politik“ möglich – wie etwa ein nachträglich überreichtes Schulzeugnis –, noch kann Staatsbürgerschaft „rückgestellt“ werden wie ein „arisiertes“ Haus oder eine Versicherungspolizze. Jede Restitution der Staatsbürgerschaft zieht nämlich nicht immer vorhersehbare Rechtsfolgen nach sich, uU sogar den Verlust der bisherigen Staatsbürgerschaft und der damit verbundenen sozialen und materiellen Rechte. Auch die durch die Novellierungen des Staatsbürgerschaftsgesetzes in den Jahren 1993 und 1998 eingetretenen Veränderungen lösen – wie unsere Untersuchungen über die Vollzugspraxis der Gesetze gezeigt haben – noch keineswegs alle jene Probleme, die durch die Staatsbürgerschaftsgesetzgebung seit 1945 insbesondere für die vertriebenen österreichischen Juden und Jüdinnen entstanden sind, wenn sie auch zweifellos einen Fortschritt in der Restitutionsgesetzgebung darstellen.

Worin bestanden diese Probleme nun? Verallgemeinernd kann man sagen, dass nur jene wenige Tausend zählenden RemigrantInnen, die in den ersten Nachkriegsjahren aus ihren Exilländern nach Österreich zurückkamen, hinsichtlich der Rücklangung ihrer Staatsbürgerschaft keine Probleme hatten. Die provisorische Staatsregierung Renner hatte mit Kundmachungen vom 13. und vom 29. Mai 1945 alle durch das nationalsozialistische Reich getätigten Ausbürgerungen

ausdrücklich aufgehoben. Darüber hinaus wurde mit dem Staatsbürgerschaftsüberleitungs-Gesetz (StÜG) und dem Staatsbürgerschaftsgesetz (StbG) vom Juli 1945 sowie mit den zahlreichen bis 1949 erfolgten Novellierungen beider Gesetze ein Rechtszustand wiederhergestellt, wie er bis zum 13. März 1938, dem Tag des „Anschlusses“, bestanden hatte. Dh Staatsbürger und Staatsbürgerinnen der Zweiten Republik wurden zunächst alle jene, die am 13. März 1938 die österreichische Bundesbürgerschaft nach dem StbG von 1925 besessen hatten, es sei denn sie hatten nach dem 13. März 1938 eine neue Staatsbürgerschaft erworben.

Das betraf grundsätzlich auch die vertriebenen österreichischen Juden, gleichgültig ob sie zurückkehrten oder nicht. Allerdings mit der eben erwähnten entscheidenden Einschränkung nur dann, wenn sie nach ihrer Flucht aus Österreich keine andere Staatsbürgerschaft erworben hatten. War dies vor 1945 der Fall – und nach unseren Berechnungen betraf dies immerhin 30 Prozent aller Vertriebenen³ –, so hatten sie nach § 2 StÜG die Möglichkeit, durch

Probleme der Restitution der Staatsbürgerschaft

Hannelore Burger/Harald Wendelin



die Erklärung „der Republik als getreue Staatsbürger“ angehören zu wollen, ihre Staatsbürgerschaft wiederzuerlangen. Für die Gruppe, die nach 1945 eine fremde Staatsbürgerschaft erworben hatte, bestand die Möglichkeit, nach § 10 Abs 3 StbG die österreichische Staatsbürgerschaft wiederzuerlangen – allerdings erst nach 1949 und ausdrücklich nur innerhalb einer Frist von einem Jahr. Mit dem Gesetz von 1949 betrachtete die österreichische Politik die Restitution der Staatsbürgerschaft als abgeschlossen, während der nächsten 16 Jahre sollte es für ehemals österreichische Staatsbürger keinerlei Möglichkeiten eines erleichterten Erwerbes der Staatsbürgerschaft mehr geben. In der Praxis allerdings wurden die zwischen 1945 und 1949 geschaffenen Sondererwerbstatbestände für die Mehrheit der jüdischen Vertriebenen gar nicht wirksam, da österreichische Auslandsvertretungen, bei denen Emigranten sich hätten informieren und ihren Pass hätten abholen können, zu diesem Zeitpunkt in vielen Ländern noch gar nicht errichtet waren, eine Rückkehr vielfach schon aufgrund der bestehenden

1 Historikerkommission (Hrsg): Burger/Wendelin, Staatsbürgerschaft und Vertreibung. Vertreibung, Rückkehr und Staatsbürgerschaft. Die Praxis der Vollziehung des Staatsbürgerschaftsrechts an die österreichischen Juden (2002).

2 Ua von Hermann Pichler in der Emigrantenzeitschrift „Aufbau“, Aufbau 1992, H 9, 1 sowie insbesondere Sternfeld, Betrifft: Österreich. Von Österreich betroffen² (2001) 252 ff.

3 Burger/Wendelin, Staatsbürgerschaft 160 f, Diagramm 15, 16.

verkehrstechnischen oder politisch bedingten Reisebeschränkungen nur eingeschränkt möglich war, die gesetzlich eingeräumten Fristen hinsichtlich der Wiedererwerbsmöglichkeiten der Staatsbürgerschaft sich als viel zu kurz erwiesen, und nicht zuletzt auch deshalb, weil viele Emigranten über ihren staatsbürgerlichen Status im Unklaren, wenn nicht im Irrtum waren, da viele von ihnen davon ausgingen, dass die Ausbürgerung durch das Dritte Reich weiterhin wirksam sei.

Selbst ein in dieser Frage so engagierter und kenntnisreicher Autor wie Albert Sternfeld ging – wie die allermeisten der Betroffenen – davon aus, seine Staatsbürgerschaft bereits zum Zeitpunkt seiner Flucht (im Dezember 1938) verloren zu haben und damit staatenlos geworden zu sein, was nicht der Fall war: Sternfeld ist wie alle österreichischen Juden zunächst zwangsweise *deutscher Staatsangehöriger* geworden, er besaß damit jenen minderen staatsbürgerlichen Status, den das Reichsbürgergesetz (in Österreich als Teil der „Nürnberger Gesetze“ am 20. Mai 1938 kundgemacht) allen Juden zunächst zuerkannte. Diese „deutsche Staats(Reichs-)angehörigkeit“ verlor er erst mit dem Inkrafttreten der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz, also am 26. November 1941. Sternfeld wäre nach § 1 des StÜG 1945 wieder österreichischer Staatsbürger geworden, hätte er nicht inzwischen im Jahr 1943 die palästinensische Mandats- und nach 1949 die israelische Staatsbürgerschaft erworben. Damit aber wurde er gleichsam ein zweites Mal ausgebürgert, denn die Annahme einer fremden Staatsbürgerschaft zog nach den jetzt wieder gültigen Bestimmungen des Gesetzes von 1925 den Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft nach sich. Da Albert Sternfeld erst zu einem Zeitpunkt zurückkehrte, als keinerlei Sondererwerbsmöglichkeiten für Emigranten mehr existierten – und zwar schon 16 Jahre lang – wurde er, was er in seinem Buch „Betrifft Österreich“ eindringlich und mit großer Bitterkeit geschildert hat, wie jeder beliebige Fremde behandelt. Und das bedeutete: Antragstellung, lange Wartefristen, Aufgabe der eigenen Staatsbürgerschaft, hohe Kosten⁴.

Eines der Grundprobleme – das allerdings nicht mit der nationalsozialistischen Ausbürgerungspraxis, sondern mit dem im österreichischen Staatsbürgerschaftsrecht vorherrschenden *ius sanguinis* zusammenhängt, das keine Doppelstaatsbürgerschaften duldet – besteht also darin, dass der endgültige Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft nicht nach nationalsozialistischem, sondern nach genuin österreichischem Recht erfolgte. Während man nämlich auf Seiten der österreichischen Regierung mit der gewählten Form der Staatsbürgerschaftsgesetzgebung – Nichtigerklärung aller während der NS-Zeit getätigten Ausbürgerungen plus der Rechtsfiktion eines fiktiven Weiterbestehens der früheren österreichischen Rechtsnormen – in gewisser Weise versuchte, das Rad der Geschichte zurückzudrehen, waren die vertriebenen österreichischen Juden mit den gar nicht fiktiven Folgen ihrer Ausbürgerung zu jedem Zeitpunkt konfrontiert.

Der Entzug der Staatsbürgerschaft, die Ausbürgerung, erweist sich als *Signatur der Vertreibung* schlechthin. Nahezu alle österreichischen Juden (im Sinne der Nürnberger Gesetze) – die Vertriebenen *und* die Ermordeten – waren von ihr betroffen. Manche, wie etwa der Sozialdemokrat und Schutzbundführer Julius Deutsch, waren bereits durch den autoritären Ständestaat im Jahr 1934 ausgebürgert worden, andere nach 1939 strafexpatriiert worden, darunter die Österreicher Otto Leichter, Ernst Lothar, Bruno Bettelheim⁵. Die große Mehrheit der österreichischen Juden aber verlor ihre „deutsche Staatsangehörigkeit“ erst mit der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941⁶.

Diese 11. Verordnung steht am Wendepunkt der nationalsozialistischen Politik der Vertreibung der Juden zur Politik der Vernichtung. Sie steht im Horizont der „Endlösung“ – und sie bereitet diese vor⁷. Sie ermöglichte den vollständigen Vermögensentzug und vollendete somit den gigantischen Raubzug gegen das jüdische Vermögen im Deutschen Reich und Österreich. Und sie war ein Instrument im langen und mit juristischer Finesse betriebenen Prozess der Entrechtung und Depersonalisierung der Juden. Dieser beginnt mit der Erklärung der Juden zu Staatsbürgern zweiter Klasse im Rahmen der Nürnberger Gesetze vom September 1935 (in Österreich vom 20. Mai 1938); es folgten die Kenntlichmachung der Pässe mit einem „J“ am 11. Oktober 1938, das Diktat der jüdischen Zusatznamen Sara und Israel am 1. Jänner 1939, schließlich, mit Erlass vom 15. September 1941, der Zwang den „gelben Stern“ als weiteres Zeichen der Sichtbarmachung und Absonderung tragen zu müssen. Er endet in der 11. Verordnung mit dem Entzug der, wenn auch längst jeden materiellen Inhalts entkleideten Staatsangehörigkeit, im Augenblick der „Grenzüberschreitung“, dh auch der Deportation in die Ghettos und Konzentrationslager. Erst jetzt, als sie ihres *Personseins* beraubt waren, als sie keine deutschen Staatsangehörigen mehr waren, ging man dazu über, sie systematisch zu ermorden. Mit der Staatsbürgerschaft verliert, nach Hannah Arendt, der Mensch viel mehr als einen bloßen Status, er verliert damit den Standort in der Welt, „durch den allein er überhaupt Rechte haben kann“⁸. Als jetzt Staatenlose waren Juden gleichsam *vogelfrei*. Ihre Unbezogenheit, ihre „Weltlosigkeit“ wirke, so Hannah Arendt, „wie eine Aufforderung zum Mord . . .“⁹.

Die vertriebenen und ausgebürgerten österreichischen Juden und Jüdinnen sahen sich also – wollten sie nicht staatenlos und damit rechtlos bleiben – gezwungen, die Staatsbürgerschaft ihres Aufnahmestaates anzunehmen, was etwa in den USA nach fünf Jahren, also noch während des Krieges, möglich war. Damit aber hatten sie auch nach dem fiktiv geltenden österreichischen Bundesbürgerschaftsgesetz (von 1925) einen Verlusttatbestand gesetzt, der ihnen, kehrten sie erst nach 1950 zurück, zum Verhängnis wurde.

Aus dieser Tatsache erwuchs eines der fundamentalsten Missverständnisse zwischen den Vertriebenen und dem österreichischen Staat. Die Betroffenen – wie etwa der Maler Oskar Kokoschka, dessen Wiedereinbürgerung zum Anlassfall

4 Sternfeld, Österreich.

5 Die Strafexpatriationen erfolgten aufgrund § 2 des G über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit vom 14. Juli 1938 (in Österreich kundgemacht am 11. Juli 1939 im DRAnz).

6 dRGBI 1941 I 722.

7 Vgl. Burger, Die Ausbürgerung der reichsdeutschen Juden und der Befehl zur „Endlösung“. Anmerkungen zu einem Historikerstreit. Vortrag beim 15. Canetti-Symposium „Macht und Gewalt“, 7.–10. November 2002 in Wien (in Druck).

8 Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1986) 461.

9 Arendt, Herrschaft 470.

für die Novellierung des Staatsbürgerschaftsgesetzes im Jahr 1973 wurde¹⁰ –, empfanden es als eine Zumutung, um etwas ansuchen zu müssen, von dem sie annahmen, dass es ihnen gewaltsam genommen worden war und selbstverständlich zustand: ihre österreichische Staatsbürgerschaft. Für sie bestand ein evidenter Zusammenhang zwischen der Ausbürgerung auf Basis der NS-Gesetze und dem Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft. Den Standpunkt des Gesetzgebers, wonach es nicht die per Gesetz für nichtig erklärte Ausbürgerung, sondern die Annahme einer fremden Staatsbürgerschaft war, die zum Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft führte, war für die Vertriebenen aus nahe liegenden Gründen nicht nachvollziehbar. Der Gesetzgeber verlangte von den Vertriebenen nicht weniger als entweder vor 1945 im Exil als Staatenloser auf eine künftige Wiedererrichtung der Republik Österreich zu hoffen oder sehr rasch nach 1945 eine eben erst angenommene Staatsbürgerschaft wieder aufzugeben, um die österreichische zurückzuerhalten. Alle bis in die frühen siebziger Jahre geschaffenen Sondererwerbsmöglichkeiten (1945/1949, 1966 und 1973) erwiesen sich daher entweder wegen allzu kurzer Antragsfristen bzw. wegen der Bedingung der Aufgabe der fremden Staatsangehörigkeit und/oder der Bedingung einer Wohnsitzbegründung als vollkommen unzulänglich. Es verwundert daher auch nicht weiters, dass nur sehr wenige ehemalige Österreicher davon Gebrauch machten¹¹.

Wie gering allerdings die Anstrengungen der österreichischen Politik waren, Vertriebene aktiv wieder zurückzugewinnen, zeigt die Analyse der Protokolle des (Kabinetts-)Ministerrat zwischen 1945 und 1980. Darin offenbart sich das völlige Fehlen eines politischen Willens, die vertriebenen österreichischen Juden zurückzuholen. Der ernüchternde Befund nach Durchsicht aller staatsbürgerschaftliche Angelegenheiten betreffenden Protokolle lautet: Alle von den verschiedenen Regierungen getroffenen gesetzlichen Maßnahmen, die auf Wiedereinbürgerung ehemaliger Österreicherinnen und Österreicher zielten, zielten intentional auf andere Gruppen als die österreichischen Juden, vor allem auf die Gruppe der aus politischen Gründen Verfolgten, auf die Gruppe der so genannten „reichsdeutschen Frauen“, die ihre österreichische Staatsbürgerschaft durch Eheschließung verloren hatten, auf – zunächst minderbelastete, nach 1949 auch belastete – ehemalige Nationalsozialisten. Profitierten die so genannten „rassisch Verfolgten“ dennoch von einzelnen Gesetzesbestimmungen, geschah dies gleichsam aus Versehen.

Konzediert man, dass aus begreiflichen Gründen von der provisorischen österreichischen Regierung zunächst die Klärung des staatsbürgerlichen Status derer angestrebt wurde, die auf dem Territorium der Republik anwesend waren, konzediert man weiters, dass unter den gegebenen Zeitumständen (Flüchtlingsströme, Kriegsheimkehrer, NS-Belastete, Displaced Persons) nicht von vornherein alle Implikationen der Staatsbürgerschaftsgesetzgebung überschaubar waren, so ist dennoch schwer nachvollziehbar, dass eine Regierung,

deren Mitglieder zum Teil selbst zu den NS-Verfolgten zählten, in den im Ministerrat zahlreich geführten Debatten um das Problem der Staatsbürgerschaft die 1945 noch lebenden rund 110.000 jüdischen Vertriebenen entweder gar nicht und wenn doch, dann zunehmend als Fremde, als Angehörige einer anderen Nation, als „Judenschaft“ erwähnte. Fazit der Lektüre der Ministerratprotokolle: Eine Rückkehr der Exilierten war nicht erwünscht.

Das häufig gehörte Argument, dass auf Grund der schwierigen Nachkriegssituation auch andere Gruppen, wie etwa eine halbe Million sich in Lagern aufhaltende *displaced persons*, nicht willkommen waren, geht insofern ins Leere, als der durch die Politik der Nichtrepatriierung der österreichischen Juden eingetretene Verlust von potenziell 110.000 österreichischen Staatsbürgern und Staatsbürgerinnen bis Mitte der 1950er Jahre durch die rasche und bevorrechtigte Einbürgerung von etwa ebenso vielen „Volksdeutschen“¹² (Menschen, die vor 1938 nicht österreichische, sondern etwa tschechische Staatsbürger gewesen waren) kompensiert wurde. Einer seltsamen Logik des Blutes folgend blieb es der Zweiten Republik vorbehalten, das von den Nationalsozialisten mit den Nürnberger Gesetzen verfolgte Ziel eines Ausschlusses der Juden aus der „Volksgemeinschaft“ nahezu zu vollenden. Dabei war die Staatsbürgerschaftsgesetzgebung – in Fortsetzung jener unheilvollen Rechtspraxis der frühen Ersten Republik („Wabersche Optionspraxis“) mit der es gelang, die so genannten „Ostjuden“ durch Nichtanerkennung ihrer Optionen für Österreich aus der Staatsbürgerschaft auszuschließen¹³ – ein willfähiges Instrument.

Ein Bewusstsein darüber – und in der Folge eine veränderte Haltung gegenüber den österreichischen Überlebenden des Holocausts – entstand erst Anfang der 1990er Jahre, als es im Zuge der so genannten „Waldheim-Krise“ zu einem von Politik und Wissenschaft herbeigeführten paradigmatischen Wechsel in der Perspektive der Betrachtung der österreichischen Nachkriegsgeschichte kam. Die zumindest partielle Aufgabe der so genannten „Opferthese“, das zunehmende Bewusstsein einer Gleichzeitigkeit von Opferstatus und Tätersein und einer zumindest „moralischen Mitverantwortung“ – so die Formel in einer Erklärung Bundeskanzler Franz Vranitzkys vom 8. Juli 1991 – Österreichs für das Schicksal seiner jüdischen Bevölkerung hatte auf der politisch-praktischen Ebene ua eine neuerliche Novellierung des Staatsbürgerschaftsgesetzes im Jahr 1993 zur Folge¹⁴. Erstmals konnten Vertriebene nun ihre verlorene österreichische Staatsbürgerschaft durch einfache Erklärung zurückerhalten, ohne Antragstellung, ohne Wohnsitzbegründung, ohne Kosten, vor allem aber ohne die erworbene Staatsbürgerschaft des Emigrationslandes aufgeben zu müssen. Von dieser Möglichkeit machten bis Ende 2001 etwa 1.800 Personen Gebrauch, rund 10% aller Anspruchsberechtigten¹⁵. Verglichen mit der geringen Zahl von Wiedereinbürgerungen in den vorangegangenen Jahrzehnten zweifellos ein Erfolg und ein Zeichen dafür, dass zumindest bei einem Teil der Vertriebenen

¹⁰ Vgl das Kapitel „Lex Kokoschka“, die Staatsbürgerschaftsnovelle 1973 (§ 58c StbG Nov 1973) in *Burger/Wendelin*, Staatsbürgerschaft.

¹¹ Nach § 58 StbG 1965 erhielten in Wien 51 Personen die österreichische Staatsbürgerschaft zurück, nach § 58c 1973 waren es 283 Personen.

¹² Bundesinnenminister Helmer spricht im Ministerrat vom 6. April 1954 von 114.000 bereits eingebürgerten Volksdeutschen, Ministervortrag Helmer, Tagesordnungspunkt 5, Österreichisches Staatsarchiv, Archiv der Republik.

¹³ Ausführlicher dazu *Burger/Wendelin*, Staatsbürgerschaft 12 ff.

¹⁴ BGBl 1993/521. Vgl *Embacher/Reiter*, Gratwanderungen. Die Beziehungen zwischen Österreich und Israel im Schatten der Vergangenheit (1998) 277 f.

¹⁵ Vgl *Burger/Wendelin*, Staatsbürgerschaft 124, 127, Diagramm 1.

über die inzwischen durch den Nationalfonds geleisteten materiellen Hilfen hinaus auch tatsächlich ein Bedürfnis nach einer Form der staatsbürgerlichen Rehabilitierung bestand. Vergleicht man die Zahl der Wiedererwerbungen der Staatsbürgerschaft nach § 58c StbGNov 1993 allerdings mit jener der Inanspruchnahme der materiellen Restitutionsleistungen des Nationalfonds (der so genannten „Geste“ sowie der Abgeltung für entgangenen Wohnbestand) – von denen nahezu alle Berechtigten durch Antragstellung Gebrauch machten –, so ist doch festzuhalten, dass für die Mehrheit der Vertriebenen diese, sich ausdrücklich als Wiedergutmachungsmaßnahme verstehende Gesetzesreform entweder viel zu spät kam oder aus grundsätzlichen Erwägungen nicht von Interesse war. Die Gründe dafür können emotionaler oder persönlicher Art sein und können kaum quantifiziert werden. Zum Teil sind sie aus den komplexen wechselseitigen staatsbürgerlichen Rechtsverhältnissen und dem völkerrechtlich nur ungenügend geklärten Status einer Staatsbürgerschaft nach § 58c erklärbar. Doch auch die Vollziehung der neuen Gesetze durch die Landesbehörden (in den allermeisten Fällen die Magistratsabteilung 61 der Wiener Landesregierung) wirft Probleme auf. Zwar zeigt sich – verglichen mit der Rechtspraxis in den ersten Jahren nach Inkrafttreten von vor allem § 58c StbGNov 1993 und § 10 Abs 4 Z 2 StbG 1998 –, dass, wohl auch bedingt durch die inzwischen ergangenen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs, inzwischen eine großzügigere Auslegung der neuen gesetzlichen Bestimmungen Platz gegriffen hat, dennoch existieren nach wie vor ungelöste Probleme und offene Fragen. Eines der dringendsten Probleme scheint die bisher gesetzlich nicht vorgesehene Er-

streckung von § 58c-Einbürgerungen auf die Kinder der unmittelbar Betroffenen zu sein. Diese Frage sowie die verdeckte Fortführung der Diskriminierung jener, die vor 1938 nicht im Besitz der österreichischen Staatsbürgerschaft waren, lassen eine neuerliche Novellierung des österreichischen Staatsbürgerschaftsgesetzes sinnvoll und wünschenswert erscheinen.

Das Grundproblem bei einer Restitution der Staatsbürgerschaft – im Gegensatz zur Restitution klassischer Vermögenswerte – liegt jedoch in ihrer prinzipiell unterschiedlichen Natur. Die Folgen, die der Verlust der Staatsbürgerschaft nach sich zieht, fanden ihren Niederschlag zum größten Teil unmittelbar in der Lebensgeschichte der Betroffenen. Mit dem Verlust untrennbar verbunden waren Vertreibung, Flucht sowie Neugründung einer Existenz an einem anderen Ort. Der Weg, den der österreichische Gesetzgeber nach 1945 einschlug, nämlich die Schaffung einer Rechtsfiktion, die so tat, als könnten die Jahre zwischen 1938 und 1945 ungeschehen gemacht werden, erweist sich daher als völlig inadäquat und geradezu zynisch. Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine angemessene Regelung in der Staatsbürgerschafts-Gesetzgebung tatsächlich hätte dazu beitragen können, Vertriebene in einem nennenswerten Ausmaß zu einer Rückkehr nach Österreich zu bewegen, denn dies hätte nicht weniger als einen zweiten Neuanfang an jenem Ort bedeutet, den man zuvor unter Lebensgefahr verlassen hatte.

Drⁱⁿ. Hannelore Burger und Dr. Harald Wendelin sind HistorikerInnen in Wien.

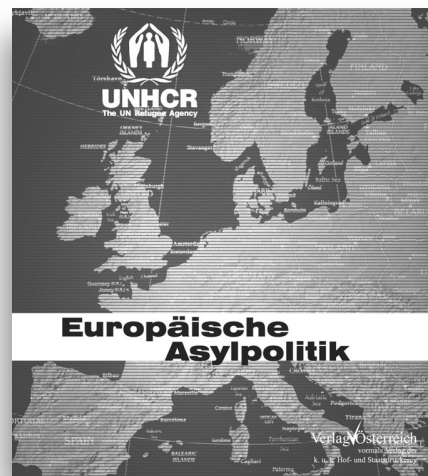
UNHCR, Europäische Asylpolitik

Loseblattsammlung der flüchtlingsrechtlich relevanten EU-Dokumente und UNHCR-Stellungnahmen

Die Loseblattsammlung gliedert sich in die Kapitel *Grundlagen, Asyl, Migration und Terrorismus* und enthält die für den Flüchtlingsschutz relevanten, derzeit in Verhandlung stehenden Kommissionsvorschläge, bereits vom Rat der Europäischen Union verabschiedeten Rechtsakte sowie die für diesen Bereich wichtigen politischen Diskussionspapiere. Diese Dokumente werden durch Stellungnahmen von UNHCR ergänzt.

Mit der vorliegenden Publikation soll durch die Systematisierung der für den Flüchtlingsschutz einschlägigen EU-Dokumente allen Interessierten Zugang zu dieser Thematik eröffnet werden. Die Sammlung wurde auf die jeweils neueste öffentliche Fassung eines jeden Dokuments – ohne Wiedergabe der historischen Entwicklung – beschränkt, um ein handliches Werk für den Praktiker zu schaffen.

800 Seiten, Loseblattsammlung, € 94,-, 3-7046-3962-1



Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien,
Kandlgasse 21, Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
e-mail: order@verlagoesterreich.at Internet: www.verlagoesterreich.at



Rechtsanwälten begegnet man bei der Rückstellung entzogener Vermögen auf Schritt und Tritt. Schließlich waren sie als Rechtsvertreter in die meisten Rückstellungsverfahren eingebunden. Als Kollektiv ist die Anwaltschaft in Zusammenhang mit der Vermögensentziehung und Restitution bislang noch nicht näher betrachtet worden. Auch die Historikerkommission hat sich infolge ihrer Beschränkung auf wirtschaftliche Aspekte lediglich mit der Berufsschädigung jüdischer Anwälte durch die nationalsozialistischen Berufsverbote beschäftigt¹. Die Rolle der Anwälte, wie der Juristen insgesamt, wurde von der Historikerkommission hingegen nicht eigens thematisiert².

Für die Rechtsanwälte soll hier eine erste Einschätzung ihrer Rolle bei der Rückstellung entzogener Vermögen unterommen werden. In einer *tour d'horizon* wird zuerst der Frage nachgegangen, wie die Anwaltschaft auf institutioneller Ebene zur Rückstellung stand. Danach wird als spezifische, besonders ins Auge springende Frage die Honorarpraxis der Anwälte in Rückstellungsverfahren beleuchtet.

1. Die Rechtsanwaltschaft als Vorkämpferin der Restitution

Auf der institutionellen Ebene setzte sich die Standesvertretung der Rechtsanwälte nachhaltig für eine schnelle und umfassende Rückstellung des entzogenen Vermögens ein. Treibende Kraft waren dabei Rechtsanwalt *Rudolf Braun*³ und *Emmerich Hunna*, die herausragende Anwaltspersönlichkeit der Nachkriegszeit; Hunna war Präsident der Wiener Rechtsanwaltskammer.

Die Wiener Rechtsanwaltskammer drängte schon zur Jahreswende 1946 auf eine rasche gesetzliche Regelung des nationalsozialistischen Vermögensraubes⁴. „Die Wiedergutmachung dieses Unrechtes ist eine ebenso wichtige wie dringende Aufgabe der Gesetzgebung. Sie wird im Inlande wie im Auslande mit Ungeduld erwartet. Bei dem Wiederaufbau des österreichischen Rechtsstaates darf diese Aktion nicht an die letzte Stelle gerückt werden.“ Die Kammer sah auch frühzeitig die Gefahr, die in der „Opferthese“ für Wiedergutmachung und Restitution lag: „Der Umstand, dass die österreichische Republik die Rechtsnachfolge nach dem Deutschen Reich und insbesondere die Verantwortung für das von dem Nationalsozialismus auch auf diesem Gebiet in Österreich begangene Unrecht grundsätzlich ablehnt, reicht nicht aus, um das Problem mit Stillschweigen zu übergehen.“

Von der Historikerkommission herausgegebene Literatur ist unter www.historikerkommission.gv.at abrufbar.

¹ Siehe *Historikerkommission* (Hrsg): *Mejstrik et al*, Berufsschädigungen in der nationalsozialistischen Neuordnung der Arbeit (2003) 182 ff. Von den 2500 Anwälten in Wien verblieben nach der nationalsozialistischen Machtübernahme gerade mal ein Fünftel.

² *Jablonec*, Juristische Aspekte der Historikerkommission, in diesem Heft.

³ In einem Nachruf auf Braun hob Hunna dessen besondere Verdienste für die Vermögensrestitution hervor: „Gerade auf diesem heiklen Gebiet führte er den Kampf ums Recht literarisch und praktisch mit wirklichem Erfolg und allseits anerkannter Hilfsbereitschaft“; *Hunna*, Dr. Rudolf Braun †, JBl 1963, 147.

⁴ Aus der Rechtsanwaltskammer in Wien, JBl 1946, 59. Konkret wurden sofortige Maßnahmen auf dem Gebiet des Steuer- und Abgabewesens gefordert.

⁵ Siehe den Entwurf bei *Hunna*, Der Entwurf der Wiener Rechtsanwaltskammer zu einem Wiedergutmachungsgesetz, JBl 1946, 125; siehe auch die Diskussion des Entwurfes in der Wiener Juristischen Gesellschaft, die hauptsächlich von Anwälten geführt wurde, JBl 1946, 210, 235, 253, 276 und ÖJZ 1946, 151, 195, 217, 240. Zum politischen Schicksal des Entwurfes siehe *Historikerkommission* (Hrsg): *Bailer-Galanda*, Die Entstehung der Rückstellungs- und Entschädigungsgesetzgebung. Die Republik Österreich und das in der NS-Zeit entzogene Vermögen (2002) 58 ff.

⁶ Bericht des Ausschusses über die Tätigkeit in den Jahren 1945 und 1946, AnwMitt 1947, H 4–5, 1(3).

⁷ Aus der Rechtsanwaltskammer in Wien, JBl 1946, 377 (380).

⁸ Allerdings wollte die Rechtsanwaltschaft später, als ein Gesetz zur Rückstellung entzogener Mietrechte diskutiert wurde, den Kreis der Berechtigten auf jene Personen beschränken, die schon einen Wohnsitz im Inland hatten; siehe *Bailer-Galanda*, Entstehung 125. Damit wäre den Emigranten eine Rückkehr de facto verunmöglicht worden. Ein Gesetz über die Restitution entzogener Mietrechte wurde aber nie erlassen.

⁹ Aus der Rechtsanwaltskammer in Wien, Bericht über die Sitzung der Ständigen Vertreterversammlung der Rechtsanwaltskammern Österreichs, abgehalten in Graz am 26. und 27. September 1947, JBl 1947, 469 (472).

¹⁰ *Historikerkommission* (Hrsg): *Graf*, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung. Eine juristische Analyse (2002) 2.

Gesetzliche Initiative . . .

Im März 1946 legte die Wiener Rechtsanwaltskammer den Entwurf für ein „Wiedergutmachungsgesetz“ vor, der allerdings nicht Gesetz wurde⁵. Zu Recht konnte sie später darauf verweisen, dass es sich um „den ersten Entwurf zur gesetzgeberischen Behandlung dieses Problems“ gehandelt hatte⁶. Dieser Entwurf unterschied sich von der schließlich verwirklichten österreichischen Rückstellungsgesetzgebung vor allem dadurch, dass er nicht eine stufenweise Regelung, sondern ein einziges Gesetz für alle Entziehungen vorsah. Schon damals warnte Rudolf Braun, dass die Zerstückelung der Rückstellungsgesetzgebung die „gerechte Durchführung“ der Rückstellungen gefährden werde⁷; das hat sich in der Folge nur bewahrheitet. Auch in materieller Hinsicht hätte der Entwurf Vorteile für die Rückstellungserwerber gebracht; beispielsweise wären entzogene Mietrechte⁸ oder Gewerbeberechtigungen restituiert worden. Rückblickend betrachtet hätte der Entwurf der Rechtsanwaltskammer viel von der Kritik aufgefangen, dass die Rückstellungsgesetzgebung zöger-

Zwischen Gerechtigkeit und Eigennutz

Die Rechtsanwälte und die Rückstellung entzogener Vermögen

Ronald Faber



lich angegangen wurde, unvollständig blieb und für die geschädigten Eigentümer undurchschaubar war.

Die Vermögensrestitution blieb in der Anwaltschaft neben standesrechtlichen Fragen das beherrschende Thema der ersten Nachkriegsjahre. Ende 1947 drängten die Rechtsanwaltskammern auf die Aufnahme der Tätigkeit der Rückstellungskommissionen in den Bundesländern, wo die Rückstellung nur schleppend anlief. Ebenso forderten sie eine rasche Schließung der Lücken der Rückstellungsgesetze.⁹ Es waren auch die Anwälte und Praktiker, die die rechtswissenschaftliche Diskussion über das Rückstellungsrecht führten, während die Universitätslehrer eher durch Schweigen auffielen¹⁰.

... politisches Ringen ...

Im politischen Ringen um die Vermögensrückgabe stellte sich die Anwaltschaft konsequent hinter die Rückstellungswerber. So etwa in der Frage der Verlängerung der Antragsfristen: Die Frist für Rückstellungsanträge betrug ursprünglich nur ein Jahr, konnte aber durch Verordnung verlängert werden. Diese Verlängerungen waren politisch umkämpft, wobei die Anwaltschaft konsequent für die Fortsetzung der Rückstellung eintrat¹¹. Das mag nicht ganz uneigennützig gewesen sein, machten Rückstellungssachen doch ein breites Tätigkeitsfeld der Anwälte aus. So verteidigten die Anwälte etwa ihre Vertretungsbefugnis in Rückstellungssachen mit Nachdruck gegen Realitätenvermittler und Gebäudeverwalter¹².

Als im Parlament eine Novellierung der Rückstellungsgesetze zulasten der Rückstellungsberechtigten diskutiert wurde, machten emigrierte Anwälte dagegen Front¹³. Und Rudolf Braun wettete: „Es darf nie und nimmer vergessen werden,

dass das Gesetz im Interesse der im nationalsozialistischen Regime schwer geschädigten, politisch Verfolgten erlassen worden und ein Sondergesetz zu deren Gunsten ist.“¹⁴

Aktiv wurde die Anwaltschaft auch beim so genannten Deutschen Eigentum, wo die Republik Österreich hinhaltenden Widerstand gegen die Rückstellung leistete; das Deutsche Eigentum, das von den Alliierten beansprucht wurde, sollte nämlich mit dem Staatsvertrag an die Republik fallen. So setzte sich die Kammer für eine zügige Rückstellung ohne Rücksicht auf die Besatzungsmächte ein¹⁵. Hunna protestierte gegen Verzögerungspraktiken der Finanzprokurator¹⁶ und forderte bei den Staatsvertragsverhandlungen die Bundesregierung auf, die Anwendbarkeit der österreichischen Rückstellungsgesetze auf das ehemalige Deutsche Eigentum zu garantieren¹⁷.



... und eigene Probleme: die Entnazifizierung

Freilich gab es auch Anwälte, die für eine Entschärfung der Rückstellungsgesetze eintraten. So befürchtete ein Linzer Rechtsanwalt durch die Rückstellungsgesetze eine „Verjudung Wiens und Österreichs“¹⁸. Eine solche Aussage lenkt den Blick auf die personelle Erneuerung der Rechtsanwaltschaft. Die NS-Zeit hatte eine „starke Nazifizierung dieses Berufsstandes“¹⁹ hinterlassen. Die Entnazifizierung erfolgte relativ rasch in den ersten beiden Nachkriegsjahren, teils durch die Anwaltschaft selbst. Es sei jedenfalls streng darauf zu achten, dass alle wieder zugelassenen Anwälte „unbedingte Gegner des Nationalsozialismus sind“, gab Hunna 1946 vor²⁰. Ob die Entnazifizierung tatsächlich effektiv war, müsste erst empirisch nachgeprüft werden²¹.

Sie konnte jedenfalls nicht verhindern, dass Rechtsanwälte, die während der NS-Zeit an „Arisierungen“ beteiligt waren, nach 1945 Rückstellungsverfahren führten²². Dabei ist freilich Vorsicht geboten: Es soll keinesfalls infrage gestellt werden, dass Anwälte auch „Arisereur“ und Rückstellungsgegner vertraten. Das Recht eines jeden Einzelnen auf anwaltlichen Beistand ohne Ansehung der Person ist ein Maßstab für jeden Rechtsstaat. Gerade nach dem Nationalsozialismus wurde dieses Recht mit zu einem „Erfordernis der Wiederherstellung der Rechtsordnung und Rechtssicherheit“, wie Hunna in Hinblick auf die Verteidigung ehemaliger Nationalsozialisten betonte²³. Bedenklich bleiben aber jene Fälle, in denen Anwälte zuerst „(mit)arisierten“ und später Rückstellungsverfahren führten. Standesrechtlich war es einem Anwalt jedenfalls verboten, in derselben Sache zuerst die „Arisierung“ beim geschädigten Eigentümer abzuwickeln und bei der Rückstellung dann den Antragsgegner zu vertreten²⁴.

Schillerndstes Beispiel einer solchen personellen Kontinuität ist *Walther Kastner*, der Doyen des österreichischen Gesellschaftsrechtes. Kastner zeichnete als Vorstand der Österreichischen Kontrollbank für die „Arisierung“ der österreichischen Großunternehmen persönlich verantwortlich. 1948 zugelassen, war er ein gefragter Anwalt in Rückstellungssachen – auch auf Seiten geschädigter Eigentümer. Seine besonderen Fachkenntnisse hatte sich Kastner schließlich „vor Ort“, bei der „Arisierung“ erworben. In einem Fall berichtet Kastner in seiner Autobiographie, dass er „von der Gründung der Bunzl & Biach AG über deren Arisierung und Rückstellung bis zu ihrer Veräußerung, also länger als 40 Jahre“ involviert gewesen wäre, „allerdings stets in einer anderen Funktion“²⁵.

11 Siehe *Bailer-Galanda*, Entstehung 147 ff, 202.

12 Aus der Rechtsanwaltskammer in Wien, Zur Vertretungsbefugnis der Realitätenvermittler und Gebäudeverwalter, JBl 1946, 536.

13 Siehe das Memorandum der American Association of former Austrian Jurists bei *Bailer-Galanda*, Entstehung 150.

14 *Braun*, Zur Frage der Reformbedürftigkeit des Dritten Rückstellungsgesetzes, JBl 1950, 1.

15 *AnwMitt* 1948, H 4, 4; Aus den Rechtsanwaltskammern, Die Ständige Vertreterversammlung der Rechtsanwaltskammern Österreichs, JBl 1948, 511 (516). Konkret ging es um die Frage, ob es bei Deutschem Eigentum für die Durchführung eines Rückstellungsverfahrens der alliierten Zustimmung bedurfte.

16 Siehe *Historikerkommission* (Hrsg): *Böhmer/Faber*, Die österreichische Finanzverwaltung und die Rückstellung entzogener Vermögen 1945 bis 1960. Die Finanzprokurator (2002) 48 f.

17 NBIRA 1955, 69.

18 Siehe *Bailer-Galanda*, Entstehung 139, 150.

19 *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich (1981) 207.

20 Rundschreiben des Ausschusses betreffend das Verhalten von Rechtsanwälten bei Vertretung von Nationalsozialisten, *AnwMitt* 1946, H 1, 12.

21 Die bestehenden quantitativen Angaben können dafür nur ein Anfang sein: Auf Grund der Rechtsanwaltsordnung 1945, StGBI Nr 103, wurden über 40% der Rechtsanwälte nicht mehr in ihrem Beruf zugelassen. Nach dem NS-Gesetz 1947 wurden nur mehr rund 10% mit Berufsverbot belegt; *Stiefel*, Entnazifizierung 207 f.

22 Siehe *Historikerkommission* (Hrsg):

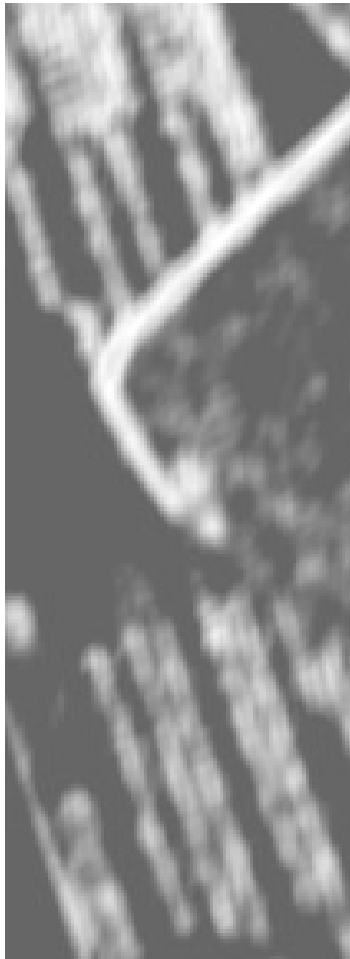
Hödl/Melinz, „Jüdisches“ Liegenschaftseigentum in Wien zwischen Arisierungsstrategien und Rückstellungsverfahren (2002) 161 f Tabelle 42; *Tempel/Walzer*, Unser Wien. „Arisierung“ auf österreichisch (2001) 204 f.

23 *AnwMitt* 1946, H 1, 12.

24 Zur Frage der Doppelvertretung in Rückstellungssachen, *AnwMitt* 1949, H 5, 8; ebenso NBIRA 1950, 15.

25 *Kastner*, Mein Leben – kein Traum. Aus dem Leben eines österreichischen Juristen (OJ [1980]) 115. Auf die Person Walther Kastners soll hier nicht näher eingegangen werden.

Das Verhalten einzelner Anwälte soll hier nicht den Blick auf das Kollektiv verstellen. Soweit die Quellen zeigen war die Anwaltschaft *als Berufsstand* ein wichtiger Verbündeter der geschädigten Eigentümer. Ihr frühes Drängen auf eine umfassende gesetzliche Regelung machte sie zu einer Vorreiterin der Restitution.



2. Die *quota litis*-Praxis der Anwaltschaft in Rückstellungsverfahren

Das positive Bild, das die Anwälte als Körperschaft bei der Rückstellung hinterlassen, scheint durch ihre Honorarpraxis erschüttert. In Rückstellungssachen waren *quota litis*-Vereinbarungen weit verbreitet und wurden von der Kammer ausdrücklich gebilligt.

In Rückstellungsverfahren bestand kein Anwaltszwang. Quantitative Untersuchungen haben jedoch ergeben, dass in (weit) mehr als der Hälfte der Verfahren Rückstellungswerber bzw. -gegner anwaltlich vertreten waren. Insbesondere der Abschluss von Rückstellungsvergleichen erfolgte unter Beiziehung eines Anwaltes.²⁶

Grundsätzlich sind Anwälte bei der Vereinbarung eines Honorars mit ihren Klienten frei. Grenzen sind ihnen aber sowohl in standesrechtlicher als auch in zivilrechtlicher Hinsicht gesetzt. Eine *quota litis* ist eine spezielle Form eines Erfolgshonorars, die

zivilrechtlich ausdrücklich verboten ist. § 879 Abs 2 Z 2 ABGB erklärt Verträge als nichtig, „wenn ein Rechtsfreund . . . sich einen bestimmten Teil des Betrages versprechen lässt, der der Partei zuerkannt wird“. Das Verbot der *quota litis* erfasst nicht alle wert- oder erfolgsabhängigen Entgeltvereinbarungen. Zulässig sind Erfolgshonorare, wenn sich die Höhe des Honorars nicht anteilmäßig errechnet, sondern ziffernmäßig bestimmt. Zulässig sind auch Pauschalhonorare. Verboten sind nur die so genannten Streitanteilsvereinbarungen, bei denen sich das Honorar *prozentuell nach dem Ersiegten* bemisst.²⁷ Genau solche Honorarvereinbarungen waren in Rückstellungssachen aber offenbar gang und gäbe.

Quota litis-Empfehlung . . .

Am 29. und 30. November 1946 beschloss die Ständige Vertreterversammlung der Rechtsanwaltskammern Österreichs, „dass Honorarvereinbarungen in Wiedergutmachungssachen, wonach die Bezahlung der Honorarforderung nur aus dem rückzustellenden Vermögen erfolgen soll, nicht standeswidrig sind und dass in Wiedergutmachungssachen in der Regel ein Honorar in der Höhe von 5–10% des Wertes des rückgestellten Vermögens angemessen erscheinen wird.“²⁸

Dieser Beschluss wurde vom Ausschuss der Wiener Rechtsanwaltskammer in der Folge zwei Mal bestätigt, und detailliertere Vorgaben für die Berechnung des Honorars erstellt. Diese sollten sowohl für das Dritte als auch für das Erste Rückstellungsgesetz gelten. Der anzuwendende Prozentsatz habe sich nach den Schwierigkeiten des Falles zu richten, wobei er bei Verfahren nach dem Ersten Rückstellungsgesetz in der Regel „unter 5% gelegen sein wird“.²⁹

. . . ihre Beurteilung durch den OGH und das Standesrecht . . .

Von 1951 an erklärte der OGH in regelmäßiger Abfolge Honorarvereinbarungen für nichtig, nach denen Rechtsanwälte für die Vertretung in Rückstellungssachen 10, 15 oder 20% des ersiegten Kapitals bekommen sollten³⁰. An der zivilrechtlichen Nichtigkeit änderten nach Auffassung des OGH auch die Richtlinien der Rechtsanwaltskammern nichts, weil sie der Bestimmung des § 879 ABGB „nicht derogieren können . . . und eine Streitanteilsvereinbarung auch dann unerlaubt ist, wenn der ihr entsprechende Honorarbetrag angemessen wäre.“³¹ Die *quota litis*-Honorare waren absolut nichtig, die Anwälte konnten aber die tarifmäßig bestimmten Kosten verrechnen.

Die Rechtsanwaltschaft war sich bei der Beschlussfassung der Honorarrichtlinien der Gefahr durchaus bewusst gewesen, dass es sich um eine unerlaubte *quota litis* handeln könnte³². Rechtlich versuchte man das Problem dadurch in den Griff zu bekommen, dass die Richtlinie der Rechtsanwaltskammern als *rein standesrechtliche Bestimmung* gedeutet wurde³³. Diese Argumentation tritt offen in einem Disziplinarerkenntnis der Rechtsanwaltskammer Wien aus dem Jahr 1953 zu Tage. Ein Rechtsanwalt hatte neben einem geringfügigen Mindesthonorar eine prozentuelle Erfolgsbeteiligung vereinbart, ein häufiger Vorgang in Rückstellungssachen. § 879 Abs 2 Z 2 ABGB bestimme aber „klipp und klar“, dass Streitanteilsvereinbarungen nichtig sind, und „nichtige Verträge darf der Anwalt nicht schließen“. Der Beschluss der Rechtsanwaltskammer habe daher „nur zur Folge, dass ein Anwalt, der in Rückstellungssachen eine solche Honorarvereinbarung schließt, disziplinar nicht verantwortlich wird.“³⁴

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Es kann standesrechtlich nicht zulässig sein, den Abschluss von

²⁶ Siehe Hödl/Melinz, Liegenschaftseigentum 159 ff, Tabelle 40; Historikerkommission (Hrsg): Pammer, Die Rückstellungskommission beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (2002) 37 ff. Wenig wahrscheinlich erscheint Pammers Ergebnis, dass die anwaltliche Vertretung auf den Ausgang des Verfahrens keine erkennbaren Auswirkungen gehabt haben soll; ebd 95 ff.
²⁷ OGH in NBIRA 1953, 19; Krejci in Rummel, ABGB I³ (2000) § 879 Rz 209. Dass die Anwaltschaft das Verbot der *quota litis* seit jeher auch in

Hinblick auf diese schwer nachvollziehbaren Unterscheidungen bekämpft, soll hier nur angemerkt werden.
²⁸ JBl 1947, 24; siehe auch Jahoda, Geschichte der österreichischen Advokatur 1918–1973 (1978) 66.
²⁹ NBIRA 1951, 26; NBIRA 1952, 1 = Lansky/Rathkolb/Steiner, Restitutionsgesetze. Kommentar (2003) 208 (Umfang der Leistungen, Bemessungsgrundlage, Berechnung des Wertes des rückgestellten Unternehmens).

³⁰ OGH 4. 4. 1951, 1 Ob 194/51 = SZ 24/93; 10. 12. 1952, 3 Ob 633/52; 9. 2. 1955, 2 Ob 956/54; 7. 9. 1955, 2 Ob 390/55 = JBl 1955, 624; 4. 11. 1959, 3 Ob 432/59; 5. 10. 1966, 6 Ob 311/66 = SZ 39/160.
³¹ OGH in JBl 1955, 624.
³² Siehe die Diskussion anlässlich der Beschlussfassung, JBl 1947, 315.
³³ Siehe Fux-Eschenegg, Quota litis und Werttarife, NBIRA 1952, 96 (101).
³⁴ Disziplinarrat der Rechtsanwaltskammer Wien in NBIRA 1953, 130.

Verträgen zu erlauben, die vom Gesetz „klipp und klar“ für absolut nichtig erklärt werden. Was standeswidrig ist, muss zivilrechtlich noch nicht unbedingt nichtig sein; umgekehrt begründet der Abschluss einer nichtigen Honorarvereinbarung aber automatisch ein Disziplinarvergehen³⁵. Diesen Grundsatz hatte die Rechtsanwaltskammer an sich auch für Rückstellungssachen akzeptiert³⁶.

... *anwaltliche Rechtfertigung* ...

Was bewog die Rechtsanwaltschaft zu einer solchen Vorgangsweise, die so offensichtlich mit dem Gesetz in Konflikt stand? Gewinnstreben? Nach eigenen Aussagen wurde die *quota litis* primär aus einem ganz anderen Motiv forciert: aus Rücksicht auf die geschädigten Eigentümer.

Viele der politisch verfolgten Emigranten wären völlig mittellos geworden. Man könne ihnen schlecht zumuten, „zu einer Zeit, als die Judikatur der Rückstellungskommissionen noch keineswegs klare Prognosen über Prozessfolge zuließ ... ohne Rücksicht auf den Erfolg den Anwälten bedeutende Honorare schuldig zu werden.“³⁷ Gerade in Rückstellungssachen würden die geschädigten Eigentümer im Vorhinein die Anwaltskosten wissen wollen und, da viele durch die nationalsozialistische Verfolgung verarmt waren, die Zahlung des Anwaltshonorars aus dem rückgestellten Vermögen wünschen. Damit erhalte auch der Rechtsanwalt eine Gewähr für die Bezahlung seines Honorars, die die Rückstellungsberechtigten sonst nicht liefern könnten³⁸.

Diese Argumentation erscheint nicht unplausibel. Zum einen wird gegen das Verbot der *quota litis* ganz allgemein vorgebracht, dass diese Form der Honorarvereinbarung einem Mittellosen die Prozessführung erleichtert, „wenn sie ihm diese nicht überhaupt erst ermöglicht.“³⁹ Dass gerade die geflohenen Opfer des Nationalsozialismus Schwierigkeiten bei der „Finanzierung“ ihrer Rückstellungsverfahren hatten, weil sie keine Sicherheit für Kredite bieten konnten, ist auch aus anderem Zusammenhang bekannt⁴⁰.

Hier bedürfte es freilich einer empirischen Untersuchung der Honorarpraxis, um die Angaben der Anwaltschaft zu überprüfen. Dabei wäre erstens zu klären, ob Streitanteilsvereinbarungen die (anwaltliche) Verfolgung von Rückstellungsansprüchen tatsächlich erst ermöglichten; zweitens, ob nicht bereits das Armenrecht (heute: die Verfahrenshilfe) mittellosen Rückstellungswerbern eine anwaltliche Vertretung erlaubte⁴¹; und drittens, ob Anwälte aus *quota litis*-Vereinbarungen nicht doch auch Profit auf Kosten der Rückstellungswerber zogen.

... *und Festhalten an der Praxis*

Quota litis-Vereinbarungen fanden in Rückstellungssachen jedenfalls weite Verbreitung. Die Anwälte ließen sich von dieser Praxis auch nicht durch den OGH abbringen. Die wiederholte Nichtigerklärung ein und desselben Honorartyps über 15 Jahre hinweg – die letzte Entscheidung des OGH datiert aus 1966 – lässt auf eine breite Verankerung unter den Rechtsanwälten schließen. Die *quota litis* hatte sich in der anwaltlichen Selbsteinschätzung in Rückstellungsverfahren eben „bestens bewährt“⁴².

Die Anwaltschaft muss sich trotz aller gegenteiligen Bezeugungen auch gefallen lassen, dass ihre Honorarpraxis mit Skepsis betrachtet wird. Denn was ein *quota litis*-Honorar, ungeachtet seiner Angemessenheit im Einzelfall, unzulässig macht, „ist die besondere Stellung, die der Anwalt gegenüber seinem Klienten einnimmt“, wie der OGH in einer Rückstellungssache festhielt⁴³. Die berufsethische Schranke, mit der das Verbot begründet wird, will eben schon dem bloßen *Verdacht* vorbeugen, der Anwalt habe durch seine bessere Kenntnis der Sach- und Rechtslage oder durch das Ausnützen einer Notsituation seinen Klienten übervorteilt⁴⁴. Ein solcher Verdacht sollte gerade in Rückstellungssachen nicht aufkommen.

Mag. Ronald Faber, LL. M. (Yale) ist
Mitherausgeber des **juridikum**,
ronald.faber@aya.yale.edu.

35 Lohsing-Braun, Österreichisches Anwaltsrecht² (1950) 244; Keinert, Das zivilrechtliche Verbot der *quota litis* nach § 879/2 Z 2 ABGB (Ein rechtspolitisches und rechtsdogmatisches Problem), in Buchegger/Holzhammer (Hrsg), Beiträge zum Zivilprozessrecht I (1982) 91 (102).

36 Zur Frage der Kostenfestsetzung in Rückstellungssachen, AnwMitt 1949, H 4, 2. Zulässig wäre die Befriedigung des Honorars durch Abtretung eines Teiles des rückgestellten Vermögens nach Abschluss des Verfahrens, wenn der Honoraranspruch bereits ziffernmäßig feststehe. Warum die Kammer später von dieser Rechtsauffassung wieder abwich, ist nicht nachvollziehbar.

37 Fux-Escheneegg, NBIRA 101.

38 Rechtsanwalt Hans Kurz bei der Beschlussfassung der Honorarrichtlinien, JBl 1947, 314.

39 Keinert, Quota litis 100, der das absolute Verbot in Rückstellungssachen daher als „konsumentenfeindlich“ wertet; ebd 116.

40 Nämlich von der Finanzierung der bei der Rückstellung vom geschädigten Eigentümer zu zahlenden Gegenleistung; siehe Braun, ÖJZ 1950, 2; Memorandum der American Association of former Austrian Jurists bei Bailer-Galanda, Entstehung 150.

41 Das Armenrecht konnte in Rückstellungsverfahren nach einer Präsidialverfügung des LGZ Wien bewilligt werden; AnwMitt 1947, H 6, 4.

42 Jahoda, Doppelvertretung oder Quota litis? AnwBl 1973, 182 (183).

43 SZ 24/93.

44 Keinert, Quota litis 102.

Wir müssen einen Weg finden

Die ehemalige Wiener Jugendrichterin Renate Winter ist derzeit im Auftrag der UNO am Sondergerichtshof in Sierra Leone tätig, der die Rädelsführer des Bürgerkrieges aburteilen soll. Die Situation der ausgebeuteten Kindersoldaten liegt ihr besonders am Herzen. Andrea König sprach mit ihr.



portrait

„Nein“. Renate Winter schüttelt bestimmd den Kopf. Die kräftigen, knochigen Hände sind entschlossen im Schoß formiert. Nein, weich wirkt die 59-jährige österreichische Strafrichterin nicht. Eine Frau von großer, schlanker und eleganter Statur. Sehr elegant. Aber nicht weich. Zumindest äußerlich. Wie auch. Jemand, der es gewohnt ist, im Ausland – nicht das Ausland der kitschigen Touristenressorts, sondern das andere, Kriegsgezeichnete – wie der Kosovo oder Sierra Leone – mit Personenschutz zu leben, ist nicht zimperlich. Mit sich und dem Rest der Welt. Auf den ersten Blick.

Doch da gibt es auch andere Züge. Die scharfe Konzentration in den Augen weicht einer engagierten Milde, wenn sie von den Kindern spricht. „Nein, wir müssen bei den Kindern einfach andere Wege einschlagen“. Die Kinder, das sind jene, die während des zehn Jahre andauernden Bürgerkrieges in Sierra Leone brutal entwurzelt und als Soldaten eingesetzt wurden. Die Kinder, das sind jene, denen Winters Hauptaugenmerk im Zuge ihrer Arbeit als einzige weibliche Richterin am Sondergerichtshof der Vereinten Nationen in Sierra Leone gilt, der im Vorjahr installiert wurde und drei Jahre lang arbeiten soll. Um die Verantwortlichen des Bürgerkrieges abzuurteilen. Der Staatsanwalt ist Amerikaner. Das Geld kommt auch von dort.

„Die Kindersoldaten Sierra Leones wurden von allen Seiten ausgenützt und verwendet“, klagt Winter an. Ihr Engagement kommt nicht von ungefähr: War sie doch lange Jugendrichterin in Wien und ist Vorsitzende der Internationalen Vereinigung der Jugend- und Familienrichter.

Ein perfider Mechanismus war in Sierra Leone besonders beliebt: Dörfer werden überfallen und Kinder geraubt. Die Kinder – viele davon jünger als neun Jahre alt – werden dazu gezwungen, ein Familien- oder Dorfmitglied zu töten. Dadurch ist die Rückkehr nach Hause für immer unmöglich. Ihr zukünftiges Lebenskorsett heißt Soldat oder Söldner.

„Wie soll man denn diese Kinder wieder eingliedern? Wir müssen einen Weg finden. Sonst gehen sie doch wieder als Söldner in ein afrikanisches Heer“, bemüht sich Winter, selbst Mutter eines erwachsenen Sohnes, das Unbeschreibliche auf eine allgemeine Ebene zu heben. Deshalb sollen die Kinder nicht vor dem Sondergerichtshof angeklagt werden. Sondern sie sollen vor die parallel agierende „*Truth and Reconciliation Commission*“, wie es sie schon in Südafrika gegeben hat, kommen. „Nur das kann eventuell Versöhnung ermöglichen“, glaubt Winter an die grundsätzlichen Möglichkeiten dieser Institutionen. Damit man überhaupt arbeiten kann und an Aussagen der Kinder herankommt, werden derzeit in Zusammenarbeit mit NGOs und UNICEF Zeugenschutzprogramme erarbeitet.

Was für sie als Richterin generell ein Erfolg wäre? „Wesentlich ist, dass die Institutionen, der Gerichtshof, Erfolg haben“, abstrahiert sie. Und weist gleichzeitig auf Probleme hin. Dass es schwierig ist, an die wirklichen Drahtzieher heranzukommen. Dass es schwierig ist, mit unkooperativen Regierungen zu arbeiten. Dass es auch schwierig ist, die Zusammenarbeit mit der *Commission* zu regeln. Und vor allem: „Man muss einfach vermeiden, Siegerjustiz zu betreiben“. Dennoch: „Wenn mit jenen rund zwanzig Drahtziehern, die bereits in Haft sind, die Verfahren abgeschlossen werden können, ist das bereits ein Erfolg.“

Kein Honiglecken

Dass der Alltag in Sierra Leone kein Honiglecken ist, darauf ist sie eingestellt. Denn schon als sie für zwei Jahre im Kosovo als höchste ausländische Richterin für Verfahren, bei denen es um Kriegsverbrechen und ethnische Konflikte ging, tätig war, war der Familienkontakt spärlich, Hobbys ein Fremdwort. „Wenn ich Zeit hätte, würde ich Bücher lesen“ meint sie, die ihre Ehe mit einem Wiener Universitätsprofessor als „Sehr gut, wie Gastarbeiter-Ehen halt so sind. Da streitet man wenig“ beschreibt. Man

glaubt ihr. Trotz ihres versteckten Lächelns, das jetzt auftaucht. Und akzeptiert, dass man in ihrer – oft nicht ungefährlichen – Position Privates gerne privat sein lässt. Natürlich sei die Situation von so genannten „UN Non Family Stations“ nicht immer leicht. Auch deshalb, vermutet sie, seien Frauen in der Kollegschaft in der Minderheit.

Österreichs unglückliche Situationen

Ihre Perspektive als international tätige Juristin, die unmittelbar UNO-Generalsekretär Kofi Annan untersteht, lässt Winter kritisch auf Österreichs Rechtssystem blicken. Sie, die „einfach immer schon wegfahren hat müssen“, kritisiert die mangelnde Initiative seitens des Justizministeriums, junge Juristkarrieren im Ausland zu unterstützen. „Unser Nachwuchs ist im Vergleich wirklich gut. Wir in Österreich wären von der Ausbildung her im Stande, einen großen Kriegsverbrecherprozess zu leiten. Nur, international sind wir einfach nicht vorhanden“, bemängelt sie. Die ruhige Stimme wird ungeduldig, sie zieht die Schultern hoch. Sie wirkt jetzt einfach sauer. Sprachausbildungen, LL.M., alles schön und gut. Wenn Justiz- und Außenministerium nicht zusammenarbeiten, macht keiner international Karriere. Wenn, dann nur durch großen, persönlichen Einsatz und über Organisationen wie die Vereinten Nationen. So wie sie es gemacht hat.

Mag^a. Andrea König, MSc. (LSE) ist freie Journalistin. Das Interview spiegelt den Stand vom 7. Jänner 2003 wider.

Web-Adressen:
www.specialcourt.org
www.sierra-leone.org
www.hilfe-ohne-grenzen.at

Liberal wie ein Aal

Iris Kugler

Nachdem der Staat mit Turbogeschwindigkeit in das Unternehmen Staat umgewandelt wurde, werden alle Maßnahmen, die an sich für eine Gesellschaft richtungweisend und somit politischer Natur sind, der seltsamen Logik von Kosten und Nutzen unterworfen. Freilich, obwohl in Zahlen bemessbar, sind dies keine objektiven Werte, denn was für die eine viel ist, bedeutet für die andere wenig. Die Bemessbarkeit suggeriert allerdings eine objektive Logik und lenkt gut ab davon, dass auch hinter einem objektiven Nutzen oder einer Einsparung ein subjektives Händereiben stecken kann.

Ob diese Logik ausreicht, um politische Probleme, also solche des menschlichen Miteinander, zu lösen, ist anzuzweifeln. In der Logik dieses Neoliberalismus und Ihrer SchergInnen ist alles bemessbar und verwertbar bzw. vermarktbar. Menschen, Lebewesen, Ressourcen, Waren – alles möge sich dieser Logik unterwerfen und wenn möglich ohne jegliche demokratische Kontrolle. Eine garantierte allgemeine Versorgung, die Kontrolle angemessener Qualität gewisser Güter und eine entsprechende Preisgestaltung, wer in solchen Kategorien spricht, ist vor Diffamierungen nicht mehr sicher. Visionäre Politik wurde von der eindimensionalen Logik der Großkonzerne abgelöst. Und diese wollen alles und sofort. Die passenden Menschen oder besser KonsumentInnen zu diesem Bild werden täglich gebildet. Diese haben jene VolksvertreterInnen, die sie gewählt haben und somit verdienen. Der Rest der österreichischen Menschheit leidet.

Wer allerdings in großen Zusammenhängen in solchen Kategorien denkt, die oder der denkt wohl auch im Kleinen so. Und hier liegt der Punkt. Also warum einer Idee anhängen, wenn diese, in Zahlen gesprochen, kein Geld bringt? Wieso Maßnahmen setzen, die das eigene Fortkommen behindern könnten – auch wenn sie das Fortkommen vieler weniger Privilegierter beschleunigen könnten? Wieso bei einer Partei bleiben, wenn die andere für die persönliche Karriere mehr verspricht? Und wieso ist dies kein Skandal, der jeden japanischen Samu-

rai zum Spontanharakiri motivieren würde? Weil es alle verstehen. Beginn und gleichzeitig Ende der momentanen politischen Perspektive ist die Optimierung der Ich-AG.

Intelligenz definiert sich so ausschließlich über Geld und Einnahmen. Wer viel verdient, ist intelligent und schlau. Wer es trotz guter Ausbildung nicht schafft, ist dennoch irgendwie dumm und am dümmsten sind die, die die eigene Überzeugung vom großen Geld trennt. Denn nur dieses ist ein objektiver erstrebenswerter Wert.

Dass dieses Denken und Handeln im Großen wie im Kleinen Folgen hat, ist klar. Im Großen: Massenarbeitslosigkeit, Hungerlöhne, Sklavenarbeit, Unterernährung, Zerstörung der Umwelt, Zerstörung des Sozialstaates. Im Kleinen werden Lebenschancen wieder ungleicher und ungerechter aufgeteilt, Ausbeutung und Diskriminierungen nehmen zu. Hemmschwellen sinken auch im täglichen Miteinander, wenn die Großen vormachen, wie frau/man auf seine Mitmenschen pfeifen kann.

Die Philosophie dieses Systems ist konservativ, oder hübscher formuliert: Werte bewahrend. Denn die, die schon bislang profitiert haben, wollen dies freilich weiter tun. Der Haken an der Sache ist, dieselbe als Politik zu verkaufen. In Bereichen, die besonders reformbedürftig (im Sinne echter Veränderungen) wären, ist diese Logik schnell am Ende. Um hier zu verschleiern, weshalb bislang noch nichts passiert ist, braucht es schon neue Begrifflichkeiten. Welche Wortgirlanden hier neuerdings bemüht werden, damit die ganz und gar unschmucke liberale Wahrheit nicht ins Bewusstsein dringt, lässt sich anhand der Frauenpolitik als einem von vielen Politikfeldern darstellen.

Traditionell sind hier neuerdings jene, die seit 20 Jahren versuchen, Veränderungen für die Frauen durchzusetzen, und nicht die, die das verhindern. Die sind jetzt modern.

Und so wurde vor kurzem von der neuen Frauen- und Gesundheitsministerin eine Studie präsentiert, nach der es den Frauen in der Politik nicht nur um das „Was“, sondern vor allem auch

um das „Wie“, den politischen Stil geht. „Frauen ziehen die politische Mitgestaltung in verschiedenen Lebensbereichen einer ‚traditionellen‘ Frauenpolitik vor. Auch könne Politik niemanden die Entscheidung ‚Familie und/oder Karriere‘ abnehmen. Als für sich wichtigste politische Ebene sehen Frauen die Kommunalpolitik, da die persönliche Mitgestaltung dort direkt erlebt werden kann.“

Nachdem ihre Partei ohne Zögern die längst notwendige Kindergartenmilliarde ersatzlos gestrichen hat und eine Qualifikationsvoraussetzung für das Amt der Frauenministerin vermutlich völliges Schweigen hierzu war, darf frau äußerst gespannt sein auf die bahnbrechenden Verbesserungen der weiblichen Lebensbedingungen. Aber selbst wenn diese sich nicht unmittelbar sofort, gleichsam automatisch und natürlich von selbst ergeben, dann wird die unerträgliche Verzögerung, dank dieser progressiven Frauenpolitik, nunmehr stilvoll geschehen. Statt „traditioneller Frauenpolitik“ wird fortan echt politisch mitgestaltet. Also keine lästigen Quoten, sondern echtes Mitbestimmen: Gestalten der Sitzungsräume, Pausenbrot streichen, Aschenbecher ausleeren. Das will die moderne Frau. Denn wie sagt die Studie: Die Entscheidung Familie und/oder Karriere kann die Politik nicht abnehmen. Zwar gibt es abgesehen von der Bundeshauptstadt keinerlei Rahmenbedingungen für ein „und“, aber das soll auch so bleiben, denn alles andere wäre ja traditionelle Frauenpolitik.

Und dank der objektiven Studie wissen wir auch, wo uns die Partei der Zukunft in derselben sehen will, nämlich vor allem auf Kommunalebene. Frau kann nur hoffen, dass jene Verrenkungen, die erforderlich sein werden, diesen blanken Zynismus als Frauenpolitik (hier bitte ersatzweise einsetzen: Umweltpolitik, Bildungspolitik, Sozialpolitik, Gesundheitspolitik, Asylpolitik usw.) zu verkaufen, wenigstens einen gewissen Unterhaltungswert haben werden.