

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat · · · · · nr 1.2000

thema

## Go West! Die Amerikanisierung des Rechts

recht & gesellschaft

Regierungsprogramm und Verfassung

Wege zur Europäischen Verfassung

Kosovo: Der klinische Beugekrieg

Sicherheitsüberprüfung für unzuverlässige Subjekte

Interne Fluchtalternative und Vertreibung

P. b. b. · Verlagspostamt 1140 · 19674W91E · öS 90,- · ISSN 1019-5394



Für Context herausgegeben von

Birgit Feldner · Alexander Somek · Richard Soyer · Maria Windhager

# Inhalt

## recht & gesellschaft

Gerda Hammerer	Wollen, aber nicht können .....	40
Alfred J. Noll	Die Vertrauenswürdigkeit eines Menschen im Rechtsstaat .....	43
Christian Stadler	Thesen zur Rechtfertigung der Kosovo-Intervention .....	44
Stefan Hammer	Wege zur Europäischen Verfassung .....	48
Cecilia Bailliet	Perpetuating Internal Displacement .....	56

## thema: go west! die amerikanisierung des rechts

Alexander Somek	Banale Modernisierung .....	60
Dominik A. Thompson	Gesetzesrecht v. Fallrecht oder: Das Gleiche im Anderen .....	62
Pierre Schlag	Anti-Intellectualism .....	67
August Reinisch	The Americanization of International Law .....	71
Roland Gerlach	Das ungerechte Arbeitsrecht .....	74
Lea VanderVelde	With Equalities for All .....	80

## rubriken

<b>vor.satz</b>	Alexander Somek Supervision der Befürchtungen .....	37
<b>merkwürdig</b>	Kurzmeldungen .....	38
<b>korrespondenz</b>	Schlampige Verhältnisse .....	82
<b>nach.satz</b>	Iris Kugler Mir san mir .....	84
<b>impressum</b>	.....	59

# Supervision der Befürchtungen

Alexander Somek

## I.

Für die Bedeutung des Begriffs "rechtsradikal" hatte ich die längste Zeit ein Bild vor Augen. Es handelte von marodierenden, zumeist kahl geschorenen Burschen, die sich militärischem Training unterziehen, Adolf Hitler als Held verehren, vom vielen Biertrinken einen Bauch haben und Ausländer verprügeln. Aber Bilder sind trügerisch. Die Bedeutung eines Ausdrucks steckt nicht in der durch seinen Gebrauch hervorgerufenen Vorstellung. Auf den Bierbauch kommt es nicht an und auch nicht auf den militärischen Drill. Wenn es um Rechtsradikalismus geht, kommen einem mittlerweile andere Dinge in den Sinn, nämlich: aggressiver Provinzialismus, schamloser Populismus, unverhüllter Fremdenhass, Ächtung der "Sozialstaatsschmarotzer", revolutionäre Sezessionsrhetorik und nicht zuletzt der ewig wiederkehrende Flirt mit dem Rassismus. Wegen dieser Dinge herrscht große Sorge in Europa. Gleichzeitig ist aber auch alles so unsicher. Denn wer ist schon "rechtsradikal"?

Die genannten Elemente des Rechtsradikalismus sind Bestandteil einer politischen Unterscheidung. Jenseits der Unterscheidung vom Rechtsradikalismus will sich niemand aufhalten – wenigstens solange er oder sie politisch halbwegs bei Trost ist. Deswegen kennen wir die Bedeutung von Begriffen wie "Fremdenhass" oder "Rassismus" nur im Spiegel dessen, was sie vorgeblich nicht bedeuten. Ihre Verwendung ist begleitet vom Dementi derer, auf deren Verhalten sie angewendet werden. Der politische Widerstand gegen "Überfremdung" sei kein Zeichen von "Fremdenhass". Er sei geradezu ein Gebot der Nächstenliebe. Immerhin stehen die Inländer uns näher als die Ausländer. Wer denkt, man könne den Rechtsradikalismus am Werke sehen, der findet sich also enttäuscht. In die unterscheidende Bezeichnung des Rechtsradikalismus tritt das von ihm Unterschiedene ein. Auch diejenigen, die man für rechtsradikal gehalten hatte, befinden sich diesseits des Rechtsradikalismus (und werden regierungsfähig).

## II.

Im Ergebnis herrscht Unsicherheit. Was wir fürchten, ist überall und nirgendwo. Aber das ist kein Grund zur Verzweiflung. Denn in unserer gnadenlos modernen Zeit verfügen wir über etwas, das die Menschheit bis vor kurzem entbehren musste. Wir haben die Supervision. Sie empfiehlt sich in Situationen der Verunsicherung. Da ich die Botschaft der Zeit verstanden habe, unterbreite ich daher einen Vorschlag zur *Supervision unserer politischen Befürchtungen*. Wir sollten von der Identifikation furchtbarer politischer Positionen, die wegen ihres reflexiven Charakters hoffnungslos paradox ist, Abstand nehmen und zurückgehen auf die Ebene von Bedürfnissen und Interessen. Dazu gehört, ich gestehe dies ein, ein gewisser Mut. Denn es ist zu befürchten, dass wir einsehen müssen, dass das, was wir befürchten, unabhängig davon ist, ob es mit dem, was uns rechtsradikal dünkt, in Zusammenhang steht oder nicht. Ich befürchte sogar, dass wir uns, wenn wir unsere Befürchtungen einmal artikulieren, vor denen, die sich um den Platz in der politischen Mitte drängen, ebenso fürchten müssen wie vor denen, die wir besser erkennen würden, wenn sie kahlköpfig wären und einen Bierbauch hätten.

Es folgt ein kurzer Ausschnitt aus einem *Protokoll der politischen Befürchtungen*, das ich in aktivem Zuhören auf die Aussagen meines "genuine self" (© Carl Rogers) erstellt habe. Das Verfassen solcher Protokolle wird zur Nachahmung empfohlen; mit Nachdruck und vor allem jenen, die sich vor dem Rechtsradikalismus fürchten.

## III.

Ich fürchte,

- dass die Biologie letztlich Recht behalten wird und wir nichts weiter als die anpassungsfähigsten Tiere von allen sind;
- dass es uns also egal sein wird, ob wir frei sind oder nicht, weil wir uns an die Umstände so gut wie jeder Situation anpassen können;
- dass wir dennoch nichts mehr zu tun wagen werden, ohne dass uns zuerst

ein Coach gezeigt haben wird, wie wir es zu tun haben;

- dass die wissenschaftliche Befassung mit der Gesellschaft der therapeutischen Praxis des gesellschaftlich erzeugten Unglücks weichen wird;
- dass das Gesundheitssystem weiterhin dazu wird herhalten müssen, die ungelösten Probleme des Wirtschaftssystems zu behandeln;
- dass die Welt von Menschen regiert werden wird, die bei jeder sich bietenden Gelegenheit sagen, dass sie an die Marktwirtschaft "glauben", ohne zu wissen, dass es "die" Marktwirtschaft schlechthin nicht, sondern bloß unterschiedliche – und unterschiedlich erfolgreiche – Modelle von dezentralen Wirtschaftsordnungen gibt;
- dass es zur ersten Tugend erhoben werden wird, sich von den Kräften von Angebot und Nachfrage hin- und herschubsen zu lassen;
- dass sich Menschen, die sich im allgemeinen Geschiebe auf dem Arbeitsmarkt gegenüber anderen durchsetzen, für begabter und wertvoller halten werden als andere;
- dass die Arbeit weiterhin den bedeutendsten Stellenwert in unserem Leben einnehmen wird, obwohl es nicht genügend Arbeit für alle geben wird;
- dass sich die geringe Selbstachtung derer, die von dieser Gesellschaft eben einfach durchgefüttert werden müssen, in kollektiver Gewalt entladen wird;
- dass zur Unperson wird, wer die Frage stellt, ob eine freie Gesellschaft, die, wie unsere, enorme Anpassungszwänge auf die Menschen ausübt, Gefahr läuft, inhuman zu sein.

Am meisten fürchte ich mich daher davor, dass es niemanden geben wird, der diese meine Befürchtungen teilt.

## Nur Geschrei

**Österreich.** Die schwarz-blaue Regierung plant für die Diversion, die erst seit Jahresanfang in Kraft stehenden alternativen Reaktionsformen auf Straftaten (zB außergerichtlicher Tatausgleich, gemeinnützige Leistungen), schon wieder eine Einschränkung: Gemäß ihrem Programm soll der Anwendungsbereich der Diversion durch Erstellung eines Katalogs nicht-diversionsfähiger Straftaten verringert werden. Dazu werden auf Seite 107 des Regierungsprogramms als Beispiele nicht-diversionsfähiger Straftaten „insbesondere Straftaten im Bereich des Sexualstrafrechts und des Suchtmittelrechts und Widerstand gegen die Staatsgewalt“ angeführt.

Bei dieser Auswahl für den Ausnahmenkatalog dürfte es der neuen Regierung jedoch entgangen sein, dass die Sexualdelikte oder Widerstand gegen die Staatsgewalt nicht eigens vom Anwendungsbereich der Diversion ausgenommen werden müssen. Denn diese Delikte sind schon nach der geltenden Rechtslage realistisch betrachtet nicht diversions- bzw. außergerichtlich ausgleichsfähig, da es nur dann, wenn die Schuld nicht schwer ist, wenn keine general- oder spezialpräventiven Bedenken gegeben sind und wenn keine Zuständigkeit des Schöffengerichts gegeben ist, zu

einer diversionellen Maßnahme kommen kann. Diese grundsätzlichen Voraussetzungen sind jedoch in aller Regel bei den Sexualdelikten nicht gegeben. Und betreffend den Widerstand gegen die Staatsgewalt halten die Gesetzesmaterialien fest, dass „die Grenzen des Außergerichtlichen Tatausgleiches dort sind, wo es nicht nur um die Bereinigung eines persönlichen Konflikts, sondern um zusätzliche Aspekte geht, die nicht (mehr) in der persönlichen Verfügungsgewalt der verletzten Person liegen; so wird der ATA (ua) beim Widerstand gegen die Staatsgewalt kaum in Betracht kommen.“ Die Aufzählung geplanter nicht mehr diversionsfähiger Delikte im Regierungsprogramm ist daher inhaltslos und mehr plakatives, schreierisches Signal geplanter Härte, denn tatsächliche Reform.

Aus der Sicht des Opferschutzes ist dies zu begrüßen, denn jede Einschränkung der Diversion – diese soll in Zukunft nur noch bei geringer Schuld möglich sein – geht auch zu Lasten der Opfer, die dadurch rasche, unbürokratische Schadensgutmachung bekommen. Auch Ex-Justizminister Michalek hofft diesbezüglich (im APA-Interview vom 13. 2. 2000), „dass nicht aus Signalgründen in etwas eingegriffen wird, was gerade erst begonnen hat, wirksam zu werden.“

## Frauenquote in Frankreich

**Frankreich.** Einen spektakulären Schritt zur Erreichung einer gleichen Anzahl von Frauen und Männern in der Politik setzte im Februar dieses Jahres die französische Nationalversammlung. Jenes Parlament, das mit 10,4% den zweitniedrigsten Anteil an weiblichen Abgeordneten innerhalb der EU aufweist, beschloss mit Zustimmung großer Teile der bürgerlichen Opposition das *Parité*-Gesetz. Dieses verlangt, dass Parteien bei Wahlen zur Nationalversammlung die gleiche Anzahl von Frauen und Männern auf den Listen führen. Von der Parität ist lediglich eine Abweichung von 2% gestattet, ansonsten verliert die wahlwerbende Gruppe entsprechend ihrem Männerüberhang ihren Anspruch auf staatliche Subvention.

Während es bei Wahlen zur Nationalversammlung möglich ist, den

50%igen Anteil an Kandidatinnen dadurch zu erreichen, dass man diese auf die weniger aussichtsreichen hinteren Listenplätze setzt, muss bei Kommunalwahlen die Parität innerhalb der ersten sechs Plätze, sowie innerhalb aller weiterer Sechser-Blöcke eingehalten werden. Für Europa- und Senatswahlen verlangt das *Parité*-Gesetz sogar eine Reißverschluss-Reihung, also das Abwechseln von weiblichen und männlichen Kandidaten auf der Liste.

Die einzige Gegenstimme zum *Parité*-Gesetz kam im Übrigen von einer konservativen UDF-Abgeordneten. Die neue Vorsitzende der Gaullisten Michele Alliot-Marie verließ vor der Abstimmung über das „*frauenunwürdige Gesetz*“ das Plenum und nahm an der Abstimmung nicht teil.

Daniel Ennöckl

## Retrospektiv

**Österreich.** „Da es mein ‚Verschulden‘ war, statt für die angemeldeten 40 nur für 80 Personen labungsmäßig vorzusorgen, hat das Zeremoniell mich bereits vom Buffett ausgeschlossen. Ihnen, meine sehr geehrten Damen und Herren, aber sei es hiemit eröffnet.“

Wären die Schlussworte des Verlagsmenschen gewesen, hätte ihm nicht der Herausgebermensch Prof. Somek vorgegriffen und den „gemütlichen Teil“ des Abends freigegeben. Mit anderen Worten: Mehr als 120 Besucher aller Altersklassen waren zugegen, als am 9. März im Dachgeschoß des Juridicum die Nullnummer des *juridikum* der Öffentlichkeit präsentiert wurde.

Ein Festakt hätte es werden sollen, ein Fest wurde es. Die meistangetroffene Reaktion im an den Podiumsteil des Abends anschließenden allgemeinen Gewusel war: „eine unübertroffenen freundschaftliche Atmosphäre . . .“ Ihren Beitrag dazu leisteten einleitend die freundlichen Begrüßungsworte des Hausherrn Spektabilität Prof. Rechberger sowie ein signalhaftes Statement vom Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofes Prof. Clemens Jabloner. Den Brückenschlag zwischen Rück- und Vorschau machte namens der Herausgeber eine fast gerührte Maria Windhager.

Und weil die Reaktionen so überwältigend und/oder die Prominenz so heftig anwesend waren, nahmen auch die Printmedien gebührend Notiz vom Anlass; wobei vor allem die Wochenzeitung „Der Falter“ die Latte für die Zukunft hochlegte: „Wenn Juristen Zeitungen machen, wird es für Nicht-Juristen nach wenigen Zeilen meistens fad. Die Zeitschrift *juridikum* war da eine Ausnahme . . .“

„. . . und wird es bleiben“ möchte man ergänzen. Grund und Antrieb für diese Haltung lieferte der 9. März jedenfalls.

Wohl dem, der solche Freunde hat!

Gerald Muther

PS: Das Thema dieses Heftes „Go West! Die Amerikanisierung des Rechts“ wird auch der Titel einer Podiumsdiskussion sein, die am 18. Mai d. J. um 13.00 Uhr im Senatssitzungssaal der Karl-Franzens-Universität Graz im Rahmen der „Österreichischen Buchwoche Graz“ (16.–18. 5.) stattfinden wird.  
Info: [www.buchmesse.at](http://www.buchmesse.at)

# „Moralische Verpflichtungen“

**Österreich.** Wenn es um's liebe Geld, konkret um Stipendien geht, vertritt man im Wissenschaftsministerium selbst 1999 noch recht fragwürdige Ansichten zum Thema Männer und Kindererziehung.

Manchmal fällt es schwer, Zitate nicht aus dem Zusammenhang zu reißen, so reizvoll wäre es. Der Auftakt für ein solches Zitat ist der „Umstand, dass der Beschwerdeführer“ – hört! ein Mann! – „weit über den gesetzlichen Aufwand hinaus sowohl für seine Kinder als auch für seine Lebensgefährtin persönlichen Einsatz aufgewendet hat . . .“ Den hatte das Wissenschaftsministerium zu würdigen. WIE es ihn gewürdigt hat, kommt noch mit dem Rest des Zitats. Zunächst aber zum Zusammenhang.

Der „Beschwerdeführer“ ist Vater zweier Kinder, und lebt mit ihnen und seiner Lebensgefährtin, der allein obsorgeberechtigten (!) Mutter, im gemeinsamen Haushalt. Außerdem würde er gern dissertieren, allein, es fehlt am Geld. Also beantragt er die weitere Auszahlung der Studienförderung, obwohl er dafür eigentlich schon zu lange studiert hat. Aber: Zeiten der Kindererziehung, erbracht zumal im Interesse auch der selbst studierenden Lebensgefährtin (auf dass diese nicht zurück musste an den Herd), so meint er, wären für diese Berechnung nachzusehen. Rechtlich verweist der Student damit auf ein „unvorhersehbares und unabwendbares Ereignis“ im Sinn des § 19 Abs 2 und 6 StudFG.

Nun ist der Fall der Kindererziehung an sich in § 19 Abs 4 StudFG extra geregelt: „Die Pflege und Erziehung eines Kindes vor Vollendung des dritten Lebensjahres, zu der der Studierende während seines Studiums gesetzlich verpflichtet ist, bewirken die Verlängerung der Anspruchsdauer um insgesamt höchstens zwei Semester je Kind, ohne dass es eines weiteren Nachweises über die Verursachung der Studienverzögerung bedarf“.

Das wäre aber bloß eine Nachweisregelung für ein spezifisches Ereignis, meint der Student. Wer obsorgeberechtigt sei, müsse eben im Umfang von zwei Semestern pro Kind gar nicht mehr nachweisen, dass die Obsorge ihn am (zügigen) Studieren behindert

habe. Eine abschließende Regelung sei das, meint dagegen das Wissenschaftsministerium. Wer nicht obsorgeberechtigt sei, sei zur Pflege und Erziehung auch nicht verpflichtet und könne sich daher nicht auf Erziehungszeiten berufen, um Studienverzögerungen im Sinne des StudFG zu entschuldigen. Hätte sich der Student um die (gemeinsame) Obsorge bemüht, dann wäre die Nachsicht der Studienzeitüberschreitung kein Problem.

Das, so argumentiert der Student nun vor dem VwGH, wäre ja geradezu eine Aufforderung für alle nicht obsorgeberechtigten Väter, ihre (unehelichen) Kinder links liegen zu lassen, sich nicht um sie, sondern ausschließlich um Studium und Karriere zu kümmern. So könne der Gesetzgeber das ja wohl nicht gemeint haben. Das Wissenschaftsministerium vertritt in seiner Gegenschrift hingegen die reine Rechtslehre, und die liest sich dann so:

„. . . kann es nicht Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sein, gesellschaftspolitische oder rechtspolitische Positionen zur Frage der Rechtsstellung unehelicher Kinder zu lösen (. . .) Das StudFG macht die Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten nicht davon abhängig, ob eine Unterhaltsverpflichtung besteht (diese würde gleichermaßen für eheliche und für uneheliche Kinder gelten), sondern davon, ob eine gesetzliche Verpflichtung zur tatsächlichen und zeitlich zweifellos aufwendigen Pflege und Erziehung eines Kleinkindes besteht. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer nach seinen Darstellungen weit über den gesetzlichen Aufwand hinaus sowohl für seine Kinder als auch für seine Lebensgefährtin persönlichen Einsatz aufgewendet hat, ist ebenso begrüßenswert wie für das gegenständliche Verfah-

ren bedeutungslos. Das Studienförderungsgesetz wägt eben gerade bei der Berücksichtigung von Umständen, welche die Studienzeit verzögern, gesetzliche Verpflichtungen gegeneinander ab. Zweifellos bestehende ‚moralische Verpflichtungen‘ können, da normativ nicht fassbar, nicht Gegenstand des Verfahrens sein, vor allem insbesondere dann, wenn das Studienförderungsgesetz von gesetzlichen Verpflichtungen spricht. Aus dem Gesamtzusammenhang des StudFG ergibt sich, dass ein Studienbeihilfenbezieher verpflichtet ist, sein Studium möglichst zielstrebig durchzuführen und andere Interessen diesem Ziel unterzuordnen.“

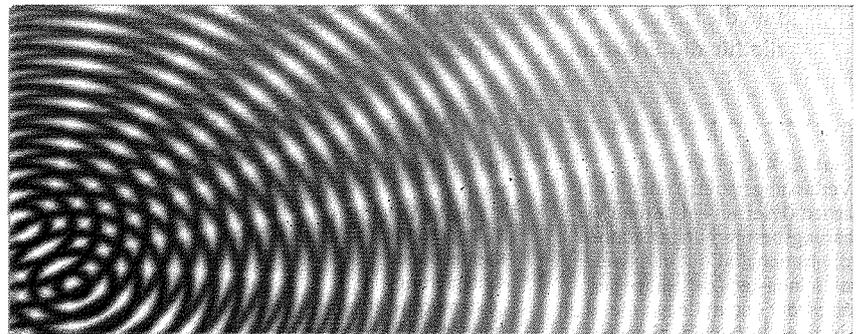
Und, so wiederholt man, die unter diese „anderen Interessen“ fallende gesetzliche (!) Verpflichtung zur Kinderpflege und -erziehung trafe eben nur obsorgeberechtigte Väter. Punktum. Dem Beschwerdeführer wäre es ja „offen gestanden (. . .), die Pflege und Erziehung für beide Kinder zu (. . .) beantragen. Damit wären die Rechtsfolgen der gesetzlichen Verpflichtung zur Pflege und Erziehung eines Kindes unter drei Jahren im Sinne des § 19 Abs 4 StudFG für beide Kinder eingetreten“.

Ihr Väter unehelicher Balgen, merkt auf: moralisch mögt ihr ja verpflichtet sein, eure Kinder auf den Schultern zu tragen, zu Herzen und zu kosen, zu füttern oder mit ihnen zur Kinderärztin zu gehen. Aber rechtlich? Wenn ihr nicht so unvorsichtige Weicheier und Warmduscher wart, die gemeinsame Obsorge zu beantragen, klemmt euch getrost hinter eure Bücher, macht Karriere oder geht alleine auf den Fußballplatz. Kinder sind allemal noch Frauensache.

Das Beschwerdeverfahren ist anhängig.

PS.: Um der Wahrheit die Ehre zu geben: Anlassfall und Gegenschrift stammen noch aus einem sozialdemokratisch geführten Wissenschaftsministerium . . .

Georg Bürstmayr, Rechtsanwalt,  
am Verfahren beteiligt



# Wollen, aber nicht können

## Vorhaben des Regierungsprogramms von ÖVP und FPÖ, die ohne die Unterstützung der Oppositionsparteien nicht zu verwirklichen sind

Gerda Hammerer

Es hat viel Staub aufgewirbelt, dieses Programm der neuen Regierung. Zunächst wurde es innerhalb nur einer Woche zwischen den VerhandlerInnen von ÖVP und FPÖ fixiert, dann musste ihm auf ausdrücklichen Wunsch des Bundespräsidenten eine Präambel mit Bekenntnissen zu den Grundwerten der österreichischen Verfassung und zur Europäischen Union vorangestellt und von den beiden Parteiobermännern unterschrieben werden. Sieht man sich die 125 Seiten des schwarz-blauen Regierungsprogramms jedoch inhaltlich an, so wirbelt es weniger auf. Die Reformvorhaben von Schwarz-Blau sind keine großen neuen Entwürfe, vielmehr beinhaltet das Regierungsprogramm bereits – vor allem aus dem geplätzten SPÖ-ÖVP-Koalitionsübereinkommen – bekannte Vorhaben und Reformideen.

Einige der im Regierungsprogramm festgelegten Vorhaben können die Regierungsparteien jedoch nicht alleine verwirklichen, selbst wenn sie es noch so wollen und diese Punkte als ihre eigenständigen Vorhaben präsentieren, die die neue Regierung umsetzen wird. Vielmehr sind ÖVP und FPÖ dazu auf die Unterstützung und Zustimmung der Oppositionsparteien angewiesen. Denn die schwarz-blauen Regierungsparteien verfügen aufgrund der Mandatsverteilung im Nationalrat (SPÖ 65 Mandate, ÖVP und FPÖ je 52 Mandate und die Grünen 14 Mandate) nicht über die für die Erlassung von Verfassungs-

gesetzen erforderliche qualifizierte Zweidrittel-Mehrheit.<sup>1</sup> Einige Vorhaben des Regierungsprogramms müssen jedoch mittels Verfassungsgesetz umgesetzt werden, sodass sich die Regierungsparteien um die Zustimmung von SPÖ und Grünen bemühen müssen, um diese zu verwirklichen – alleine geht's nicht.

Im Folgenden werden (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) Vorhaben der schwarz-blauen Regierungskoalition angesprochen, die zu ihrer Umsetzung der Verfassungsmehrheit im Nationalrat, und damit der Unterstützung der Opposition, bedürfen:

### Beistandsgarantie zwischen den EU-Staaten/NATO-Beitritt? – Änderung des Neutralitätsgesetzes:

Die wohl am schwersten zu knackende Nuss wird sein, die Zustimmung der SPÖ zu einer Änderung des Bundesverfassungsgesetzes über die Neutralität zu bekommen, die jedoch für die sicherheitspolitischen Pläne der neuen Regierung jedenfalls erforderlich sein wird. Denn die Bundesregierung wird sich laut Regierungsprogramm<sup>2</sup> dafür einsetzen, „*dass eine Beistandsgarantie zwischen den EU-Staaten in den EU-Rechtsbestand übernommen und auch für Österreich wirksam wird; dh dass im Falle eines bewaffneten Angriffs auf ein Mitglied die anderen EU-Staaten . . . alle in ihrer Macht stehende militärische und sonstige Hilfe und Unterstützung leisten.*“ Wenn sich bis Ende des Jahres 2000 keine solche Ent-

wicklung in Europa abzeichnet, will die Regierung andere „*sicherheitspolitische Alternativen (ohne eine auszuschließen) weiterverfolgen.*“ Hier wird explizit „*die Beteiligung an den entstehenden militärischen Strukturen der EU*“ (WEU) genannt;<sup>3</sup> auch die Option der späteren Mitgliedschaft in der NATO wird eröffnet.<sup>4</sup> Bereits wenn das Vorhaben der europäischen Beistandsgarantie verwirklicht werden sollte, muss das Neutralitätsgesetz derart geändert werden, dass es auf diese europäische Verteidigungspolitik keine Anwendung findet, bei einem NATO-Beitritt sowieso.

Über eine derartige Änderung der österreichischen Sicherheitspolitik soll es gemäß dem Regierungsübereinkommen eine Volksabstimmung geben.<sup>5</sup> Jedoch schon eine solche Volksabstimmung über die Änderung des Neutralitätsgesetzes ist ohne die vorhergehende Zustimmung der Opposition nicht möglich. Denn gemäß Art. 43 B-VG ist jeder Gesetzesbeschluss nach Beendigung des Verfahrens gemäß Art. 42 B-VG, jedoch vor seiner Beurkundung durch den Bundespräsidenten, einer Volksabstimmung zu unterziehen, (wenn der Nationalrat es beschließt oder die Mehrheit der Mitglieder des Nationalrates es verlangt.) Dh, dass das Instrument der Volksabstimmung erst nach Abschluss des Weges der Bundesgesetzgebung im Nationalrat und im Bundesrat einsetzt, und eine Volksabstimmung nur über einen vorliegenden Gesetzesbeschluss abgehalten werden kann. Damit ein solcher volksabstimmungsfähiger Gesetzesbeschluss vorliegt, müsste daher in concreto der Gesetzesvorlage zur Änderung des Neutralitätsgesetzes im Nationalrat mit dafür erforderlichen Zweidrittel-Mehrheit zugestimmt worden sein, bevor die Regierungsparteien die Abhaltung einer Volksabstimmung beschließen könnten.

### Demokratie und Staatsreform

Im Kapitel „Starke Demokratie“<sup>6</sup> findet sich das Vorhaben der neuen Regierung, „*im Parlament die Verfassungs- und*

1 Art. 44 Abs. 1 B-VG: „Verfassungsgesetze oder in einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen können vom Nationalrat nur in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgege-

benen Stimmen beschlossen werden.“

2 Kapitel Sicherheit, S. 11 ff

3 Regierungsprogramm, S. 115, Kapitel Bundesheer

4 Regierungsprogramm, S. 112:

„Österreich wird seine eigenen Beziehungen zur NATO weiterentwickeln,

wie es den Erfordernissen seiner Sicherheit und seiner vollen und gleichberechtigten Teilnahme an der europäischen Sicherheitsarchitektur entspricht. Die Option einer späteren Mitgliedschaft wird eröffnet.“

5 Regierungsprogramm, S. 112: „Es besteht Übereinstimmung, dass eine

solche Änderung der österreichischen Sicherheitspolitik nicht ohne Zustimmung der österreichischen Bevölkerung (Volksabstimmung) stattfinden wird.“

6 Regierungsprogramm, S. 8 ff

Grundrechtsreform im Rahmen eines Runden Tisches vorzubereiten, zu dem alle vier im Nationalrat vertretenen Parteien eingeladen sind.“ Dies ist auch notwendig, denn für die geplanten Demokratie- und Staatsreformen ist die Zustimmung der Oppositionsparteien erforderlich.

Die Briefwahl soll auf Bundes-, Landes- und Gemeindeebene eingeführt werden und die Stimmabgabe mittels Wahlkarte ersetzen, vereinfacht werden und den AuslandsösterreicherInnen die Teilnahme an heimischen Wahlen erleichtern. Weiters sollen Volksbegehren, die von mindestens 15% der Stimmberechtigten unterstützt werden, einer obligatorischen Volksabstimmung unterzogen werden. Da sowohl die Ausübung des Wahlrechts (Art. 26 B-VG)<sup>7</sup> als auch das Volksbegehren (Art. 41 Abs. 2 B-VG) grundsätzlich im Bundes-Verfassungsgesetz geregelt sind, wird zur Verwirklichung dieser Vorhaben eine Verfassungsänderung erforderlich sein.<sup>8</sup>

Weiters ist im Kapitel „Starke Demokratie“ betreffend die Objektivierung der Personalpolitik im Bundesdienst die Schaffung einer unabhängigen Kontrollinstanz, die innerhalb kurzer Zeit einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten soll, vorgesehen: Betreffend den Rechtsschutz im Abgabenverfahren sind Entscheidungen durch weisungsfreie, unabsetzbare und unversetzbare Organe als Einzelrichter oder in Senaten und eine reformatorische Entscheidungsbefugnis dieses Abgabenverwaltungsrichters geplant. Da gemäß Art. 20 Abs. 1 B-VG die Organe der Verwaltung, soweit nicht *verfassungsgesetzlich* anderes bestimmt wird, an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe gebunden sind, ist, um diese Ziele zu erreichen und unabhängige und weisungsfreie Kontroll- und Entscheidungsinstanzen einzurichten, die Erlassung von entsprechenden Verfassungsbestimmungen nötig.<sup>9</sup>

Schließlich ist die Ausdehnung der Tätigkeit der Volksanwaltschaft auf die

Justizverwaltung einschließlich verfahrensanordnender Entscheidungen von Richtern sowie auf das Außerstreitverfahren geplant. Damit im Zusammenhang steht im Kapitel „Justiz“<sup>10</sup> die geplante Einrichtung von 3-Richter-Senaten bei den Oberlandesgerichten, bei denen sich BürgerInnen oder in ihrer Vertretung die Volksanwaltschaft gegen unfaire Behandlung bei Gericht beschweren können sollen. Abgesehen von rechtspolitischen Bedenken, nämlich dass damit ein Sondersenat in einem laufenden Strafverfahren darüber entscheiden würde, ob ein unabhängiger Richter richtig oder falsch gehandelt hat, ergeben sich gegen die Vertretung und Antragstellung durch die Volksanwaltschaft verfassungsrechtliche Bedenken, ob diese Konstruktion nicht dem gewaltentrennenden Prinzip widerspräche, da ein Verwaltungsorgan im Bereich der unabhängigen Gerichtsbarkeit tätig werden würde. Möchte man dieses Vorhaben entgegen den verfassungsrechtlichen Bedenken umsetzen, müsste dafür wohl eine Verfassungsregelung erlassen werden.

#### Bundesstaatsreform

Die neue Bundesregierung hat sich vorgenommen, die seit Ewigkeiten geplante Bundesstaatsreform durchzuführen. Sie benötigt dazu jedoch zu fast allen Vorhaben Verfassungsmehrheiten und damit die Zustimmung der Opposition.

Als erste Sofortmaßnahme wird der Bundeskanzler beauftragt, eine Liste jener Gesetze zu erstellen, durch welche im Zuge der Änderung einfacher Bundesgesetze die Rechte der Länder gestärkt werden können. In der Folge wird eine sinnvolle Kompetenzbereinigung durchgeführt, die entsprechenden Schritte sollen innerhalb eines Jahres abgeschlossen werden.<sup>11</sup> Innerhalb der bundesstaatlichen Kompetenzbereinigung ist auch die Auflfassung der mittelbaren Bundesverwaltung in dem Sinne vorgesehen, dass grundsätzlich die bisher in mittelbarer Bundesver-

waltung vollzogenen Angelegenheiten in den Kompetenztypus des Art. 11 B-VG (selbständige Landesvollziehung von Bundesgesetzen) übertragen werden, sowie die zusätzliche Übertragung weiterer Angelegenheiten des Art. 10 in den Art. 11 B-VG und die Beseitigung des Gesetzgebungstypus des Art. 12 B-VG. Für diese Kompetenzbereinigung ist jedenfalls eine Verfassungsmehrheit nötig.

Vor allem sieht das Regierungsprogramm die Einrichtung von Landesverwaltungsgerichten (zur Entlastung des überlasteten VwGH), die an die Stelle der unabhängigen Verwaltungssenaten treten sollen, vor. Diesbezüglich sind sich die Regierungsparteien selbst darüber im Klaren, dass dafür eine Novelle zum B-VG erforderlich ist, indem sie im Programm ausführen, dass „in Fortsetzung der bisherigen Bemühungen eine Novelle zum Bundes-Verfassungsgesetz ausgearbeitet wird, deren Ziel die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz mit grundsätzlich kassatorischer Entscheidungsbefugnis ist.“

Ebenso bedarf es einer Novelle zum B-VG und der dafür erforderlichen Verfassungsmehrheit, um die im Regierungsprogramm unter der „Stärkung der Verfassungsautonomie der Länder“ geplante Direktwahl des Landeshauptmannes umzusetzen. Dazu sollen laut Programm, „jedenfalls die Art. 95 und 117 Abs. 2 B-VG dahingehend geändert werden, dass den Ländern mehr Freiheit bei landesgesetzlichen Wahlrechtsregelungen (einschließlich der Möglichkeit der Briefwahl bei Wahlen auf Landes- und Gemeindeebene, Stärkung der Grundsätze des Persönlichkeitswahlrechtes und der Landeshauptmann-Direktwahl durch Verfassungsgesetz) eingeräumt wird.“<sup>12</sup> Weiters bedürfen die geplante Verankerung der Landeshauptmännerkonferenz als Institution zur Vertretung der Interessen der Länder im Bereich der Vollziehung im Bundes-Verfassungsgesetz, sowie die Einführung der Briefwahl nach den gleichen Grundsätzen wie für den Bund<sup>13</sup> der qualifizierten Zustimmung

7 Verfassungsrechtlich ist die Briefwahl unter dem Aspekt des persönlichen und des geheimen Wahlrechts bedenklich; Art. 26 Abs. 6 B-VG sieht allerdings bereits jetzt die Stimmabgabe im Ausland nicht vor einer Wahlbehörde vor; das Regierungsprogramm hält diesbezüglich fest, dass „die Briefwahl bei

gleichzeitiger Wahrung des Grundsatzes des geheimen Wahlrechtes eingeführt werden soll.“ (S. 10)

8 Auch wenn das Regierungsprogramm auf S. 11 betreffend die Einführung der obligatorischen Volksabstimmung bei Volksbegehren mit hoher Stimmenbeteiligung vorgibt, dass „dieses Bundesgesetz keine Ver-

fassungsänderung zum Inhalt haben darf.“

9 Wie etwa für die Gleichbehandlungskommission in § 24 Abs. 5 Bundes-GleichbehandlungsgG

10 Regierungsprogramm, S. 106

11 Regierungsprogramm, S. 90 u. 93

12 Regierungsprogramm, S. 93

13 Regierungsprogramm, S. 92: „Sollte eine Briefwahl auf Bundesebene politisch nicht realisierbar sein, so sollte zumindest durch Verfassungsgesetz den Ländern und Gemeinden die Möglichkeit der Briefwahl eröffnet werden.“

im Nationalrat. Diese wird jedoch für die geplante Stärkung der Länder bei der bekannten Föderalismusfeindlichkeit der SPÖ nur schwer zu bekommen sein.

### ... und Sonstiges

Ein weiteres Vorhaben der schwarz-blauen Regierung, das eine Verfassungsmehrheit erfordern könnte, ist die geplante Schaffung einer unabhängigen Medienbehörde – einer unabhängigen Einrichtung für Telekommunikation, Informationstechnologie und Medien, in der alle Behörden und behördenähnlichen Einrichtungen wie der Telekom-Regulator, die Privatrundfunk- und Kabel- und Satellitenrundfunkbehörde, die Kommission zur Wahrung des Rundfunkgesetzes und dgl. aufgehen sollen.

Da diese Medienbehörde eine unabhängige Behörde sein soll, ergibt sich wieder (wie bereits oben bei der unabhängigen Kontrollinstanz im Bundesdienst sowie dem Abgabenverwaltungsrichter) das Problem, eine solche Behörde aus der grundsätzlichen Weisungsgebundenheit der Verwaltung zu befreien. Da dies gemäß Art. 20 Abs. 1 B-VG nur mittels verfassungsgesetzlicher Regelung möglich ist, wäre für die Einrichtung der unabhängigen Medienbehörde ebenfalls die Zustimmung der Oppositionsparteien notwendig.<sup>14</sup>

Ebenso werden für die geplante Universitätsreform, „die Weiterentwicklung der Universitätsreform zu einer echten Selbständigkeit mit mehrjährigen Leistungsverträgen“,<sup>15</sup> dh die Entlassung der Universitäten aus der derzeitigen Teilrechtsfähigkeit nach dem Universitätsorganisationsgesetz (UOG) 1993 in die

Vollrechtsfähigkeit qualifizierte Mehrheiten zur Abänderung der im geltenden UOG 1993 vorhandenen Verfassungsbestimmungen (vor allem betreffend die Rechtsstellung und weisungsfreie Organisation der Universitäten), und damit die Zustimmung der Oppositionsparteien zu den wissenschaftspolitischen Regierungsplänen nötig sein.

Schließlich will die schwarz-blaue Regierung „als sichtbares Zeichen der Anerkennung der Leistungen, die Familien für die Gesellschaft erbringen, die Unterstützung der Familien als Staatsziel in der Verfassung verankern.“<sup>16</sup> Dieses Anliegen von Schwarz-Blau zeigt – neben zB der Abschaffung des Frauenministeriums – deutlich als ideologische Richtung der neuen Regierung das Übergewicht der Familien- über die Frauenpolitik, jedenfalls bedarf es einer Verfassungsmehrheit und damit Zustimmung von Rot/Grün.

Dies sind die Vorhaben des Regierungsprogramms, die aufgrund der geltenden Rechtslage Verfassungsänderungen bzw. Verfassungsbestimmungen, und damit den Stimmen der Oppositionsparteien erfordern und deshalb am Nicht-Zustandekommen der notwendigen Mehrheiten scheitern könnten. Bei manchen weiteren Plänen der neuen Regierung, die zwar mittels einfachem Gesetz umgesetzt werden können, ist hingegen mit anderen Problemen zu rechnen: So wäre denkbar, dass der geplanten Pensionsreform (Anhebung des Frühpensionsalters, Änderung des Abschlagsystems) die Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes droht. Bei

der Pensionsreform drohen vor allem aber realpolitische Konflikte und massive Auseinandersetzungen mit den Gewerkschaften, ebenso bei der geplanten Verlagerung der überbetrieblichen Mitbestimmung auf die betriebliche Ebene, insbesondere in Bezug auf Arbeitszeit, Betriebszeiten und Kollektivvertragsrecht<sup>17</sup> oder bei der Verlängerung der Ladenöffnungszeiten.<sup>18</sup>

Die neue Regierung hat sich in ihrem Programm vorgenommen, dass „Österreich im Rahmen seiner Möglichkeiten weiterhin gute Dienste für Konfliktlösungen zur Verfügung stellen und in Fortführung der bewährten Zusammenarbeit mit der Bundeshauptstadt die Stellung Wiens als Sitz internationaler Organisationen und Veranstaltungsort zwischenstaatlicher Begegnungen und Konferenzen ausbauen und verstärken wird.“<sup>19</sup> Dieses Vorhaben könnte aufgrund der realen politischen Situation, in der sich Österreich nunmehr befindet, bloße Deklaration bleiben, ebenso wie die besprochenen Vorhaben der Regierung mangels der erforderlichen Verfassungsmehrheiten.

*Dr<sup>in</sup>. Gerda Hammerer ist Rechtsanwaltsanwältin in Wien.*

<sup>14</sup> Keine Verfassungsbestimmung und daher auch keine Zustimmung der Opposition wäre von Nöten, wenn die unabhängige Medienbehörde als Kollegialbehörde mit rich-

terlichem Einschlag gemäß Art. 133 Z 4 B-VG, die nach Art. 20 Abs. 2 B-VG weisungsfrei ist, konstruiert wird, da eine solche Behörde durch einfaches Bundesgesetz eingerichtet

werden kann. Fraglich bleibt diesbezüglich jedoch, ob diese Konstruktion politisch gewünscht wird.

<sup>15</sup> Regierungsprogramm, S. 65

<sup>16</sup> Regierungsprogramm, S. 34

<sup>17</sup> Regierungsprogramm, S. 13

<sup>18</sup> Regierungsprogramm, S. 80

<sup>19</sup> Regierungsprogramm, S. 6

# Die Vertrauenswürdigkeit eines Menschen im Rechtsstaat

## Das Problem der Sicherheitsüberprüfung

Alfred J. Noll

Weitgehend unbemerkt von der Öffentlichkeit sind seit 1. September 1999 neue Regelungen für die Sicherheitsüberprüfung nach dem Sicherheitspolizeigesetz (SPG) in Kraft. Die früher nur durch § 55 SPG (alt) eingeräumte Datenverarbeitungsbefugnis wurde erheblich ausgeweitet und um eine erweiterte Ermittlungsermächtigung ergänzt (§§ 55 bis 55c SPG). Die jüngste Aufregung über die vom Bundespräsidenten veranlasste Prüfung des neuen Justizministers durch die

„Anhaltspunkte“ für ihre Prognose gewertet werden. Es ist ja an sich schon bezeichnend, dass der Gesetzgeber hier zu einem Terminus greift, der in seiner Unbestimmtheit vollkommen ungeeignet ist, Rechtssicherheit abzugeben. Denn wie sollen sich Herr und Frau Österreicher denn verhalten, um dem Staat vertrauenswürdig zu erscheinen? Da es bei der Sicherheitsüberprüfung nicht um konkrete Verdachtsmomente geht, ist prinzipiell jedes Verhalten geeignet, Vertrauen zu enttäuschen und so Vertrauensunwürdigkeit herbei zu führen.

Es geht nicht nur um Wortklauberei, wenn hier auf die Differenz von „Vertrauenswürdigkeit“ (§ 55 SPG) und „erforderliche Zuverlässigkeit“ (§§ 87 und 175 GewO) hingewiesen wird: Im Rahmen der Sicherheitsverwaltung tritt uns der Obrigkeitsstaat ebenso entgegen wie im Verfahren zur Erlangung einer Gewerbeberechtigung. Wenn allerdings die Staatspolizei die Aufgabe zugewiesen erhalten hat, uns „Vertrauenswürdigkeit“ zu attestieren, dann schwingt hier eine Bevormundung und Überwachungsmentalität mit, die sich im Gewerbebereich quasi neutralisiert hat. Zwar hat die Gewerbebehörde die Gewerbeberechtigung zu entziehen, wenn der Gewerbeinhaber „die für die Ausübung dieses Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt“ (§ 87 Abs. 1 Z. 3 GewO), und eine Bewilligung für ein im § 127 GewO angeführtes gebundenes Gewerbe ist nur zu erteilen, wenn keine Tatsachen vorliegen, die es zweifelhaft machen, ob der Bewerber die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit besitzt (§ 175 Abs. 1 GewO); auch hier geht es um die Untersuchung des „Charakterbildes des Gewerbeinhabers“ (VwGH 27. 3.

1990, 89/04/0149; 20. 10. 1992, 92/04/0123) und das sich daraus ergebende „Persönlichkeitsbild“ (VwGH 23. 11. 1993, 93/04/0159). Letztlich soll sicher gestellt sein, dass der Gewerbeinhaber erwarten lässt, es werde die künftige Ausübung der gewerblichen Tätigkeit nicht gegen die im Zusammenhang mit dem Gewerbe zu beachtenden öffentlichen Interessen verstoßen. Und folgerichtig soll die „erforderliche Zuverlässigkeit“ (die weitestgehend mit der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zusammenfällt) gem. § 336a Abs. 1 GewO gegebenenfalls auch unter Mitwirkung der Sicherheitsbehörden festgestellt werden.

Der staatspolizeiliche Begriff der „Vertrauenswürdigkeit“ meint aber nicht nur die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen; dann hätte es ausgereicht, den Begriff der „erforderlichen Zuverlässigkeit“ beizubehalten. Im Begriff der geforderten Vertrauenswürdigkeit steckt ein politischer Mehrwert, den sich Staatsbürgerinnen und Staatsbürger durch permanentes (aber nicht näher bestimmtes) Wohlverhalten erst zu verdienen haben. Nur wer staatliche Erwartungen nicht enttäuscht, erwirbt Vertrauen. Es liegt im Wesen staatspolizeilicher Aktivitäten, dass diese Erwartungen nicht thematisiert werden, und dass Kommunikation darüber, worauf diese Erwartungen gerichtet sind, nicht herstellbar ist.

Die ganze Unbestimmtheit der Angelegenheit wird trefflich zum Ausdruck gebracht, wenn die Erläuterungen (*Dearing*, SicherheitspolizeiG [1999] 96 f.) zum neuen § 55 SPG davon sprechen, dass der Begriff der Vertrauenswürdigkeit „eine deutliche sicherheitspolizeiliche Färbung“ hat: Ein Mensch ist dann nicht vertrauenswürdig im Sinne des Gesetzes, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er gefährliche Angriffe (§ 16 Abs. 2 und 3 SPG) begehen werde. Was aber derartige „Anhaltspunkte“ sind, wird uns nicht gesagt – und kann uns auch nicht gesagt werden. Die Wertung bestimmter Umstände und Tatsachen als derartige vertrauensrelevante „Anhaltspunkte“ ist nämlich wesensmäßig davon abhängig, worauf sich das Vertrauen bezieht. Trotz der strikten Strafrechtsakzessorietät des SPG ist hier aber ein weites Feld eröffnet. Um es an einem hypothetischen Beispiel vorzuführen: Es ist kaum vorstellbar, dass die Information, eine der Sicherheitsüber-

**Unter dem Mäntelchen genauer Aufgabenzuweisung und Befugniserteilung wuchert möglicherweise eine hypertrophe polizeiliche Datenermittlungs- und Datenverarbeitungstätigkeit, deren auslösende Kriterien nicht ausreichend bestimmt sind.**

Staatspolizei (vgl. bloß *Der Standard*, 4./5. März 2000, 7 und *Die Presse*, 4. März 2000, 9) legt es nahe, einen Blick auf die geltende Rechtslage zu werfen:

Schon die in § 55 Abs. 1 SPG gegebene Definition der „Sicherheitsüberprüfung“ ist schwer verträglich mit herkömmlichen Bestimmungen des Rechtsstaats: „Sicherheitsüberprüfung ist die Abklärung der Vertrauenswürdigkeit eines Menschen anhand personenbezogener Daten, die Aufschluss darüber geben, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er gefährliche Angriffe begehen werde.“ Der Dreh- und Angelpunkt dieser Bestimmung liegt zwischen dem amorphen Begriff der „Vertrauenswürdigkeit“ und denjenigen Tatsachen und Umständen, die von der Sicherheitsverwaltung als

prüfung unterliegende Person sei ständiger Konsument von Suchtmitteln, nicht Eingang in die Beurteilung der „Vertrauenswürdigkeit“ finden würde – obwohl doch § 16 Abs. 2, letzter Satz SPG ausdrücklich ausschließt, dass es sich um einen gefährlichen Angriff handelt, wenn es sich ausschließlich um den Erwerb oder Besitz eines Suchtmittels zum eigenen Gebrauch handelt. Der Erwerb und Besitz eines Suchtmittels würde dann eben als „Anhaltspunkt“ für mangelnde Vertrauenswürdigkeit gewertet, obwohl von einem gefährlichen Angriff weit und breit nichts zu sehen ist – aber es könnte ja . . .

Berücksichtigt man weiters, dass es für die Betroffenen mitunter kaum möglich ist, überhaupt in Erfahrung zu bringen, ob sie Objekt einer Sicherheitsüberprüfung wurden, dann zeigt sich ein gravierendes Defizit: Unter dem Mäntelchen genauer Aufgabenzuweisung und Befugniserteilung wuchert möglicherweise eine hypertrophe polizeiliche Datenermittlungs- und Datenverarbeitungstätigkeit, deren auslösende Kriterien nicht ausreichend bestimmt sind. Wenn dann noch zu befürchten ist, dass auch unzuständige Organe (etwa der Bundespräsident) eine Sicherheitsüberprüfung zum eigenen Gebrauch „bestellen“ können, ist das rechtsstaatliche Desaster perfekt. Der Tiefpunkt des Problembewusstseins wird allerdings erreicht, wenn man versucht, derartige Aktionen unter Hinweis auf Art. 22 B-VG (Amtshilfe) zu exkulpieren, anstatt ihre Gesetzwidrigkeit zu beklagen.

*Dr. Alfred J. Noll ist Rechtsanwalt in Wien und Universitätsdozent für öffentliches Recht und Rechtslehre.*

# Thesen zur Rechtfertigung der Kosovo-Intervention<sup>1</sup>

Christian Stadler



Blickt man auf die in den letzten Monaten im Angesicht dieser militärischen Intervention los getretene Debatte über „Wesen und Wert“ militärischer humanitärer Interventionen an sich, so zeichnet sich diese Diskussion durch eine Vielzahl von Argumenten und Überlegungen aus. Der vorliegende Text soll keine originär-neue Auseinandersetzung mit diesem unerschöpflichen Thema bieten, sondern versuchen, eine strukturierte und übersichtliche Darstellung einerseits der verschiedenen Argumentationsebenen und andererseits eine Vorstellung der wichtigsten Argumentationsrichtungen zu geben. Zu ergänzen ist, dass diese Argumentationen aus einem rechtsethischen Blickwinkel heraus erfolgen. Damit ist gewährleistet, dass das politische (1), das juristische (2) wie das ethische (3) Moment in spannungsvoller Vermittlung zueinander treten.

Auf der (1) politischen Ebene wird zunächst die „Intervention“ und ihr Verhältnis zum Typus „Krieg“ näher zu beleuchten sein, zum Krieg als in die Geschichte zurückgekehrtes Instrument der internationalen Politik. Auf der (2) rechtlichen Ebene ist die Frage nach der Legalität dieser Intervention aufzuwerfen sowie die Grenzen der Begründungsleistung dieser Kategorie aufzuzeigen. Wir haben uns somit zunächst zu fragen, ob die militärische Humanitäre Intervention, wie sie in der ersten Hälfte des vorigen Jahres von der NATO in Kosovo durchgeführt wurde, als „legal“ bezeichnet werden kann. Für den Fall, dass dem nicht so sein sollte, ist als nächster Schritt darüber nachzudenken, ob denn diese

Rechtswidrigkeit in einer bestimmten Weise als rechtfertigbar betrachtet werden kann. Auf der (3) ethischen Dimension sind dann jene legitimatorischen Argumente zu beleuchten, die für die besagte Rechtfertigung aufzubieten sein werden. In welcher Weise sind sie stichhaltig, wie können sie als Argumente aufrecht erhalten werden?

## 1. Zur politischen Dimension

► *Der gerechte Krieg* – ein Modell aus vormoderner Zeit. Die Frage nach dem *ius ad bellum* stammt aus dem Mittelalter. Es geht dabei um die Frage, wann der Griff zur Waffe legitim ist. Diese Frage musste ihre Antwort im Zeichen materialer Gerechtigkeitsüberlegungen suchen. Wie immer diese Antwort in der Vormoderne auch ausgefallen sein mag, sie ist in dem Moment an ihr paradoxes wie blutiges Ende nach dem 30-jährigen Krieg gekommen, als das Argument theologisch unwiderleglich wurde, dass der Krieg auf beiden Seiten gerecht geführt worden sei. Damit war die Lehre vom gerechten Krieg an ihr legitimatorisches Ende gekommen. Die Kriegsführung war moralisch zu neutralisieren. Die Konzeption des Gerechten Krieges konnte erst in einer Zeit wieder erstehen, die nach einer Legitimation von Krieg verlangte, einer Zeit also, in welcher Kriegsführung wiederum nicht mehr als „wertneutral“, sondern als begründungsbedürftig angesehen wurde. Auf diesen Aspekt der Kriegslegitimation wird in unserem Zusammenhang noch zurückzukommen sein.

► *Die gehegte Kriegsführung* – Ein Modell der Moderne. Mit dem Beginn der Neuzeit – letztlich mit der Westfälischen

<sup>1</sup> Es handelt sich im Folgenden um eine thesenhafte Kurzfassung des Aufsatzes: Rechtsethische Aspekte des militärischen

Einsatzes, der unlängst in Reiter (Hg): *Der Krieg um das Kosovo 1998/99*, Mainz 1999, 271 ff erschienen ist. Die Verwendung

dieses Textes für diesen *juridikum*-Beitrag erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Herausgebers.

Staatsordnung – trat das Kriegswesen in seine moderne Epoche ein<sup>2</sup>, in die der politischen Instrumentalität. Während den Gerechten Krieg zumindest noch eine transzendente Konnotation (und damit auch so etwas wie ein Legitimationsanspruch) auszeichnete, wurde der Krieg in neuzeitlicher Dimension zum bedeutungslosen Werkzeug internationaler Beziehungs„pflege“. Man rüstete sich für ihn, man drohte mit ihm, man setzte ihn ein – und man hegte ihn, denn wie jedes Werkzeug sollte er nach Erreichen des Zweckes wieder aus der Hand gelegt werden können. Das setzte voraus, dass man ihn allseitig staatspolitisch und biologisch überlebt hat. Diesem Umstand trug auch das klassische Völkerrecht Rechnung, in welchem der Krieg als solcher nicht verpönt, sondern als legitimes Mittel der souveränen Politik formalisiert und damit gehegt, also gleichsam legalisiert ist: durch die Ausbildung eines *jus in bello*, das den Krieg in einen Rechtsakt verwandelte, welcher durch genaue Verfahrensregelungen in ein verfügungs- und exzesssicheres Bett gezwungen wurde. Erwähnt sei bloß, dass die strikte Trennung zwischen Kombattanten und Nicht-Kombattanten und die von der grundsätzlichen Achtung des Feindes getragene Kriegsführung es ermöglichten, einen Krieg politisch unter Kontrolle und *aristokratisch* begrenzbar zu halten. Das *jus ad bellum* war dabei kein Problem, sondern die Folge einer klaren politischen Souveränitätsentscheidung. Ich schlage vor, diese Form der Kriegsanschauung mit dem Ausdruck des „Duellkriegs“ zu markieren, um damit die Begrifflichkeit Carl Schmitts vom „gehegten Krieg“ zu veranschaulichen. Die Hegung fand ihren prominentesten normativen Ausdruck in der Haager Landkriegsordnung von 1907, die so etwas wie die erste *international verbindliche* Menschenrechtskodifikation beinhaltet – ein Aspekt, der in diesem Zusammenhang, ohne die Rede

von der umfassenden Vaterschaft des Krieges strapazieren zu wollen, nicht aus dem Blick verloren werden sollte.

► *Der demokratische Krieg* – Ein Modell aus technischer Zeit. Der Krieg ist immer als eine Erscheinungsweise seiner Zeit anzusehen, in welcher er derselben nicht zuletzt ihren Spiegel vorhält. War eine gesellschaftliche Vermassung mit der zunehmenden Industrialisierung nicht zu leugnen, trat dieser Effekt, der sich in der Folge der französischen Revolutionskriege bereits dramatisch ankündigte, auch auf dem Felde des Krieges auf den Plan. Ganz im Sinne des Nietzsche-Wortes vom eingetretenen Tod Gottes, war der politischen Agitation nichts mehr heilig. Der Mensch verkam in gleichsam mechanischer Bedeutungslosigkeit zum Kriegsmaterial. Es ist empirisch nachgewiesen<sup>3</sup>, dass sich die zivilistische Betroffenheit von Kriegshandlungen im gerade untergehenden Jahrhundert dramatisch gesteigert hat<sup>4</sup>. Man kann mit gutem Grund von einer „Demokratisierung“ des Krieges sprechen. Die Zivilbevölkerung, das heißt die große Mehrheit der Bevölkerung, tritt auf die Bretter des „Kriegstheaters“ um ihre Souveränität zu erleiden als potentiell kriegsentscheidendes Ziel einer immanent auf Willensbrechung angelegten Kriegsführung, denn auf des Volks-Souveräns Zustimmung bzw. Zulassung beruht die fortgesetzte Kriegsführung in demokratischen Zeiten. Während sich der gehegte Krieg auf die aristokratische – und solcherart kriegstragende – Oberschicht einer Gesellschaft beschränkt hat und „nur“ Söldner den Blutzoll zu begleichen hatten, um ziel sicher an der politisch relevanten Stelle sein willensbrechendes Werk zu tun, muss sich der demokratische Krieg folgerichtig auf das nunmehr politisch relevante Volk konzentrieren, d.h. auf die Zivilisten, die es in ihrer politisch-öffentlichen Macht haben, durch Druck auf die Krieg führende volksrepräsentative Funktionärschicht den Krieg zu

beenden. Ist nur einmal der Kriegswille des Volkes gebrochen, wird dem Krieg der demokratisch generierten Funktionäre bald ein Ende gemacht sein.<sup>5</sup>

► *Der verpönte Krieg* – Im Angesicht des strukturellen Umschlags technologischer Kriegsführung in ebensolche Totalvernichtung wurde der heißeste aller Kriege, der Atomkrieg, ausgesetzt. Im Anschluss an (bereits in Briand-Kellogg grundlegende) Modelle universeller Kriegsverpönung wurde der heiße Massenvernichtungskrieg zwischen den Weltmächten durch die – aus tausend Wunden blutende – Rhetorik des Kalten Krieges und damit durch einen Mechanismus der nachhaltigen Systemkonfliktstabilisierung und -kanalisierung im Wege eines Systems inverser Kriegsautomatik mittels wechselseitiger Rechtsverfahrensblockade ersetzt. Formal wurde dieses System als generelles UNO-Gewaltmonopol gefasst und als System kollektiver Sicherheit ausgeformt. In Wahrheit handelt es sich bezüglich der siegreichen Hegemonialmächte des 20. Jhdts. um ein partielles System negativ-kooperativer globaler Sicherung von Hegemonialsphären. Der Krieg als solcher wird für prinzipiell widerrechtlich erklärt. Damit verliert er seinen ehemals – auch normativ näher ausgestalteten<sup>6</sup> – rechtlichen Status, ein legitimes Mittel der Außenpolitik zu sein. Das Kriegsrecht – auch das *jus in bello* – wird mangels formellen Kriegs zum Humanitären Völkerrecht gewandelt. Es kann daher nur in Fällen „bewaffneter Konflikte“ auf den Plan treten. In der Regel vermag es das nicht in wirksamer Weise zu leisten. Die Protagonisten internationaler bewaffneter Konflikte fühlen sich angesichts des obsoleten *jus ad bellum* auch nicht mehr an das *jus in bello* gebunden. Sie nehmen vielmehr das *hors-de-loi*-Privileg für sich in Anspruch, was im Zeichen der universellen Gegenseitigkeit im internationalen Verkehr die Entsprechung auf der gegnerischen Seite nahe legt. Der Krieg mu-

2 Die in der Völkerrechtslehre als deren „klassische“ Periode bezeichnet wird.

3 Vgl. dazu Glucksmann, André: *Krieg um den Frieden*, Berlin 1998, 41 ff, der sich dabei auf eine Studie der UNICEF aus 1992 stützt.

4 Es ist geradezu von beklemmender Kohärenz, den Untergang des gehegten Krieges (ungeachtet der Ausformulierung seiner Rechts-

grundlage) im zeitlichen Zusammenhang mit der Durchsetzung des allgemeinen Wahlrechts zu Beginn des Jahrhunderts zu beobachten, womit das alte aristotelisch-republikanische Prinzip des immanenten Zusammenhangs von republikanischer Mitbestimmung und bürgerlicher Kriegsführung auf das existenziellste bewiesen wäre.

5 Dass dieses *politische* Moment nahtlos mit den *technischen* Möglichkeiten der Massenvernichtungskriegsführung Hand in Hand ging, kann seit Heidegger nicht mehr wirklich überraschen, sei aber an dieser Stelle nicht weiter vertieft.

6 Dies zu übersehen ist ein zentrales Problem der moralisch motivierten Kriegsverurteilung: den Krieg als solchen als „rechtlosen“ Zustand

zwischen Staaten im internationalen Naturzustand zu bezeichnen, bedarf der näheren Differenzierung zwischen *jus in bello* und *jus ad bellum*. Während sich die Legitimationskritik zutreffend mit dem *jus ad bellum* befasst, sollten damit nicht die zugegeben nur minimalen „Segnungen“ des *jus in bello*, des heutigen Kriegs- und humanitären Völkerrechts übersehen werden.

tiert auf diese Weise strukturell zu einem Konflikt zwischen „Outlaws“. Dieser Umstand mag mit eine Erklärung dafür bieten, dass seit dem 2. Weltkrieg – unter den Auspizien des negativen Weltfriedens mehr Menschen – vor allem auch mehr Zivilisten – in bewaffneten Konflikten den stillen Tod gefunden haben als in den beiden Weltkriegen.

► *Der klinische Beugekrieg* – Ein Modell mit Zukunft? Seit dem Zusammenbruch der ideologischen Erstarrung der internationalen Beziehungen, für den der Fall der Berliner Mauer nur als sichtbares Zeichen fungieren mag, ist alles erneut im Fluss und im heraklitischen Sinne Geschichte wieder möglich – im Gegensatz zu der tragischen Verabsolutierung einer momenthaften Synthese zum Absoluten oder der Vorstellung vom Ende der Geschichte. Am Abgrund des 20. Jhdts tritt der vormoderne *Gerechte Krieg* unter Modernitätsbedingungen legitimatorisch wieder auf den Plan, als *Zwangsrechtsmaßnahme* im Zeichen des universalistischen Prinzips der Geltung der Menschenrechte, wobei der Geltungsanspruch dieser Menschenrechte strukturell im Verhältnis zu vormodernen, religiös-mythisch-nationalistisch sich konstituierenden Gesellschaften aufbricht. Das Szenario wird geprägt durch „demokratisch“ geführte, blutige, mythische-religiöse Bürgerkriege in den vormodernen Gesellschaften. Darauf antworten die postmodernen Gesellschaften mit moralisch-digitaler High-Tech-Kriegführung. Während der demokratische Krieg unter Inkaufnahme der moralisch-physischen Vernichtung den Willen des Widerparts brechen möchte, stellt der „Beugekrieg“ der Methode nach eine Wiederhegung bewaffneter Konflikte dar. Diese weltpolizeilich anmutenden Kriegsschläge können per definitionem keine totalen Vernichtungskriege sein. Irak und Kosovo waren solcherart strukturell klassische Beugekriege. Die politische oder auch moralische Bewertung von klinischen Beugekriegen scheidet regelmäßig im Angesicht der klassischen Frage nach Sieg und Niederlage. Diese postmoder-

ne Kriegführung ist in der Regel auf diskurseröffnende *Ermattung* des Despoten und nicht auf *Entscheidung* angelegt, d.h. es geht in der Regel darum, einen Diktator an den Verhandlungstisch zurückzuzwingen, anstatt ein Problem mit Waffengewalt im Felde „zu lösen“, iSv einer mittelfristigen „Lösung“ zuzuführen. Andererseits ist dem klinischen Beugekrieg eine nationale Erregung im Zeichen von Krieg und Frieden fremd – es handelt sich um die Wiedereinführung einer Maßnahme internationaler kontrollierter Gewaltanwendung, die dem universellen Gewaltverbot nicht diametral widerspricht, da sie im Zeichen der dem Gewaltverbot zugrundeliegenden Prinzipien geführt wird.

**2. Zur rechtlichen Dimension**

*Humanitäre Intervention*

Was versteht man unter einer Humanitären Intervention? Anfänglich hat man darunter nur karitative Aktivitäten im Sinne der „Humanitären Hilfe“<sup>7</sup> in einer kriegerischen Krisenregion verstanden. Der nächste Schritt bestand in militärischen *friedenssichernden* Interventionen mit Einverständnis des betroffenen Staates (klassische UN-Blauhelmission, wie etwa in Zypern oder auf dem Golan). Zu Beginn der 90er Jahre des 20. Jhdts ging man dazu über, *friedensschaffende* Interventionen im Auftrag oder mit Bevollmächtigung durch den UN-Sicherheitsrat (SR) durchzuführen. Mit ihnen wird etwa ein Bürgerkrieg mit militärischen Mitteln beendet oder eine Schutzzone errichtet, speziell wenn die ordnungspolitischen Mechanismen eines Staates partiell oder total ausgefallen sind, womit sich die Frage nach der Relevanz der Zustimmung bestimmter Machtzentren auf einem solchen Territorium relativiert (Beispiel: Somalia, [Ruanda], Bosnien). Der letzte Schritt in dieser Entwicklung ist die – von der UNO nicht autorisierte – militärische Intervention in einen ordnungspolitisch funktionierenden Staat (Jugoslawien) zum Zweck der unmittelbaren Beeinflussung der inneren Politik im Zeichen etwa der Souveräni-

tät<sup>8</sup> von UN-Mitgliedern (Beispiel: Irak-Kuwait) oder der Menschenrechte: der Beugekrieg<sup>9</sup> (Beispiel: Kosovo). Bei all diesen Varianten der direkten Einschränkung der Souveränität lässt sich eine SR-ermächtigte und eine nicht vom SR ermächtigte Variante vorstellen. Gegenstand der gegenwärtigen Diskussion ist die letztgenannte, ethisch zu legitimierende Humanitäre Intervention.

Wie bereits im politischen Zusammenhang dargestellt wurde, kommt es auf die Legitimierung *zur* Intervention und zum legitimationsgerechten Verhalten *in* der Intervention an. Die Art und Weise der Ausführung von militärischen Humanitären Interventionen, darf der „Humanität“ nicht widersprechen. Menschenverachtende Kriegsführung darf zu keinem Zweck ein Mittel sein. Man hat nach Möglichkeit, auch im Falle eines Beugekrieges in demokratischen Staaten, die Zivilbevölkerung zu schonen, wobei niemand gezwungen ist, sein Leben zu riskieren, um das Leben des Feindes zu retten. Er hat nur das ihm Mögliche zu tun bzw zu unterlassen, was die Zivilbevölkerung massiv an Leib und Leben schädigen würde, wie in der Kosovo-Intervention – bei aller Tragik der aufgetretenen Kollateralschäden – zweifelsfrei zu beobachten war.

Die zentrale Frage angesichts des Kosovo-Einsatzes lautet nun, ob eine militärische Humanitäre Intervention ohne Ermächtigung des SR einen Rechtsbruch darstellt. Nimmt man das Problem von einem „charta-positivistischen“ Standpunkt aus in den Blick, so könnte man meinen, dass das von der Satzung vorgesehene Verfahren nicht eingehalten (also keine Ermächtigung des SR vorlag) und damit der Charta in der Tat widersprochen wurde. Damit könnte man einen Rechtsbruch konstatieren, wie dies auch häufig geschieht. Betrachtet man die Rechtslage aber unter Einbeziehung teleologischer Gesichtspunkte, wie sie im Prinzipienwerk der Charta zum Ausdruck kommen, so stellt sich die Situation anders dar. In dieser Sichtweise gibt die Charta selbst (Präambel, Art 1 Z 3) Ziele und

7 Lebensmittel, ärztliche Versorgung, Kleidung, Wohnungen, bis zu Infrastrukturprojekten: Schulenbau, Hospitalbau, Brunnenbau

8 Wobei der Umstand, dass gerade in solchen Fällen eine Ermächtigung des UN-Sicherheitsrates zu erwarten ist, eine Folge der politischen Strukturen des SR ist.

9 Wobei der Umstand, dass gerade in solchen Fällen keine Ermächtigung des UN-Sicherheitsrates zu erwarten ist, eine Folge der politischen Strukturen des SR ist.

Zwecke vor, denen die auf der Charta beruhenden Institutionen zu dienen haben. Nun kann man zwar darüber streiten, welche Institutionen prinzipiell am besten dazu dienen würden, ein wesentliches Ziel zu erreichen oder zu sichern, in diesem Fall den Schutz und die Achtung der Menschenwürde, aber es ist im Falle der Verhinderung der konstitutionellen Zielsetzung einer Institution gerade durch die Verfahrens- und Organisationsstrukturen ebenderselben Institution offensichtlich, dass in diesem Fall die teloswidrigen Organisationsstrukturen keine Legalität beanspruchen können – ansonsten würde das Motto des *summum ius, summa iniuria* tragische Bestätigung erfahren.

#### UNO-Recht und die staatliche Souveränität

Die darauf aufbauende Frage geht in die Richtung, ob solcherart nicht eine immanente Fehlkonstruktion im Speziellen des SRs vorliegt, wenn er weder strukturell noch prozedural auf die ihn konstituierenden Prinzipien hin konzipiert ist. Es tritt die Frage der Menschenrechte (MR) in keinem Schritt seines Funktionierens in den Blick. Auch der Friedensaspekt wird rein negativ gefasst als Abwesenheit des politisch-ideologischen Widerspruchs der 1945 siegreichen Mächte. Damit mag der negative Weltfriede wohl gesichert werden; doch ist dies für sich allein weder die einzige noch die edelste Aufgabe der Vereinten Nationen (VN), wenn es erlaubt ist, das Kantische Bild vom Friedhofsrieden zu bemühen, dessen symbolische Kraft weit über die Primärkonnotation hinausgeht, wenn man die Millionen Toten eines halben Jahrhunderts Weltfrieden bedenkt . . .

Während das (formelle) Gewaltmonopol des SR sich der kontraktualistischen Konstruktion der UNO verdankt (also verfügbar ist), hat die universelle Geltung der substantiellen MR eine andere Quelle – und daher keine kontraktualistische Basis, sondern eine unbedingte (sie gelten daher auch ohne die VN, vor und nach den VN und sogar und vor allem auch gegen die VN), ihnen kommt *jus-cogens*-Status zu, mit

dem ein *erga-omnes*-Geltungsanspruch verbunden ist.

Ein Staat, der die – umfassend zu verstehende – Existenzgrundlage eines ganzen Volkes systematisch auslöscht, tut damit zweifellos auch *uno actu* seine grundsätzlich Missachtung von besagten *erga-omnes*-Pflichten kund, womit er sich aus der Gemeinschaft der Völkerrechtssubjekte selbst hinausstellt und damit auf seine Völkerrechtssubjektivität in Form der Souveränität Verzicht leistet. Das UN-Regime kann letztlich diesem Staat keine prozedurale Privilegierung mehr einräumen, will es seine eigenen Geltungsgrundlagen nicht radikal in Frage stellen.

Ist es aber als ein Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts der Völker zu betrachten, sich ein menschenverachtendes Regime zu „halten“? Wenn dieses Regime etwa darin seine Menschenverachtung ausdrückt, dass es sich in existenzieller Weise nicht nur gegen das So-Sein<sup>10</sup>, sondern auch gegen das Dass-Sein von Minderheiten innerhalb der Staatsgrenzen wendet, worauf hat die misshandelte Minderheit einen Anerkennungsanspruch?

Umfasst das Selbstbestimmungsrecht der Völker eine territoriale Sezession aus einem integrativen Staatsverband oder nur die Befreiung von kolonialer Fremdherrschaft? Man hat, um eine weitere Frage aufzuwerfen, ja letztlich auch nur das Recht auf leibliche Auswanderung, aber nicht das Recht, die eigene Liegenschaft für „fremd“, für ausländisches Gebiet zu erklären. Wie sieht es allerdings aus, wenn ein Staat seine Minderheit(en) dermaßen bedrängt, dass die transzendentalen Rechte derselben (Kersting) verletzt werden? Hat der Staat damit nicht konkludent auf seine territoriale Integrität Verzicht geleistet, weil er zu verstehen gegeben hat, dass er von diesen rechtlichen Ordnungsregeln nicht weiter gebunden betrachtet?

### 3. Zur ethischen Dimension

Die zentrale ethische Frage lautet daher: Wie kann internationaler Zwang gerechtfertigt werden? Können politische Machtinteressen einen solchen

Krieg rechtfertigen bzw., falls dem nicht der Fall ist, kann man sich einen Krieg denken ohne das Hineinwirken von politischen Machtinteressen?

Für die konkrete Kosovo-Intervention stellt sich die Frage differenziert insofern, als man sich überlegen muss, welchen politischen Macht- oder Hegemonialinteressen durch kampf- und sieglose (Beuge)Kriege prinzipiell gedient werden kann. Schon Clausewitz wußte, dass das Ausmaß an Vitalität des politischen Interesses direkt proportional zur Bereitschaft steht, den Mitteleinsatz zu erhöhen. Nun gilt, dass Humanitäre Interventionen idR ohne eigene Verluste abzulaufen haben. Ansonsten sind sie politisch nicht überlebar. Daran, dass die USA bzw. die NATO insgesamt Menschenverluste nicht akzeptiert hätten, kann man ersehen, dass für sie in Kosovo kaum nationale Interessen eine Rolle gespielt haben. Andernfalls wäre die Bereitschaft zum Risiko von vornherein um ein Vielfaches höher gewesen.

Also muss es ein humanitäres Interesse gewesen sein. Aber welche innerstaatliche humanitäre Krisensituation ist so gravierend, dass sie das scheinbar absolute Souveränitätsrecht – analog verstanden zur Unverletzlichkeit der eigenen Leiblichkeit – einschränken könnte? Man stößt hier auf immanente Grenzen des anthropozentristischen Etatismus, wie sie Wolfgang Kersting<sup>11</sup> unlängst herausgearbeitet hat: Während der einzelne Mensch sich seinem Körper gegenüber nicht menschenverachtend verhalten kann, kann dies ein Staat gegenüber seinen Bürgern sehr wohl tun. Außerdem hat die Würde der Mitglieder des Staates eine substantielle Bedeutung für die Legitimität des Staates, während die Zellen des Menschen keine legitimatorische Bedeutung für die Würde des Menschen haben.

Man muss sich daher auf einen materialen Souveränitätsbegriff zubewegen, also den Hobbes'schen Etatismus mit dem Kantischen Moralismus vermitteln hin zu einem zwangsbewährten prinzipiengeleiteten Institutionalismus. Denn Zwang ohne (gerechte)

<sup>10</sup> Diesem Vorgang hat ja die „Völkergemeinschaft“ im Kosovo seit 1989 ohne weitere Maßnahmen zusehen.

<sup>11</sup> Kersting, Wolfgang, in: Gustenau, Gustav (Hg): *Humanitäre Intervention zwischen Legalität und Legitimität*, Baden-Baden 2000 [Tagungsband des November 1999 – For-

schungsseminars des Instituts für Internationale Friedenssicherung der Landesverteidigungsakademie] (im Erscheinen)

Institutionen ist Gewalt, Institutionen ohne Zwangsmittel sind lächerlich. *Si pacem aeternam vis, para legem rationalem.* Man kann mit Kant keinesfalls Menschenrechtsverletzungen „schützen“ durch seinen Nicht-Interventionismus. Diese Kantische Position impliziert immer schon eine prinzipiell moralitätsverträgliche Legalität, wie sie vor dem 20. Jhd. noch denkbar schien. Nur die solcherart moralisch-teleologisch gelingende Souveränität genießt den Schutz der Nicht-Intervention im Kantischen Sinne. Im langen Schatten der 1. Hälfte des 20. Jhdts allerdings verschiebt sich die legitimatorische Dimension um die Erinnerung, dass Legalität immer schon unter einem würdachtenden Anspruch zu stehen hat.

Menschenrechtliche Zwangsangwendung oder militärische Menschenrechtspolitik: *Wofür* genau kann man einen moralischen Krieg führen, damit er seine Legitimität nicht verliert? Es wird um die Abwägung von transzendentalen (existenziell-vitalen) Menschenrechten vs programmatischen (politisch-sozialen-kulturellen) Menschenrechten zu gehen haben<sup>12</sup>. Wo transzendente Menschenrechte (wie Leben, körperliche Unversehrtheit etc) massiv verletzt werden, da ist der Frieden auch nicht mehr sicher, die regionale Stabilität mehr als gefährdet. *Wie* hat man aber einen moralischen Krieg zu führen, damit er seine Legitimität nicht verliert? Diese Frage ist äußerst schwierig zu beantworten. Es mag an dieser Stelle nur eines abschließend festgehalten werden: *Ohne* Einhaltung des *ius in bello* verliert man ein potentielles *ius ad bellum* jedenfalls.

Univ.-Doz. DDr. Christian Stadler lehrt am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Universität Wien.

# Wege zur Europäischen Verfassung

Stefan Hammer

## I. Das europäische Legitimitätsproblem

Stetig und über lange Zeit fast unmerkelt haben die Auswirkungen der Europäischen Integration in Umfang und Intensität derart zugenommen, dass die heutige Europäische Union längst alles hinter sich gelassen hat, was an zwischenstaatlichen Regelungssystemen bisher bekannt war. Das Leben der Europäer wird heute nahezu gleichermaßen durch europäisches Recht bestimmt wie durch staatliches Recht im herkömmlichen Sinn. Großteils wirkt das europäische Gemeinschaftsrecht unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, so wie Bundesrecht in jedem Gliedstaat eines Bundesstaates (Öhlinger 1999, 194), und hat sogar Vorrang vor allem nationalen Recht, das ihm entgegensteht. Dennoch ist aus der EU bis heute kein europäischer Bundesstaat geworden, der die Mitgliedstaaten in die Stellung bloßer Gliedstaaten oder Provinzen abgedrängt hätte. Nach wie vor beruht das gesamte europäische Normengebäude auf einem *völkerrechtlichen Vertragsverhältnis*, über das die Mitgliedstaaten als souveräne Vertragsparteien verfügen und das sie theoretisch auch (einvernehmlich) auflösen können. Dies gilt für alle drei „Säulen“ der Union (Art 1 Abs 3 EUV), also nicht nur für die im traditionellen Sinne „intergouvernementalen“ Bereiche der Zusammenarbeit wie GASP und ZBJI, sondern eben auch für EG, EGKS und EAG als die drei organisatorisch fusionierten supranationalen Gemeinschaften, und damit insbesondere für die „Europäische Gemeinschaft“ als den Kern des integrierten Europa.

Die zwischenstaatliche Struktur der EG zeigt sich vor allem darin, dass der Schwerpunkt der europäischen Rechtssetzung nach wie vor beim Rat liegt, wo die Suche um Kompromisse zwischen *nationalen Positionen* die gemeineuropäische Perspektive dominiert. Gesamteuropäische Sachkompetenz und transnationale Wirtschaftsinter-

sen, die sich in der Politikplanung der zentralen Bürokratie aggregiert haben, werden zwar durch die Kommission mit ihrem Initiativrecht bei der europäischen Gesetzgebung repräsentiert. Doch bewirkt eben diese institutionelle Verselbständigung eine weit gehende Abkoppelung von politischem Rechtfertigungsdruck, der seinerseits auf den fragmentierten Rahmen der jeweils national verfassten politischen Öffentlichkeiten reduziert bleibt und daher allenfalls gegenüber dem Vertreter der heimischen Regierung im Rat ausgeübt werden kann. Die Dichte und systemisch verselbständigte Eigendynamik der *gesamteuropäischen Normproduktion* können jedoch von einer *in nationalstaatliche Segmente aufgesplitterten politischen Verantwortlichkeit* nicht mehr eingefangen werden. Über die traditionellen Strukturen zwischenstaatlicher Kompromissfindung lässt sich also die gesamteuropäische Politik nicht mehr ausreichend legitimieren. Dies gilt noch verstärkt in jenen Politikbereichen, in denen das Erfordernis der Einstimmigkeit unter den Mitgliedstaaten im Rat zunehmend durch Mehrheitsentscheidungen verdrängt wird und damit nationale Willensbildungen im Einzelfall übergangen werden können (so bereits die Grundregel des Art 205 EGV).

Aber auch das Europäische Parlament konnte bislang die Träger europäischer Politikplanung keinem Rechtfertigungszwang aussetzen, der ihrer bürokratischen Herrschaft etwa auf gesamteuropäischer Ebene eine demokratische Legitimität verleihen würde. Im Gebrauch der parlamentarischen Kontrollinstrumente gegenüber der Kommission dominieren bekanntlich nationale Gesichtspunkte, und die Wahlen zum Europäischen Parlament sind bis heute kaum mehr als die Kumulation der nationalen Voten über den Wert, den die politischen, bestenfalls spezifisch europapolitischen Programme der jeweils heimischen Partei-

<sup>12</sup> Vgl. Kersting, Wolfgang: „Pax Kantiana – Towards a Political Philosophy of International Relations“, in: *prima philosophia* 6/1, 153 ff.

en für das eigene Land haben. Nach wie vor gibt es *keine gemeineuropäische Öffentlichkeit*, in der es darum ginge, welche Politik in oder für Europa insgesamt die bessere sei. Nicht nur wegen des fehlenden einheitlichen Wahlverfahrens spricht Art 189 EGV bis heute vom Europäischen Parlament als der Vertretung nicht der Bürger Europas, sondern „der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“.

Die europäische Legitimitätsfrage ist im Zuge der Debatte über den Maastrichter Vertrag offen zutage getreten und beherrscht seither die europapolitische Diskussion. Die Spuren, die das Thema bisher in den Europäischen Gründungsverträgen hinterlassen hat, bieten insgesamt ein *inkohärentes Bild von Reformstrategien*. So setzt man einerseits auf *Demokratisierung*, wenn mehr Transparenz und Bürgernähe in europäischen Entscheidungsverfahren propagiert werden (Art 1 Abs 2 EUV und Art 255 EGV; vgl. auch Art 21, 194 und 195 EGV), die integrative Bedeutung gesamteuropäischer Parteien beschworen wird (Art 191 EGV) und die Kompetenzen des Parlaments gegenüber dem Rat gestärkt werden (vor allem durch erweiterte Mitentscheidung und Zusammenarbeit von Rat und Parlament gemäß Art 251 und 252 EGV). Andererseits werden mit dem Grundsatz der Achtung der *nationalen Identität der Mitgliedstaaten* (Art 6 Abs 3 EUV) Ängste vor dem Abbau nationaler Selbstbestimmung beschwichtigt, und die Art, in der das Subsidiaritätsprinzip formuliert ist (Art 5 Abs 2 EGV), lässt die Kompetenzen der Gemeinschaft gegenüber jenen der Mitgliedstaaten von vornherein nur unter dem Gesichtspunkt der Effizienzsteigerung als legitim erscheinen, was der Option eines europäischen politischen Gemeinwesens eigentlich den Boden entzieht. Dementsprechend unverbindlich wirkt auch die Rede von der Solidarität zwischen den Völkern Europas im Rahmen der Union (5. Präambularparapher und Art 1 Abs 3 EUV). Eine dritte Schiene der Legitimitätsbeschaffung verläuft schließlich über die *Unionsbürgerschaft* und ihre projektierte Anreicherung mit *grundrechtlichen Garantien* (Art 2 Abs 1 EUV, Zweiter Teil des EGV). Dies entspricht einer Strategie, die auf Europa als Rechtsgemeinschaft statt als politische Gemeinschaft setzt und dabei vor allem dem Ausbau von Stan-

dards europäischer Rechtsstaatlichkeit durch die Rechtsprechung des EuGH eine entscheidende legitimierende und integrative Wirkung zuschreibt.

Die angesprochenen Ansätze zum Abbau des europäischen Legitimitätsdefizits sind nicht etwa direkt miteinander unverträglich; es liegen ihnen jedoch ganz unterschiedliche Vorstellungen darüber zugrunde, worin denn eigentlich das europäische Legitimitätsproblem besteht und wie es daher vorrangig zu beheben wäre. In der Propagierung unterschiedlicher Therapievorschläge sind *divergierende Diagnosen* impliziert, die alles andere als ausgemacht sind: Ob Europa demokratiebedürftig bzw. überhaupt demokratiefähig ist, ob stattdessen rechtsstaatliche Freiheitsverbürgungen politische Partizipationsansprüche absorbieren können, oder ob nicht vielmehr die Wahrung nationaler und vielleicht noch die Aufwertung regionaler Identitäten die Akzeptanz einer dann rein technisch-pragmatisch verstandenen europäischen Erfolgsgemeinschaft stärken sollte – all dies sind viel diskutierte, aber bislang ungelöste Grundstanzfragen. Wo gleichsam der archimedische Punkt des Problems liegt, ist also nicht leicht auf den Begriff zu bringen.

Am wenigsten voraussetzungsvoll, dadurch aber tiefgreifend erscheint hier eine spezifische Version der Frage nach der Neuordnung Europas, nämlich die *Frage nach einer europäischen Verfassung*. Wie eine Verfassung beschaffen ist, inwiefern sie rechtsstaatlich, demokratisch, föderativ ausgestaltet ist, scheint durch den Begriff der Verfassung selbst nicht präjudiziert. Der Verfassungsbegriff ist aber andererseits auch kein ganz leerer Formalbegriff, der für jedwede Verfasstheit von Assoziationen aller Art Verwendung finden könnte. „Verfassung“ im eigentlichen Sinn bezeichnet vielmehr ein bestimmtes Paradigma politischer Legitimität, das sich im Zusammenhang mit den bürgerlichen Revolutionen im europäisch-atlantischen Raum herausgebildet hat (Grimm 1995, 582–584). Der Begriff ist also nicht völlig indifferent gegenüber inhaltlichen Legitimitätsanforderungen und verspricht gerade deshalb, das Vorverständnis dafür aufzuhellen, wo und warum am politischen System Europas heute ein Legitimitätsproblem wahrgenommen wird.

## II. Grundrechte und Gewaltenteilung als Verfassungsmerkmale

In einer ersten Annäherung markiert das Konzept der Verfassung das Resultat des Kampfes der bürgerlichen Gesellschaft gegen den monarchischen Absolutismus: Die souveräne Staatsgewalt sollte durch die Garantie bürgerlicher Freiheiten begrenzt und durch gegliederte Teilhabe an der Macht kontrollierbar gemacht werden. Eine prägnante Formulierung dessen, was für ein solches mit dem Begriff „Verfassung“ bezeichnetes Ordnungsmodell kennzeichnend ist, stammt aus der Ursprungszeit des klassischen Verfassungsbegriffs. Artikel 16 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 sagt: „*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*“ Garantie von Grundrechten und geteilte Herrschaftsgewalt gelten demnach als unverzichtbare Elemente für das Vorhandensein einer Verfassung. Misst man die gegenwärtige Ordnung Europas und die Optionen für ihre Weiterentwicklung an diesen Vorgaben, so kann man dies zunächst tun, ohne das Wesen der EU näher zu qualifizieren, zumal der Text der französischen Erklärung selbst nicht näher spezifiziert, von welcher Art eine „société“ sein muss, um verfassungsfähig zu sein. Es muss sich also nicht unbedingt um einen Staat (im traditionell völkerrechtlichen Sinn) handeln, und *der Verfassungscharakter der Europäischen Unionsgrundordnung scheidet nicht schon am fehlenden Staatscharakter Europas*.

a) Der *Grundrechtsschutz* als das erste Merkmal einer Verfassung verlangt nicht zwingend einen geschriebenen Grundrechtekatalog. Dies zeigt am deutlichsten das Beispiel Großbritanniens, welches trotz Fehlens eines einigermaßen vollständigen Rechtekatalogs als ein klassisches Beispiel des Verfassungsstaates gilt. Ebenso wie dort ist in der EG der Bestand an Grundrechten eine Errungenschaft der richterlichen Gewalt; während er in England von der Gerichtsbarkeit als Bestandteil des common law entwickelt wurde, gilt er im Rahmen der Gemeinschaft als Ausfluss der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die vom EuGH unter Rückgriff auf die gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten, so wie sie sich vor allem in der EMRK nie-

dergeschlagen hat, entfaltet werden. Dieser richterrechtlich entwickelte Bestand an Rechtsstaatlichkeit, der seit Maastricht auch im Text der Gründungsverträge anerkannt ist (Art 6 Abs 2 EUV), macht aus den Europäern als Untertanen der Gemeinschaftsgewalt Träger von Grundrechten, und macht die EG insofern zu einer Grundrechtsgemeinschaft. Dem soll die Unionsbürgerschaft im Europäischen Unionsvertrag Ausdruck verleihen (vgl. Art 2 Abs 1, 3. Unterabsatz, EUV). *Das eine Merkmal einer Verfassung, nämlich die Limitierung politischer Macht durch garantierte Bürgerrechte, scheint also für die heutige Unionsgrundordnung gegeben.*

Indessen hat die Union die allgemeinen Grundrechte nicht zu „ihrer Sache“ gemacht, so wie dies für die vier gemeinschaftsspezifischen Freiheiten des freien Personen-, Dienstleistungs-, Waren- und Kapitalverkehrs gilt: Während die volle Entfaltung und Verwirklichung der vier Freiheiten im europäischen Binnenmarkt eine Hauptaufgabe der Gemeinschaft, ja ihre eigentliche *raison d'être* ausmacht, bilden die allgemeinen Grundrechte nach der bisherigen Rechtsprechung ihres Gerichtshofs *nur die Schranke, nicht den Zweck ihrer Tätigkeit*. Abgesehen von der punktuellen Kompetenz zur Bekämpfung von Diskriminierungen (Art 13 EGV) hat die Gemeinschaft die Grundrechte bloß im Rahmen der eigenen, ihr durch die Gründungsverträge übertragenen Agenden zu *respektieren*, nicht aber gegenüber ihren souveränen Mitgliedstaaten verbindlich zu *definieren* oder gar *durchzusetzen*. Die Gemeinschaftsgrundrechte sind also mit den Gemeinschaftskompetenzen akzessorisch, und dieser Mangel einer selbständigen Rechtsetzungskompetenz im Grundrechtsbereich hindert die Gemeinschaft sogar, ohne Änderung der Gründungsverträge selbst der EMRK beizutreten (siehe das Gutachten des EuGH 2/94 vom 28. März 1995 zu dieser Frage, insb Ziffern 27–36). Umso weniger binden die Gemeinschaftsgrundrechte die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer eigenen Rechtsordnungen, sondern eben nur insoweit, als sie Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben. Der EUV sanktioniert zwar seit Amsterdam eine Bindung der Mitgliedstaaten an den grundrechtlichen Kern ihrer gemeinsamen Verfassungstradition (Art 7 iVm Art 6 Abs 1 EUV), doch bleiben die gemeineuropäischen Grundrechte au-

ßerhalb des Anwendungsbereichs der Gründungsverträge weder gerichtlich durchsetzbar (siehe Art 46 lit d EUV), noch besteht eine Kompetenz zu einer solchen Durchsetzung im Wege der Unionsgesetzgebung.

Die heutige Situation in Europa erinnert somit an jene in den USA aufgrund der Bundesverfassung von 1787. Vorrangiges Ziel der Konstituierung der Bundesgewalt und zugleich die wichtigste Kompetenz des Bundes war – vergleichbar mit dem europäischen Binnenmarkt – der Abbau der zwischen den Staaten bestehenden Handelschranken, und die Bundesgrundrechte, die anfangs ebenfalls nur als implizite Schranken der Bundesgewalt galten, waren auch nach ihrer Kodifikation von 1791 *nur für den Bund, nicht für die Staaten verbindlich*. Das Fehlen eines gemeinsamen, in allen Staaten geltenden nationalen Grundrechtsstandards hat sich in der Folge jedoch als schwerer Mangel erwiesen und dazu geführt, dass die Vereinigten Staaten durch ihre innere Zerrissenheit in der denkbar ernstesten aller Menschenrechtsfragen, nämlich der Sklavereifrage, beinahe zerbrochen wären. Umstritten war nämlich nicht nur das Sklavereiverbot selbst, sondern vor allem das Recht der Bundesgewalt, darüber für alle Staaten verbindlich zu entscheiden. Amerika war also *vor dem Bürgerkrieg keine volle Grundrechtsgemeinschaft*, und der Weiterbestand der nationalen Einheit danach war nur durch einen politischen Akt der Verfassungsgebung zu retten, der alle Staaten an die elementaren Grundrechte der Bundesverfassung band (sog. „Reconstruction Amendments“).

Demgegenüber ist aber Europa ohne Bindung der Mitgliedstaaten an Gemeinschaftsgrundrechte schon vorab grundrechtlich integriert gewesen. Nicht die Gemeinschaft war es, die einen gemeinsamen europäischen Grundrechtsstandard in den Mitgliedstaaten durchsetzen musste, vielmehr musste sie sich langsam dem in den Mitgliedstaaten bestehenden – und zwischen ihnen im Rahmen der EMRK bereits vertraglich gesicherten – gemeineuropäischen Grundrechtsniveau unterwerfen. Die Unionsgrundrechte wirken nicht grundrechtsbildend in den Mitgliedstaaten, sondern müssen umgekehrt aus dem bereits außerhalb der Gemeinschaftsverfassung bestehenden „gemeineuropäischen Verfas-

sungsrecht“ (Häberle 1991) gewonnen werden. So gesehen bilden die Grundrechte für die Union ein *externes Verfassungselement*, das nicht zu ihrer eigenen, politisch konstituierten Grundordnung zählt (vgl. Rodriguez Iglesias 1999, 2 f, 5, 8 f). Während also Amerika erst aufgrund einer politischen Integrationsleistung zu einer Grundrechtsgemeinschaft geworden ist, *geht die grundrechtliche Integration Europas seiner politischen Integration voraus*. In diesem Sinn kann von Europa gesagt werden, es sei eine Rechtsgemeinschaft, aber keine politische Gemeinschaft (vgl. Preuß 1994a, 277–281).

b) Der Befund zur *Gewaltenteilung* als dem zweiten institutionellen Merkmal des Verfassungsbegriffs fällt für die Unionsgrundordnung ähnlich ambivalent aus. Versteht man unter Gewaltenteilung zunächst einfach die Verfasstheit politischer Macht in *einer Mehrzahl rechtlich gebundener Befugnisse*, somit als institutionelle Absage an das absolutistische System, so gilt für die Rechtsordnung der Union *noch viel ausgeprägter als für jeden gewaltenteilten Verfassungsstaat*, dass es darin keinen Souverän, sondern nur Kompetenzen gibt (vgl. Kriele 1994, 121–126): Die Gemeinschaftsgewalt besteht schon insgesamt nur aus den von den Mitgliedstaaten übertragenen „begrenzten Einzelermächtigungen“ (vgl. Art 5 Abs 1 EGV). Sie ist auch in unterschiedliche Funktionen differenziert, die nach dem Muster nationalstaatlicher Gewaltenteilung als Legislative, Exekutive und Gerichtsbarkeit verschiedenen Organen übertragen sind. Deutet man die Organe der Gemeinschaftsgesetzgebung nach dem Modell des Zweikammersystems, so kommt dem Rat als dem Element föderaler Gewaltenteilung innerhalb der Legislative durch seine Dominanz gegenüber dem Parlament als erster Kammer noch ein weit aus größeres Gewicht als in jedem Bundesstaat zu. Die Exekutivgewalt liegt (gleichsam in extremer Ausformung vertikaler Gewaltenteilung) größtenteils bei den Mitgliedstaaten, und der bei der Zentrale verbleibende Anteil wird von der Kommission als Gemeinschaftsregierung wahrgenommen, die im Übrigen, ähnlich wie im parlamentarischen System, die Hauptrolle bei der Gesetzgebungsinitiative innehat. Die unabhängige Gerichtsbarkeit des EuGH, selbst ein Schlüsselfaktor in die-

sem institutionellen Gleichgewicht, sichert zugleich die Gewaltenteilung als Kompetenzordnung der Gemeinschaftsverfassung, und dies noch in einem gewaltenteilenden Kooperationsverhältnis mit der unabhängigen Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten: Jeder Rechtsakt der Gemeinschaft, der von nationalen Gerichten gegenüber dem einzelnen Bürger anzuwenden ist, kann aus eben diesem Anlass im Wege einer Vorlage vor den EuGH auf seine Rechtmäßigkeit und damit auch auf seine Kompetenzmäßigkeit geprüft werden (Art 234 EGV). Damit wird also auch die Freiheit des Bürgers geschützt, wenn man diese mit Montesquieu als die rechtliche Sicherheit verstehen will, zu keinem Verhalten, das nicht rechtmäßig vorgeschrieben ist, gezwungen zu werden (Montesquieu 1748, XI, 3 und 4; XII, 2). Die der Gewaltenteilung im überkommenen Verfassungsdenken zugeschriebene Funktion der Freiheitssicherung trifft sich hier mit der rechtsstaatlichen Funktion des Grundrechtsschutzes (vgl. auch - Pauly 1998, 256).

Die Gewaltenteilung als Kennzeichen einer Verfassung erschöpft sich freilich nicht in ihrem rechtsstaatlichen Gehalt. In politischer Hinsicht ist ihr vielmehr der *begriffliche Bezug zu einer vorausgesetzten politischen Einheit* eingeschrieben, die sie in rechtsstaatlicher Gliederung als allgemeinen Willen zur Geltung bringt und damit absolute Herrschaft zur „gemäßigten“ Regierung eines Gemeinwesens umformt, welches allgemeine Freiheitssicherung zum Zweck hat. Nicht erst Rousseau als Theoretiker des unteilbaren Gemeinwillens übt Kritik an partikularisierenden Vorstellungen von der Gewaltenteilung (Rousseau 1762, II, 2); bereits Montesquieu insistiert auf dem republikanischen Amtsverständnis, dessen Bezug zur politischen Einheit des freiheitlichen Gemeinwesens auch die Monarchie gewaltenteilig verfassbar macht und sich darin von der antiken Vorstellung einer bloßen Aggregation verschiedener Machttträger in einer „gemischten Regierung“ abhebt (vgl. Montesquieu 1748, XI, 7–10). Und wenn schließlich unter modernen Bedingungen demokratischer Legitimität die Gewaltenteilung insbesondere in Form der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Despotie der Mehrheit verhindern soll, so wird auch diese mehrheitshemmende Funktion gerade durch den Bezug

zu einem vorausgesetzten Volkswillen legitimiert: Diesen zu repräsentieren kann nämlich keines der Verfassungsorgane, auf die das Volk seine politische Macht übertragen hat, exklusiv für sich beanspruchen, auch nicht eine parlamentarische Mehrheit (siehe Madison in den Federalist Papers, insb. Nr. 10, 39 f, 49–51; Ackerman 1991, 165–199). Sogar im amerikanischen Gewaltenteilungsverständnis, das der Theorie unteilbarer Souveränität wohl am wenigsten nahe steht, gilt also letztlich die Volkssouveränität, zumindest als verfassungsgebende Gewalt, als der politische Einheitsgrund aller geteilten Herrschaft.

Demgegenüber ist die Gewaltenteilung innerhalb der europäischen Institutionen nicht das Ergebnis des Bemühens, Europa als politische Einheit freiheitlich zu verfassen. Vielmehr schaffen die europäischen Gründungsverträge allererst eine Koordination unabhängiger politischer Einheiten und konstituieren damit ein Gebilde, dessen politische Macht *unausweichlich polyzentrisch verteilt ist und bleiben muss, solange es aus den souveränen Mitgliedstaaten als den Herren der Verträge gebildet wird*. Nicht eine verfassungsgebende Gewalt Gesamteuropas, sondern allenfalls jene der einzelnen mitgliedstaatlichen Völker ist es, die – etwa in nationalen Referenden über den Beitritt oder über Änderungen der Gründungsverträge – der Unionsordnung ihre normative Basis verleiht (vgl. Rodriguez Iglesias 1999, 2 f). Rat und Parlament der EG repräsentieren schon nach ihrem institutionellen Design keinen europäischen Volkswillen, sondern die Regierungen bzw. Bevölkerungen der Mitgliedstaaten. Mit der Kontrolle der Gemeinschaftsgesetzgebung durch den EuGH wird also nicht die Integrität der verfassungsgebenden Gewalt eines europäischen Gemeinwillens gegen den Despotismus einer Mehrheitsdemokratie gewahrt, sondern die Begrenzung der der Gemeinschaft von allen Mitgliedstaaten übertragenen Souveränitätsrechte gesichert. Erst als *Reflexwirkung* daraus kann über Initiative der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten jene freiheitssichernde Funktion mobilisiert werden, die der rechtsstaatlichen Bindung der Gemeinschaftsgewalt an die Gründungsverträge sowie an den gemeinsamen Kernbestand der mitgliedstaatlichen Verfassungen zukommt.

Ähnlich wie schon am Verfassungsmerkmal der Grundrechtgarantie zeigt sich also auch an jenem der Gewaltenteilung, dass *die Union die verfassungstypischen Merkmale ihrer Grundordnung nicht auf eine eigene Verfassungsgebung als politische Gemeinschaft gründen kann, sondern aus der weiterbestehenden Pluralität und autonomen Verfasstheit ihrer Mitgliedstaaten beziehen muss*. Europa verdankt seine freiheitssichernde Gewaltenteilung bis heute dem Umstand, dass es aus einer Mehrzahl freiheitlicher, gewaltenteilend verfasster Gemeinwesen gebildet wird, deren Integrität gewahrt bleibt, und es verdankt seine Grundrechte den Gemeinsamkeiten im Verfassungsbestand seiner Glieder, in die es eingebettet bleibt. Kann eine solcherart qualitativ gleichsam *halbierte Verfassung* ein staatsähnlich verdichtetes supranationales Herrschaftssystem ebenso gut legitimieren wie eine Verfassung im tradierten Vollsinn des Begriffs, oder muss die *bloß rechtliche Vergemeinschaftung verfassungstypischer Institutionen der Freiheitssicherung* auch von einer *politischen Vergemeinschaftung* getragen sein, um ein solches System ausreichend legitimieren zu können?

### III. Freiheit als Verfassungszweck und europäisches Gemeinwesen

Wer die Zählung des europäischen Machtapparats durch richterliche Gewährung von Freiheitsrechten und rechtsstaatlich gesicherte Kompetenzgliederung für ausreichend hält, argumentiert aus dem *liberalen Verfassungsverständnis* einer Limitierung öffentlicher Gewalt zur Sicherung *privater Freiheit*, das heute vielfach als das moderne Verfassungsverständnis schlechthin gilt (zB Stourzh 1989, 1 f, 29–34). Das im neuzeitlichen Verfassungsbegriff ursprünglich ebenfalls vorausgesetzte Moment der *politischen Freiheit*, das an die Idee einer von den Bürgern in einem Gesellschaftsvertrag sich selbst gegebenen öffentlichen Ordnung anschließt, ist in der späteren Phase der Demokratisierung des Verfassungsstaates im *Demokratiebegriff* aufgegangen, der gleichsam neben den Verfassungsbegriff getreten ist und zu dessen Reduktion auf den liberalen Aspekt beigetragen haben dürfte: Da die Demokratie das Volk als politisches Kollektivsubjekt zum Souverän macht, bedarf sie selbst ebenfalls einer verfassungsstaatlichen Limitierung durch

Grundrechte und Gewaltenteilung, insbesondere durch mehrheitshemmende Institutionen wie die Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Verfassung dient hier aber nur als flankierende Sicherung dafür, dass die eigentliche Legitimationsquelle politischer Herrschaft, nämlich der souveräne Volkswille, nicht die individuelle Freiheit bedroht.

Vor dem Hintergrund eines solchen liberalen Verfassungskonzepts muss nun jegliches Postulat einer politischen Vergemeinschaftung der Bürger Europas als Demokratisierungspostulat erscheinen, für das kein anderes Paradigma verfügbar ist als das *nationalstaatlich geprägte Konzept der Volkssouveränität*. Dessen Übertragung auf die *gesamteuropäische Ebene* führt aber in ein bereits viel diskutiertes *Dilemma*: Einerseits kann eine bloße Demokratisierung der europäischen Institutionen, also insbesondere eine deutliche Kompetenzverschiebung vom Rat auf das Parlament, allein noch keine demokratische Legitimität generieren, wenn sie nicht auf ein bereits integriertes europäisches Volk trifft, das im Medium einer gemeineuropäischen demokratischen Öffentlichkeit durch die Parlamentsmehrheit repräsentiert würde. Andererseits ist aber genau eine solche Integration zu einer europäischen Volkseinheit derzeit, vor allem auch wegen der fehlenden sprachlichen Einheit Europas, nicht abzusehen, sodass der demokratische Rekurs auf die Volkssouveränität den nationalen Rahmen der einzelnen Mitgliedstaaten nicht überschreiten kann (Lepsius 1991, 27–31; Grimm 1995, 587–589). Unter solchen Voraussetzungen bleibt somit die Dynamik der institutionellen Integration Europas einer demokratischen Legitimation unzugänglich (vgl. dazu Habermas 1996, 186–188).

Eine *Rückbesinnung auf ein politisches Verfassungsverständnis, das dem nationalstaatlichen Verständnis der Volkssouveränität vorausgeht*, kann die aporetische Übertragung des nationalstaatlich geprägten Demokratiebegriffs auf die gesamteuropäische Ebene relativieren, ohne deshalb die Legitimationsbedürftigkeit der europäischen Ordnung aus der politischen Freiheit seiner Bürger in Abrede zu stellen. Das im Verfassungsbegriff der früheren Neuzeit artikulierte Legitimationsmodell, so wie es grob gesprochen aus der Fusion der traditionellen Einbindung politischer Herrschaft in

der *rule of law* mit der vernunftrechtlichen Theorie des Gesellschaftsvertrages hervorgegangen ist, macht die Bürger insofern auch zu *politischen* Subjekten einer Rechtsgemeinschaft, als sie sich über ihren eigenen Status in dieser Gemeinschaft als Rechtspersonen miteinander zu verständigen haben. Mit einer Verfassung wird die rechtliche Freiheit der Bürger zum eigentlichen Zweck des Staates gemacht, und zwar im Unterschied zu den nicht im eigentlichen Sinn „verfassten“ Staaten, die andere Herrschaftszwecke haben (so deutlich Montesquieu 1748, XI, 5 und 7). Darin ist noch der vormoderne, aristotelische *Begriff des Gemeinwesens* erkennbar, der Begriff einer *Politeia*, die sich von anderen Herrschaftsformen dadurch unterscheidet, dass sie nur um des Menschseins ihrer Bürger willen besteht, also in der Entfaltung der politischen Natur des Menschen selbst ihren Endzweck hat und darin ihrem Wesen nach allen vorläufigen Gemeinschaftsbildungen und deren partikularen Zwecksetzungen vorausgeht (Aristoteles, *Pol.*, insb. I, 2; III, 6 und 9; dazu grundlegend Ritter 1969, 71–77, 92–95, 131 f). In der Brechung durch den neuzeitlichen Freiheitsbegriff entspricht diesem *Topos* der *ultima communio* dann die Auszeichnung des *Gesellschaftsvertrags als Vertrag sui generis*, weil er die Stellung des autonomen Subjekts als Rechtsperson und damit als Subjekt möglicher Rechts- und Vertragsbeziehungen überhaupt zum Gegenstand hat. Ein solcherart unter der regulativen Idee eines „Vertrags der Errichtung einer bürgerlichen Verfassung“ stehendes „gemeines Wesen“ gewinnt also seinen *politischen Einheitsbezug aus der Thematisierung des Freiheitsrechtes seiner Bürger als seinem „Zweck an sich selbst“* (Kant 1793, A 232–233; dazu Kersting 1994, 197–199, 210, 242 f). So sagt denn auch Artikel 2 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, Ziel und Zweck jeder politischen Vereinigung („association politique“) sei die Erhaltung der natürlichen und unveräußerlichen Menschenrechte. Das ist es also, was eine „*société*“ kennzeichnet, für welche Artikel 16 derselben Erklärung den Schutz der Rechte und die Teilung der Gewalten als die Verfassungsmerkmale postuliert, die uns bisher als Maßstab begleitet haben.

Das dem neuzeitlichen Verfassungsbegriff eingeschriebene Konzept eines politischen Gemeinwesens bringt den Anspruch politischer Freiheit also darin zur Geltung, dass der *Gegenstand, über den die Bürger zu bestimmen haben, die rechtliche Gestalt ihrer Autonomie selbst ist*. So gesehen liegt das europäische Legitimitätsproblem nicht so sehr im Mangel einer europäischen Volkseinheit begründet, sondern eher in dem, was vielfach als die (marktökonomische) „*Finalität*“ der Gemeinschaft bezeichnet wird: Trotz programmatischer Anreicherung der übergreifenden Unionsziele mit gewissen Charakteristika eines staatlichen Gemeinwesens (Art 2 Abs 1 EUV) bleibt die EG als Grundpfeiler des integrierten Europa auf den *partikulären Zweck der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes* ausgerichtet (Art 2 EGV). Und obwohl sie ihre Kompetenzen in fast alle öffentlichen Aufgabenbereiche hinein ausgeweitet hat, hat sie die Freiheit ihrer Bürger bislang nicht zu ihrer eigentlichen *raison d'être* gemacht, so wie das für verfassungsstaatliche Gemeinwesen zumindest implizit gilt (vgl. Heintzen 1997, 10 f). Während die Europäer jeweils als Bürger ihres Heimatstaates Mitglieder einer Anerkennungsgemeinschaft sind, in der sie sich auf die Garantie rechtlicher Freiheit als Staatsziel verpflichtet haben (Denninger 1994, 98–101), sind sie als Bürger der Union nach wie vor allenfalls Nutznießer einer ökonomischen Zweckgemeinschaft, die lediglich aufgrund ihrer Einbettung in ein Milieu freiheitlicher Gemeinwesen rechtsstaatlich einigermaßen gezähmt ist. Das Fehlen eines eigenen Grundrechtekatalogs ist nur das äußere, besonders sinnfällige Zeichen für diesen Umstand; er wird noch dadurch strukturell bekräftigt, dass die Gemeinschaft eben auch über gar keine Grundrechtekompetenz verfügt, die aus der funktionalen Einbindung in den *Finalitätszusammenhang des Binnenmarktes lösbar wäre*. Diese finale Kompetenzbindung bildet nicht nur eine Schranke für die Rechtssetzung der Gemeinschaft im Grundrechtsbereich, sondern äußert sich auch in einer tendenziellen Instrumentalisierung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes für die ökonomischen Integrationszwecke, nicht zuletzt in der Rechtsprechung des EuGH selbst (dazu etwa Schmidt-Aßmann 1993, 931, 934).

Die Konsequenz aus diesem Befund lautet, dass Europa, um ein verfasstes Gemeinwesen zu werden, eine *Grundrechtsgemeinschaft auch im politischen Sinn* werden muss. Weder die gemeinsame grundrechtliche Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten noch ihre Rezeption durch die Rechtsprechung des EuGH und deren Sanktionierung in den Gründungsverträgen reichen hierfür aus. Vielmehr bedarf es einer *politischen Thematisierung der Grundrechte im Sinn einer Neubestimmung des europäischen Integrationsziels*, die nicht nur von den Mitgliedstaaten im Rahmen einer bloßen Vertragsrevision, sondern *von der europäischen Aktivbürgerschaft zu tragen* wäre. Denn die durch eine Verfassung gewährleistete Ausrichtung des Vergemeinschaftungszwecks auf die Freiheit der Bürger erzeugt nur dann die Legitimität eines politischen Gemeinwesens, wenn sie von den Bürgern als seinen Subjekten getragen wird. Soll Europa verfasst werden, so muss aus dem Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten der Union ein Gesellschaftsvertrag zwischen ihren Bürgern werden (Weiler 1997, 287). Es kommt also darauf an, *ob die Europäer sich als politische Gemeinschaft verstehen, welcher die Idee eines Gesellschaftsvertrages über die Fundamentalbedingungen legitimer Rechtsverhältnisse unter ihren Mitgliedern unterstellbar ist.* - Dies verlangt nicht in allen europapolitischen Sachfragen das Bewusstsein, schon automatisch eine Solidargemeinschaft, wohl aber, eine politische Rechtfertigungsgemeinschaft zu bilden. Eine solches Bewusstsein kann sich schrittweise herausbilden (wobei sowohl Grundrechtsschutz als auch institutioneller Ausbau eines gesamteuropäischen Parlamentarismus integrationsbildend wirken können) oder durch einen politischen Kraftakt entstehen (ein „constitutional moment“ im Sinne von Ackerman 1991). In letzterem Fall aber müsste ein solcher Akt, etwa die Aufnahme eines Katalogs der Unionsgrundrechte in die Gründungsverträge, nicht nur als Vertragsänderung den Mitgliedstaaten der Union, sondern zugleich als ein Akt der Verfassungsgebung der europäischen Aktivbürgerschaft zurechenbar sein.

Erst mit der Entstehung einer europäischen Verfassungsgemeinschaft würde aus der Union mehr als eine bloße Zweckgemeinschaft, nämlich ein allen partikulären Zwecken vorausliegen-

des Gemeinwesen, das über eine *eigene, nicht mehr von den Mitgliedstaaten abgeleitete politische Legitimität* verfügt. Die polyzentrische Machtstruktur der Union insgesamt erhalte aus der Vereinigung ihrer Bürger zu einem solchen Gemeinwesen ihren bislang fehlenden *politischen Einheitsbezug* und würde nach dem Schema eines *gewaltenteilenden Systems* deutbar gemacht, in dem sich ein Gemeinwille artikuliert, der die Freiheit aller zu seinem Zweck hat. Diese Transzendierung marktökonomischer Finalität impliziert keineswegs die Erosion des Systems begrenzter Zuständigkeiten, das die wesentliche Basis für die rechtliche Bindung der Gemeinschaftsgewalt bildet. Vielmehr würden die Kompetenzen der Gemeinschaft insgesamt nur ihre Ausrichtung auf partikuläre ökonomische Zielsetzungen verlieren und sich zu final gleichsam neutralisierten öffentlichen Aufgabenbereichen entwickeln, in welchen es gilt, auf gesamteuropäischer Ebene ein System wohl geordneter Freiheit als „Zweck an sich selbst“ herzustellen. In dieser Hinsicht würde sich die europäische Kompetenzverteilung strukturell nicht mehr von jener in klassischen Bundesstaaten unterscheiden, in welchen dem Bund ebenfalls nur die explizit durch die Verfassung übertragenen Kompetenzen zukommen, die allerdings nicht alleamt auf die Verwirklichung eines spezifischen Politikzwecks gerichtet sind, sondern als überregionaler Ausschnitt aus dem Gesamtumfang staatlicher Gemeinwohlverantwortung zu gelten haben (vgl. Stettner 1983, 277 f. i.V. m. 115, 132, 322 und passim). Ein gewandeltes Verständnis der *Gemeinschaftskompetenzen als Sachbereiche gesamteuropäischer Gemeinwohlverantwortung* wäre so gesehen einfach Ausdruck bzw. Kehrsseite einer neuen Ausrichtung der Gemeinschaft auf die Verwirklichung der allgemeinen grundrechtlichen Freiheit der Unionsbürger. Darauf muss sich letztlich auch die *Akzeptanz gesamteuropäischer Mehrheitsentscheidungen* gründen können, insbesondere jener, mit denen die jeweils eigenen nationalen Mehrheiten überstimmt werden.

Eine Konstitutionalisierung Europas, die sich als politische Verständigung der Unionsbürger über ihre Rechte versteht, setzt nun keine europäische Volkseinheit im nationalen oder gar ethnisch-kulturellen Sinn als verfassungsgebende Gewalt voraus, sondern hätte allenfalls ein europäisches Volk

im zivilgesellschaftlichen Sinn erst hervorzubringen. Der „horizontale Gesellschaftsvertrag“, mit dem sich ein „Volk“ als Bürgergesellschaft konstituiert, müsste solcherart in den Prozess der Verfassungswerdung selbst eingehen (vgl. Preuß 1994b, 15–19, 28 f). Freilich ist den Skeptikern gegenüber der Demokratiefähigkeit Europas zuzugeben, dass nicht nur die Einheit eines Volkes als demokratisches Kollektivsubjekt, sondern auch eine bloß zivilgesellschaftliche Integration zu einer Gemeinschaft der wechselseitigen Zuerkennung von Bürgerrechten nicht voraussetzungslos ist. Auch sie kann nur im Medium einer politischen Kommunikation stattfinden, die in der Tat ein *Minimum an sprachlicher Integration* voraussetzt. Erst die gemeinsame Sprache gewährleistet jenen gemeinsamen Wahrnehmungs- und Verständigungshorizont, in welchem sich auch eine gemeinsame politische Welt konstituieren kann. Allein die kulturelle Verwandtschaft unter den Europäern stiftet zwischen ihnen noch keine politische Gemeinschaft, und wenn sie als deren Ferment dienen soll, muss sie im Medium der Sprache zur gemeinsamen reflexiven Aneignung und politischen Affirmation geführt werden. In dieser Funktion übersteigt Sprache den einheitsstiftenden Kulturbestand im Sinne eines objektiv verstandenen Nationsbegriffs und bildet ein unverzichtbares Moment auch einer übernationalen politischen Vergemeinschaftung in einem subjektiven Sinn. Die linguistische Diversität Europas stellt eine ernst zu nehmende Hürde für eine solche politische Integration dar. Doch bringt in dieser Hinsicht die zuvor postulierte Konzentration auf die *Grundsatzthemen einer Verfassungsgebung*, insbesondere auf die Grundrechte, eine Entlastung: Nicht in allen Politikbereichen bedarf es einer gemeineuropäischen politischen Öffentlichkeit in gleichmäßiger Kompaktheit, sondern vordringlich in den fundamentalen Fragen rechtlich-politischer Freiheit. Diese sind zwar im Einzelnen nicht weniger diffizil als die sachspezifischen Fragen europäischer Alltagspolitik, weisen aber einen stärkeren *Bezug zur politischen Allgemeinbildung und ihrer alltagssprachlichen Prägung* auf und können deshalb von dem mit steigender Fremdsprachenkenntnis der Europäer auch wachsenden sprachlichen Integrationspotential Europas noch am ehesten profitieren.

#### IV. Postskriptum März 2000

Die Reaktion der „Vierzehn“ auf die Beteiligung der FPÖ an der österreichischen Bundesregierung hat auf traumatische Weise in Erinnerung gerufen, was neben wirtschaftlichen Zielsetzungen ebenfalls am Anfang der Europäischen Integration gestanden ist: die gemeinsame Entschlossenheit, nie mehr zuzulassen, was die damals nur wenige Jahre zurückliegenden Erfahrungen, in welcher Form auch immer, wieder zurückholen könnte. Dieser europäische Grundkonsens über das vorbehaltlos zu Negierende, der in Österreich bis heute nicht ausreichend bewusst geworden ist, blieb bei aller politischen Diversität in Europa offenbar ungebrochen wirksam und hat die Union als eine – bislang ungeschriebene – politische Wertegemeinschaft fundiert. Erst mit dem Vertrag von Amsterdam fand diese ihren Ausdruck in geschriebenen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzipien, die bis dahin nur als Beitrittsvoraussetzung für neue Mitglieder fungierten und nun zu einer alle Mitgliedstaaten fortwirkend verpflichtenden Integrationsbedingung gemacht wurden.

Haben aber die neuen Art 6 Abs 1 und Art 7 EUV, in deren „Vorfeld“ die Vierzehn ihre gegenwärtigen Sanktionen angesiedelt haben, Europa auch zu einer bundesstaatsähnlichen Verfassungsgemeinschaft werden lassen, in der die Rede vom „Ausland“, das sich in Österreichs „innere Angelegenheiten“ mischt, unangebracht ist? Mit dem Unionsaufsichtsverfahren des Art 7 EUV zur Durchsetzung der Prinzipien des Art 6 Abs 1 EUV in den Mitgliedstaaten ist in der Tat eine Art „guaranty clause“ entstanden, vergleichbar mit Art. IV Sec. 4 der US-Verfassung, wo dem Bund die Garantie einer „republikanischen Regierungsform“ in jedem Einzelstaat aufgetragen ist. Es gibt jedoch einen entscheidenden Unterschied: Während im amerikanischen Fall der Supreme Court das letzte Wort hat, nimmt Art 46 EUV sowohl die Implementierung des Art 6 EUV durch die Mitgliedstaaten als auch die Feststellung seiner Verletzung gemäß Art 7 Abs 1 EUV und die nach Abs 2 ergriffenen Sanktionen von der Kontrolle durch den EuGH aus. Lediglich die im Gemeinschaftsverfahren nach Art 309 EGV, Art 96 EGKS und Art 204 EAGV möglichen Folgesanktionen unterliegen der Jurisdiktion des EuGH,

die sich somit nicht auf die zugrundeliegende Feststellung nach Art 7 Abs 1 EUV erstreckt. Entgegen dem ersten Anschein zeigt also gerade die institutionelle Seite des neuen politischen Homogenitätsgebots, wie weit die EU noch hinter einen verfassungsstaatlichen Standard zurückfällt, in welchem die Beziehungen zwischen Bund und Gliedstaaten gänzlich verrechtlicht und damit gerichtlicher Kontrolle unterworfen sind.

Die Feststellung einer „schwerwiegenden und anhaltenden Verletzung von in Art 6 Abs 1 enthaltenen Grundsätzen durch einen Mitgliedstaat“ nach Art 7 Abs 1 EUV fällt in einem intergouvernementalen, rein politischen Verfahren, wie es etwa auch die OSZE, eine rein zwischenstaatliche Organisation, kennt: Bei „klaren, massiven und unkorrigierten“ Verstößen gegen die demokratie- und menschenrechtsbezogenen Verpflichtungen der sog. „menschlichen Dimension“ der OSZE durch einen Teilnehmerstaat können die politischen Organe der OSZE auch ohne dessen Zustimmung Maßnahmen beschließen, die, wie im Fall Jugoslawiens, bis zur Suspension seiner Mitgliedschaft gehen können (Prinzip des „consensus minus one“ gemäß Punkt 16 des im Jänner 1992 in Prag vom damaligen KSZE Ministerrat beschlossenen Dokuments über die Weiterentwicklung der Institutionen und Strukturen der KSZE). Die Parallelität dieses Verfahrens mit jenem der Unionsaufsicht reicht also bis zur Durchbrechung des Einstimmigkeitsprinzips gemäß Art 7 Abs 4 EUV. Die sanktionsbewährte Homogenitätsklausel macht demnach aus der Union keine politische Wertegemeinschaft in einem institutionell tieferreichenden Sinn als dies auch von der OSZE gesagt werden kann – fast ist man versucht zu sagen: im Gegenteil. Denn zur Feststellung der Verletzung demokratischer und menschenrechtlicher Mindeststandards steht der OSZE immerhin ein höchst ausdifferenziertes Instrumentarium zur Verfügung, das in der Union keinerlei Entsprechung hat. Nicht einmal die Sanktionen gemäß Art 7 EUV, geschweige denn die jetzt in seinem Vorfeld ergriffenen Maßnahmen, spiegeln also einen gesteigerten Grad institutioneller Integration nach Art einer Verfassungsgemeinschaft wider. Dass die Reaktion der Vierzehn keine Einmischung in die inneren Angelegenheiten

Österreichs darstellt, liegt aus dieser Perspektive weniger daran, dass innerhalb eines europäischen „Superstaats“ kein Raum mehr wäre für die Unterscheidung zwischen inneren und äußeren Angelegenheiten; eher erscheint diese Reaktion als „präventiver“ Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes, wonach die Einhaltung von Menschenrechten überhaupt keine ausschließlich innere Angelegenheit souveräner Staaten mehr darstellt. Auch dafür bieten wiederum die OSZE, aber etwa auch das Abschlussdokument der Wiener Menschenrechtskonferenz 1993, die entsprechenden Paradigmen.

Unterliegen nun die Maßnahmen der Vierzehn wirklich nur den Grundsätzen des allgemeinen Völkerrechts, und fallen sie aus dem Anwendungsbereich des Europarechts heraus? Es hat fast den Anschein angesichts der gelegentlich zu Tage tretenden Unbekümmertheit mancher der Vierzehn gegenüber den Grenzen, die das Europarecht solchen Maßnahmen setzt. In Wahrheit kann natürlich kein Zweifel bestehen, dass auch und gerade Sanktionen „im Vorfeld“ von Art 7 EUV an europarechtlichen Prinzipien wie der Loyalitätspflicht und dem Diskriminierungsverbot (Art 10 und 12 EGV) zu messen sind (Hummer/Obwexer 2000, 251 ff). Die gegenwärtigen Irritationen scheinen aber durch die Exemption der unter Art 7 EUV fallenden Sanktionen von der Jurisdiktion des EuGH zumindest mitbedingt zu sein. Allein ihre unabsehbaren Auswirkungen auf den betroffenen Mitgliedstaat zeigen, dass wir uns sehr wohl in einem hochgradig integrierten Staatenverbund bewegen, in dem keine Rede vom „Ausland“ mehr sein kann. Nur findet eben dieser Umstand im Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV keinen institutionellen Niederschlag. Sollte es im Gefolge der derzeitigen Ereignisse zu einer Konstitutionalisierung dieser Aspekte der Unionsgrundordnung durch entsprechende Erweiterung der Zuständigkeiten des EuGH kommen, so läge darin wohl ein entscheidender Schritt zur Bildung einer europäischen Verfassungsgemeinschaft mit integrierten Demokratie- und Menschenrechtsstandards, welche dann, entkoppelt von den sonstigen Gemeinschaftskompetenzen, gegenüber den Mitgliedstaaten auch gerichtlich kontrollierbar würden. Zugleich wäre dieser Schritt zur Konstitutionali-

sierung das Resultat einer Krise, die schon zu einer europäischen geworden ist und wie kein anderes Thema zuvor die gesamteuropäische Öffentlichkeit in Bann hält (und dadurch erst die Bildung einer solchen wesentlich vorangetrieben hat!). Die gegenwärtigen Entwicklungen haben also durchaus die Potenz, in eine von der europäischen Aktivbürgerschaft getragene verfassungspolitische Phase (i. S. von Ackerman 1991, 6 f) zu münden und den Qualitätssprung zu einer Europäischen Verfassung zu bewirken. Dazu bedürfte es dann gar keiner auf grünen Tischen entworfenen Grundrechtecharta mehr. Es wäre nicht das erste Mal in der Geschichte, dass sich die Geburt einer Verfassung nicht dem feiertäglichen Pathos eines politischen Establishments, sondern der kathartischen Wirkung einer traumatischen Krise verdankt.

#### Zitierte Literatur

- B. Ackerman, *We The People*. Foundations, Cambridge/M. 1991.  
 Aristoteles, *Politik*.  
 E. Denninger, *Sicherheit/Vielfalt/Solidarität: Ethisierung der Verfassung?* In: Preuß (ed.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt 1994, 95–129.  
 A. Hamilton/J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, New York 1787–1788.  
 D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?* *Juristen-Zeitung* 1995, 581–591.  
 J. Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, in: Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt 1996, 185–191.  
 P. Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1991, 261–274.  
 M. Heintzen, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, *Europarecht* 1997, 32, 1–16.  
 W. Hummer/W. Obwexer, *Österreich unter „EU-Quarantäne“ – Rechtsfragen der Einflussnahme auf die Regierungsbildung eines Mitgliedstaates*, *ecolex* 2000, 250.  
 I. Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, 1793.  
 W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, Darmstadt 1994.  
 M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 5. Auflage, Opladen 1994.  
 M. R. Lepsius, *Nationalstaat oder Nationalitätenstaat als Modell für die Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaft*, in: Wildenmann (ed.), *Staatswerdung Europas?, Optionen für eine Europäische Union*, Baden-Baden 1991, 19–40.  
 C.-L. de Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, Genf 1748.  
 T. Öhlinger, *Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union*, Wien 1999.

- W. Pauly, *Strukturfragen des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes*, *Europarecht* 1998, 242–262.  
 U. K. Preuß, *Europäische Einigung und die integrative Kraft von Verfassungen*, in: Gerhard/Schmalz-Bruns (eds.), *Demokratie, Verfassung und Nation*, Baden-Baden 1994, 271–287 (Preuß 1994a).  
 U. K. Preuß, *Einleitung: Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, in: Preuß (ed.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt 1994, 7–33 (Preuß 1994b).  
 J. Ritter, *Metaphysik und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, Frankfurt 1969.  
 G. C. Rodriguez Iglesias, *Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, 1–9.  
 J.-J. Rousseau, *Du Contract Social*, Amsterdam 1762.  
 E. Schmidt-Aßmann, *Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1993, 924–936.  
 R. Stettner, *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, Berlin 1983.  
 G. Stourzh, *Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff*, in: Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Wien 1989, 1–35.  
 J. H. H. Weiler, *European Citizenship: The Selling of the European Union*, in: Antalovsky/Melchior/Puntscher Riekman (eds.), *Integration durch Demokratie*, Marburg 1997, 265–296.

*Ass.-Prof. Dr. Stefan Hammer lehrt am Institut für Staats-Verwaltungsrecht der Universität Wien.*

# Perpetuating Internal Displacement:

## The Misapplication of Internal Flight Alternative and Non-State Agents of Persecution within the Context of Colombian Asylum Seekers

Cecilia Bailliet

Der folgende Beitrag von Cecilia Bailliet befasst sich mit einer in der Literatur weit aus weniger als in der Praxis behandelten Thematik des Asylrechtes, der sog. inländischen Fluchtalternative. Im österr. Recht wird sie vom VwGH damit begründet, dass die Verfolgung (bzw. Furcht davor) an sich im gesamten Gebiet des Asylwerbers bestanden haben muss (VwGH 8. 10. 1980, 3275/79 Slg NF 10.255 A). Dieser unverfänglich anmutende Schluss wirft jedoch Schwierigkeiten auf, die der Beitrag am Beispiel kolumbianischer Asylsuchender zeigt. Er verdeutlicht, dass die Heranziehung der internen Fluchtalternative zur Abweisung eines Asylantrages weitreichende Konsequenzen bis hin zur Förderung innerstaatlicher Vertreibung von Bevölkerungsgruppen haben kann. Es wird daher die Anwendung der inländischen Fluchtalternative, deren Konzept in der GFK nicht geregelt ist, von der Verfasserin generell abgelehnt.

Der Beitrag verschafft Einblick in unterschiedliche Interpretationen dieses Begriffes durch einzelne Staaten und stellt einzuhaltende Mindeststandards im Falle dessen Heranziehung als Grund für die Nichtgewährung von Asyl auf. Er verdeutlicht an Hand unterschiedlicher Auslegungen des damit im Zusammenhang stehenden Problems der "non state actors" (Verfolgung durch nichtstaatliche Institutionen) einmal mehr, dass neben der voranschreitenden Harmonisierung der Asylverfahren innerhalb der Dublin- Unterzeichnerstaaten auch der Schritt zu einer einheitlichen Auslegung der materiellrechtlichen Voraussetzungen für eine Asylgewährung gewagt werden muss. Dies jedoch nicht, wie so oft in der Vergangenheit, auf Basis eines kleinsten gemeinsamen Nenners. In diesem Zusammenhang sei noch auf eine nach Verfassung dieses Artikels gefasste Empfehlung des Council of Europe Parliamentary Assembly (Recommendation 1440 6 (v) (c) (iii)) verwiesen, die sich kritisch mit der Inländischen Fluchtalternative befasst. (Andreas Lepschi)

It is currently estimated that there are 1.5 million internally displaced persons in Colombia. As stated in Article 14 of the UN Declaration of Human Rights, they have the right to seek asylum abroad.<sup>1</sup> Forced internal migration may be considered to be a violation of one's right to freedom of movement and choice of residence, or arbitrary interference with one's home. Should the violation be discriminatory or prove unreasonable in time or range of appli-

cation, persecution may be established. In cases of armed conflict, it may also amount to genocide, a war crime, or a crime against humanity.

However, this option is increasingly unattainable due to restrictive practices on the part of potential receiving countries. These measures range from the adoption of visa restrictions, a restricted view on persecution by non-state agents by France and Germany, to the application of internal flight alter-

native criteria by Sweden and Norway. The risks involved in applying internal flight alternative, visa restrictions, and limits on recognition of those persecuted by non-state agents is that these policies are easily misapplied and thereby promote internal displacement.

### 1. Internal Flight Alternative (IFA)

The Canadian IRB (Immigration Refugee Board) has characterised the internal flight alternative as such:

"A claimant is said to have an IFA when the evidence establishes that, while she may have a well-founded fear of persecution for one of the relevant grounds in one part of the country, there is another place, within that country, where she would have no such fear and where it would be reasonable in all the circumstances, to expect her to relocate there."<sup>2</sup>

This is interpreted to mean that the applicant would not suffer an undue hardship in reaching the safe area, e.g. the need to traverse difficult physical barriers, to travel in insecure areas subject to conflict/absence of state protection, or be subjected to other forms of violation of his civil, political, and socio-economic rights. This would include cases in which a person may be subjected to physical harm or deprivation of means of decent economic support. The special situation of elderly, women, and children must be taken into account if considering applying IFA. According to the European Council on Refugees and Exiles (ECRE), the key elements of IFA are "safety" and "durability". This would necessitate a review of the human rights situation in the area under consideration.

Defenders of IFA point out that the State of origin has the primary responsibility for the protection of its citizens. In this author's opinion, the event of forced migration in itself is evidence of the inability of the State to protect its citizens. This would be compounded by the existence of a civil war or other significant internal conflict. Although war or internal conflict by itself is not enough to validate a person's claim to asylum, when such events are characterised by unlawful targeting of civilians, discriminatory

1 See also Principle 15 (c) of the UN Guiding Principles on Internal Displacement.

2 IRB Legal Services, Commentary on Internal Flight Alternative, 1 (April 1994).

repression of certain groups, forced transfer, denial of means of nutrition, water, etc. persecution may be found. Indeed, in the case of Colombia, the UN Committees on Racism, Torture, Civil & Political Rights, and Economic, Social and Cultural rights have all stated that the internal violence restricts effective enforcement of the relevant conventions. The existence of severe breaches of human rights automatically internationalises the situation, rendering the protection of the people relevant to the international community as well as the state. It is important for receiving states to understand fully the manifestation of internal conflicts which provoke flight and to design protection mechanisms oriented towards responding to the needs of the victims.

The concept of internal flight alternative is not present in the 1951 Convention on the Status of Refugees, nor has it been adopted within the Norway's asylum legislation. ECRE has advised that IFA should not be applied at all, due to the fact that it may restrict refugees' access to protection.<sup>3</sup> The 1998 Justice Department Guidelines on Asylum Criteria refer to IFA, calling for a holistic consideration of whether the applicant would be able to attain adequate protection in another part of the country of origin, taking into consideration the health of the applicant, minor age, link to Norway, practical hindrances to return, etc. It notes that in the event of state persecution, IFA should not be applied. This document reflects the current policy, but it is not integrated within the asylum legislation itself. Hence, its legitimacy is of questionable juridical weight and may be amended. The application of this policy has often been subject to error.

#### *Review of Case Law*

The European Legal Network on Asylum (ELENA) has noted that although many States apply IFA, there has been varied interpretations of the concept

to the point where it seems to be applied ad hoc.<sup>4</sup>

It is essential that immigration officials provide a full analysis of their application of the internal flight alternative policy in order to ensure adequate information in the event of appeal. General reference to the existence of an IFA is incorrect from a legal standpoint.<sup>5</sup> In addition, reference to documentary evidence denying persecution possibilities for a particular group in an IFA area is not considered to be enough to negate an applicant's claim to the contrary. The decision must be based on the individual's circumstances. The authorities must also determine whether or not the agent of persecution is likely to expand its activities in the rest of the country in the near future. It is also noted that if the escape option is a refugee camp, this would not qualify as an IFA.

In Norway, IFA has been applied to cases involving applicants from Colombia, Sri Lanka, Pakistan, and Uganda.<sup>6</sup> The Immigration Office does not always provide a full analysis of IFA, the discussion may be limited to one sentence, as demonstrated below. A disturbing decision emitted in March 1999 provides evidence of the lack of legal reasoning:

"If the applicant believes that he cannot stay in his hometown, we advise him to move to another part of the country, as must hundreds of thousands of others in Colombia."

Another decision emitted in January 1999 demonstrates the same faults:

"If the applicant feels unsafe, she is advised to settle in another part of the country. The Immigration Office finds it improbable that the guerrillas in this case will invest resources to pursue the applicant and her daughter in other parts of the country."

There is no discussion of which part of the country would qualify as a safe haven for the applicant, on the contrary, the decision cites the chronic violence and crime plaguing the nation as a whole. No mention is made of the availability of protection or of the rea-

sonableness of migration to another area. Neither is there an examination the applicants' means of support. There is no reference to documentary evidence proving that the agents of persecution do not reach beyond a geographic limit. In short it is a speculative analysis with no consideration of the real factors at hand.

The cases also reveal weak legal analysis as pertaining to the central claim of persecution, e.g. no discussion of neutrality as a form of political opinion, no discussion of social group as a relevant category, and no examination of the present and future persecution possibilities of non-state agents. It is absurd that the Norwegian guidelines admit that IFA should not be utilised in cases of state persecution, but support the illusion that non-state agents may be unable to traverse geographic boundaries.

These criticisms provoke concern because the decisions affect the course of human lives. They should emit seriousness and weighty consideration in correlation with the task of refugee determination. Superficial analysis is absolutely in contradiction with the duties placed upon the State upon ratification of the 1951 Convention.

## **2. Persecution by Non-State Agents**

It has been recommended that in cases where the applicant claims to be fleeing persecution from state authorities, IFA should not be applied, regardless of whether the state apparatus has a limited geographic presence.<sup>7</sup> Similar admonition is not offered with respect to persecution by non-state agents. Indeed, countries such as France and Germany bring into question the validity of such a persecution claim at all. In the case of France, persecution is contingent on direct action, encouragement or tolerance by the State. This notion was espoused by the Council of the European Union in a non-binding Joint Position of 4 March 1996 on a harmonised definition of the term "refugee" in the 1951

<sup>3</sup> European Council on Refugees and Exiles, Note on the Harmonisation of the Interpretation of Article 1 of the 1951 Geneva Convention (June 1995).

<sup>4</sup> ELENA, see footnote 3 at 31.

<sup>5</sup> See Garcia-Henao v. Canada (Secretary of State), File No.

IMM-1239-94, Federal Court Trial Division, (March 31 1995), in which the decision of the Convention Refugee Determination Division is overturned on account of inadequate analysis of the issues of IFA and state protection, as well as a vague credibility assess-

ment of a Colombian asylum seeker.

<sup>6</sup> Tomas Bille of NOAS (Norwegian Organization for Asylum Seekers) generously provided cases and commentary.

<sup>7</sup> See UNHCR, An Overview of Protection Issues in Western Europe:

Legislative Trends and Positions taken by UNHCR, September 1995, quoted in ELENA, Research Paper on the Application of the Concept of Internal Flight Alternative, 1 (1998). See also Paragraph 91 of the UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status.

Convention.<sup>8</sup> Denmark and Sweden rejected this definition, and States may opt out of utilising it.<sup>9</sup> The incapacity of the State to protect its citizens from persecution by non-state agents is deemed to be insufficient. Germany bases its analysis on the notion of accountability for persecution, in order to establish such, there must be a State or quasi-State authority, thus excluding claimants from Algeria, Afghanistan, and Somalia.

In countries in which there is neither, claimants are excluded from protection. In this author's opinion, it is unreasonable to assume that paramilitary and guerrilla groups somehow are unable to reach beyond their own strongholds to persecute someone. The emphasis on state agents excludes those fleeing persecution in areas where there is an ineffective or no legitimate state authority present, and the non-state actors exhibit primary control of the territory. Indeed this would violate the protection view espoused by Hathaway, Goodwin-Gill, Grahl Madsen, which states that the absence of adequate protection against persecution is sufficient to verify persecution.

Indeed, these issues raise great concern when applying the first country/safe third country of asylum system. In England, the courts have analysed the implications of the varying interpretations of the 1951 Convention with respect to transferring asylum seekers to other countries within Europe. An English court deemed France's limited view of persecution to violate the international understanding of the 1951 Convention, hence an Algerian asylum seeker was not transferred to France.<sup>10</sup> Although it has been argued that the variances in asylum practices within the different countries require a margin of appreciation, Goodwin-Gill notes that this should be limited due to the fact that asylum claims are based on matters concerning fundamental human rights.<sup>11</sup>

In the case of Colombia, the paramilitary groups were considered responsible for 73% of displacement, the guerrillas blamed for 22%, whereas the military was only responsible for 5%.<sup>12</sup> Another study revealed that 88% of this year's tally of 2,966 cases of political persecution could be attributed to the paramilitaries and that the majority of attacks (909 cases) were conducted against the rural peasants.<sup>13</sup> Indeed, current reports indicate that guerrillas are expanding their areas of control in Colombia and are able to persecute persons in areas which are not directly under their control. Massacres conducted by paramilitaries and guerrillas are also increasing. Given that the State has proved ineffective in its protection of its citizens, should states restrict the notion of persecution to State action, encouragement, or tolerance of these actions, many victims may be denied protection.

*Expedited Proceedings*

There is concern that Norway will apply IFA during expedited proceedings, which risks misapplication, due to the fact that analysis of the weight of the subjective fear of the applicant may not be given due regard, and review of the particular circumstances will be merely cursory. Under Article 7 of the London Resolution on Manifestly Unfounded Applications for Asylum of the Dublin Treaty Regime, claims deemed to be subject to IFA may be characterised as "manifestly unfounded", and thus subject to accelerated procedures and limited or no rights of appeal. Given that this instrument is not legally binding, it is essential that the Norwegian authorities refrain from implementing such restrictions. ECRE states that should IFA be applied, it should never be utilised during expedited proceedings.<sup>14</sup>

**3. Refoulement**

It is important to note that the concept of non-refoulement is applicable to all persons, regardless of refugee status,

under Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Article 3 of the Convention Against Torture. According to Article 1 of the CAT, torture is defined as any act:

"... by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person... for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity."

This would also include deprivation of food, shelter, food, or health care at an extreme level. Hence, it is important that the Norwegian authorities ensure that rejected applicants will not be subjected to human rights violations upon their return, regardless of their failure to attain refugee status. The government should not expose persons to infringements of their fundamental guarantees as set forth in the principal human rights and humanitarian law conventions. Additional care should be taken to avoid "chain refoulement", in which asylum seekers are sent back to a "first country of asylum/safe third country" which is actually engaging in refoulement to Colombia.

The central concern presented against IFA is that it promotes internal displacement. Asylum seekers who are returned to Colombia and forced to flee within in their own borders may find themselves vulnerable and unprotected. It has been noted that The State has admitted its difficulties in providing adequate assistance and protection to the internally displaced, due to lack of resources, bureaucratisation, and other factors. On 4 August, 1999, over one hundred displaced persons took over the UNHCR office in Bogota in order to demand "real and immediate" action to resolve their plight.<sup>15</sup> The Council for Human Rights and Displacement claims that only 17% of displaced persons receive official assistance.<sup>16</sup> Several NGOs have criticised

8 96/196/JHA.  
9 See Steven Edminster, "Recklessly Risking Lives: Restrictive Interpretations of 'Agents of Persecution' in Germany and France", in World Refugee Survey 1999, 30 (U.S. Committee for Refugees 1999).  
10 R. V. Secretary of State for the

Home Department ex parte Aitsegeur, Queen's Bench Division (Crown Office List) CO/1765/98 18 December 1998 (England).  
11 See R. V. Secretary of State for the Home Department ex parte Iyadurai, Court of Appeal (Civil Division) Imm AR 470, 10 June 1998. The

Court stated that a variation must be significant enough to indicate that the country is not applying the principles of the Convention - it would have to be outside the range of tolerance which one state shows another.  
12 CODHES (Council for Human

Rights and Displacement) May 1998.  
13 CINEP (Center for Popular Research and Education), cited by Inter-Press Service, 23 August 1999.  
14 ECRE  
15 Yadira Ferrer, "Displaced People Occupy UN Offices", 4 Aug. 1999.  
16 Id.



the government's push to return internally displaced persons in spite of continued violence and lack of socio-economic sustainability in the region of origin. The desperate situation of persons relegated to marginalised existence in the burgeoning shantytowns surrounding the cities should not be the fate of Colombian asylum seekers returned on account of IFA or visa restrictions.

This policy results in the forcible return of persons to countries which prove unable to integrate them economically or in which the state has nominal control of the territory, thus imperiling their lives and physical safety. It would be advisable for the State to review the human rights standards, including the UN Guiding Principles on Internal Displacement, to see whether the State has been able to implement them.

4. Conclusion

In conclusion, it would be advisable for governments to rescind their utilisation of IFA, and their restricted view of non-state agents of persecution in order to properly review the condi-

tions for expulsion of Colombian asylum seekers. Rather than providing protection, it appears that these strategies stimulate internal displacement. The right to seek and to enjoy asylum is a fundamental human right which should be made accessible to all. In correlation with the support for the work of the UN Special Representative on Internal Displacement, governments should amend their policies to assist those trapped in exile within their own lands rather than make a mockery of his mandate through exclusionary practices. In September 1999, the UN Inter-Agency Standing Committee issued a background paper on Colombia which noted that "there are no safe havens for IDPs".<sup>17</sup> Two months later, the Norwegian Ministry of Justice sent a delegation to Colombia in order to investigate the situations of IDPs in order to review its policies; it is hoped that other States will follow suit.

*Cecilia Bailliet, J. D., M. A., is Research Fellow at the Institute for Public Law, University of Oslo, Norway.*

Impressum

juridikum

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

HerausgeberInnen: Univ.-Ass. Dr<sup>n</sup>. Birgit Feldner, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, RAA Mag<sup>a</sup>. Maria Windhager für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Information, 1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich, Rennweg 16, Postfach 129, A-1037 Wien, Tel. 01/797 89, Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/797 89/589, e-Mail: order@verlagoesterreich.at, http://www.verlagoesterreich.at

Preis: Jahresabonnement ATS 360,-, StudentInnenabonnement ATS 240,-, Förderabonnement ATS 600,-

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion: Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Mag. Wolfgang Beran, Dr. Sepp Brugger, ao. Univ.-Prof. DDr. Nikolaus Dimmel, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Univ.-Ass. Mag<sup>a</sup>. Elisabeth Holzleithner, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Mag<sup>a</sup>. Katharina Echsel, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Walter Suntinger, Mag<sup>a</sup>. Martina Thomasberger, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Mag. Valentin Wedl, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin.

AutorInnen dieser Ausgabe:

Cecilia Bailliet, J. D., M. A., RA Mag. Georg Bürstmayr, RA Mag. Wilfried Embacher, RAA Dr. Daniel Ennöckl, RA Dr. Roland Gerlach, Ass.-Prof. Dr. Stefan Hammer, RAA Dr<sup>n</sup>. Gerda Hammerer, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, RAA Mag. Andreas Lepschi, Mag. Gerald Muther, RA Univ.-Doz. Dr. Alfred J. Noll, ao. Univ.-Prof. Dr. August Reinisch, Professor Pierre Schlag, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, Univ.-Doz. DDr. Christian Stadler, Dominik A. Thompson, Professor Lea VanderVelde, RAA Mag<sup>a</sup>. Maria Windhager.

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

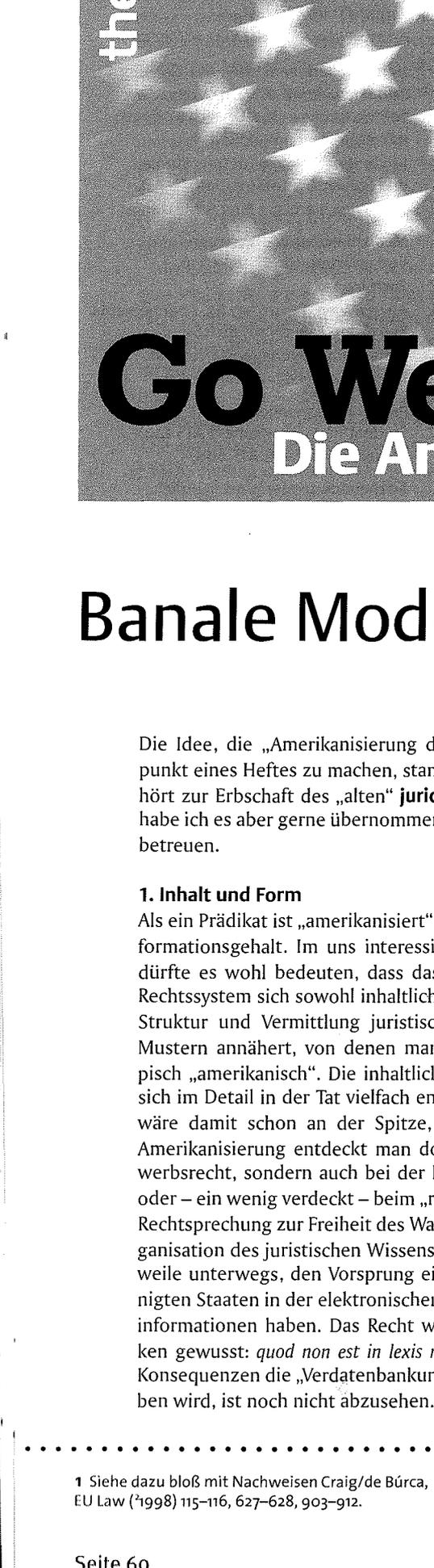
Layout und Satz: Laudenschlager Satz & DTP, 1070 Wien

Druck: Berger, 3580 Horn

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

17 IASC-WG (Inter-Agency Standing Committee) Meeting, Colombia Background Paper, 17 September 1999.





# Go West!

## Die Amerikanisierung des Rechts

# Banale Modernisierung

Alexander Somek

Die Idee, die „Amerikanisierung des Rechts“ zum Schwerpunkt eines Heftes zu machen, stammt nicht von mir. Sie gehört zur Erbschaft des „alten“ **juridikum**. Gerade deswegen habe ich es aber gerne übernommen, diesen Schwerpunkt zu betreten.

### 1. Inhalt und Form

Als ein Prädikat ist „amerikanisiert“ von vordergründigem Informationsgehalt. Im uns interessierenden Zusammenhang dürfte es wohl bedeuten, dass das kontinentaleuropäische Rechtssystem sich sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich der Struktur und Vermittlung juristischen Wissens zusehends Mustern annähert, von denen man mutmaßt, sie seien typisch „amerikanisch“. Die inhaltlichen Verbindungen ließen sich im Detail in der Tat vielfach entschlüsseln. Zu beginnen wäre damit schon an der Spitze, also beim Europarecht. Amerikanisierung entdeckt man dort nicht nur im Wettbewerbsrecht, sondern auch bei der Kompetenzinterpretation oder – ein wenig verdeckt – beim „rule of reason“-Ansatz der Rechtsprechung zur Freiheit des Warenverkehrs.<sup>1</sup> Was die Organisation des juristischen Wissens angeht, sind wir mittlerweile unterwegs, den Vorsprung einzuholen, den die Vereinigten Staaten in der elektronischen Vermittlung von Rechtsinformationen haben. Das Recht wird vermittelt durch Datenbanken gewusst: *quod non est in lexis non est in mundo*. Welche Konsequenzen die „Verdatenbankung“ des Rechts künftig haben wird, ist noch nicht abzusehen. Gewiss wird sie den Auf-

bau immer komplexerer Regelungssysteme ermöglichen. Sie wird wohl auch zur Automatisierung der „juristischen Knochenarbeit“ führen. Was im Verhältnis zwischen Personen unterschiedlicher Herkunft an einem beliebigen Ort der Welt zu einem beliebigen Zeitpunkt als positives Recht gilt, wird sich irgendwann per Mausklick feststellen lassen (sofern die Maus bis dahin noch nicht technisch überholt sein wird). Aber die damit verbundenen Phänomene und Probleme wären einmal gesondert abzuhandeln. Im Rahmen dieses Schwerpunkts waren sie nicht zu vertiefen.

### 2. Das Unvermeidliche

Obwohl sich solcherart vordergründige Zusammenhänge herstellen lassen, vermute ich, dass der Begriff der „Amerikanisierung“ sich deswegen zeitdiagnostischer Beliebtheit erfreut, weil er nicht wirklich *etwas* bedeutet. In unserem Kulturkreis dürfte er vielmehr durch zwei bemerkenswerte Konnotationen zusammengehalten werden. Deren Bedeutung ist selbst alles andere als klar. „Amerikanisierung“, das ist: die Modernisierung und der Triumph des Banalen.

Die „Amerikanisierung“ fungiert vielfach nur als Ursprungsbezeichnung für Prozesse, die ungeachtet ihrer Folgen für das Bestehende als unvermeidlich und solcherart als „modern“ erfahren werden. Denn „modern“ ist jene Auslöschung des Alten, von der man annimmt, sie könne nicht *nicht* geschehen. Der Umstand, dass auch unser Verfassungsrecht – wie in den Vereinigten Staaten – als Richterrecht zu

<sup>1</sup> Siehe dazu bloß mit Nachweisen Craig/de Bürca, EU Law (1998) 115–116, 627–628, 903–912.

... ist blinzt uns unausweichlich zu sein; deswegen ... Staatsrechtslehre von der eines Kelsen, Heller ... verschieden.<sup>2</sup> Andererseits hat sie wegen ihrer ... kaum noch etwas Großes zu sagen. Sie hat sich ... verloren. Die großen Entwürfe gibt es nicht mehr. ... Weise wird der Verlust an konzeptionellem In- ... in den Vereinigten Staaten zu einem Thema ge- ... als bei uns. Die Verengung der juristischen Disziplin ... Auseinandersetzung mit den geistigen Anstrengun- ... Richtern hat ihre intellektuellen Kosten.<sup>3</sup> Zumindest ... das Niveau an begrifflicher Durchdringung ... unterboten, durch das sich die frühere ... auszeichnete.<sup>4</sup> Die Amerikanisierung führt ... Werden des akademisch geschulten Intellekts. ... gehört dem in so genannten „Seminaren“ durch- ... Praktiker. Die Nase bleibt auf den Boden gerichtet.

... dem damit bezeichneten Spannungsfeld der „Amerika- ... bewegen sich die beiden ersten Beiträge. Dominik ... eingündet, was es für das positive Recht bedeu- ... wenn es bloß noch vermittels des Richterspruchs exist- ... Pierre Schlag beschäftigt sich mit den Konsequenzen, ... die Orientierung am Richter *qua* sozial relevanter Per- ... von der aus gewusst wird, was positives Recht ist, ... die Rechtswissenschaft hat. Die Diagnose fällt nicht gera- ... schmelhaft aus: „To be self-identified with the figure ... the judge is [...] to be intellectually compromised. It is to ... beholden to a rhetoric, an aesthetic, and normative com- ... that are pervasively anti-intellectual – that are in ... destructive of intellectual endeavor.“

**Hardy, may I please the International Court?**

... daran anschließenden Beiträge widmen sich direkt und ... dem Umstand, dass die Hegemonie der amerikani- ... Rechtskultur beinahe unwiderstehlich geworden ist. ... „Amerikanisierung“ gibt in einer weiteren Nebenbedeu- ... sich hier als Anwendungsfall der viel beschworenen ... „Amerikanisierung“ zu erkennen. Die letztere zeichnet sich be- ... dadurch aus, im Verhältnis zu *allem*, was da ist, un- ... und insofern der vollendete Ausdruck der Moder- ... zu sein. In den Beiträgen wird diese Hegemonie der ... Rechtskultur einerseits beobachtet; anderer-

seits, so scheint es, wird vor ihr kapituliert. Beobachtet wird sie für das Völkerrecht von August Reinisch, der aufdeckt, dass die Amerikanisierung des Völkerrechts langfristig zur Universalisierung des amerikanischen juristischen Provinzialismus führen könnte. Scheinbar nachgiebig gegenüber dem amerikanischen Vorbild verhält sich Roland Gerlach, der den Vorschlag unterbreitet, das Arbeitsrecht von der Antidiskriminierung her zu konzipieren und insofern einen der Eckpfeiler des amerikanischen Arbeitsrechts auch bei uns ins Zentrum der Materie zu rücken. Lea Vandervelde geizt nicht mit Kritik – aus amerikanischer Sicht.

Das Antidiskriminierungsrecht haben die Amerikaner entdeckt. Wir Europäer sind nicht zurückgeblieben. Der durch den Amsterdamer Vertrag eingefügte Art. 13 EG Vertrag nimmt sich wie die Beschwörung einer juristischen Geistesfreundschaft aus.<sup>5</sup> Europa ist sichtlich mehr denn je gewillt, dem amerikanischen Vorbild folgen. Es ist darum bemüht, durch den Diskriminierungsschutz den Bedingungen gesellschaftlicher Zusammenarbeit, deren Evolution im Verhältnis zum Bestehenden als unvermeidlich (und insofern „modern“) erfahren werden, ein humanes Gesicht zu verleihen.<sup>6</sup>

Indes ist Gerlachs Vorschlag, was letzteres angeht, erstaunlich un-amerikanisch (und insofern „unmodern“). Zwar reflektiert sich bei ihm die Beobachtung von Unvermeidlichem, wenn er die Forderung erhebt, dass die Modernität der modernen Arbeitsverhältnisse auch rechtlich zur Kenntnis zu nehmen sei; andererseits formuliert er dies vor einem un-amerikanischen Hintergrund: Ein Arbeitsrecht, das der allgemeinen ökonomischen Flexibilisierung zum Durchbruch verhelfen soll, kann nur unter der Bedingung allgemein akzeptabel sein, dass es ein garantiertes Basiseinkommen für alle gibt. Was solche Dinge angeht, stößt das Land der unbegrenzten Möglichkeiten bekanntlich seit jeher an die Grenzen seiner ideologischen Möglichkeiten. Es scheint also, als nötigte die Amerikanisierung zuletzt doch zur Befreiung vom amerikanischen Vorbild.

*ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek lehrt am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien und ist Mitherausgeber des Juridikum.*

... die glänzende Diagnose ... der Staatsrechtswis- ... verfassungsgerechtheit, ... the Unhantment of Rea-

5 Art. 13 EGV lautet: „Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus

Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“  
6 Siehe dazu Unger, Democracy Realized (1998).

# Go West!

## Die Amerikanisierung des Rechts

### Banale Modernisierung

Alexander Somek

Die Idee, die „Amerikanisierung des Rechts“ zum Schwerpunkt eines Heftes zu machen, stammt nicht von mir. Sie gehört zur Erbschaft des „alten“ **juridikum**. Gerade deswegen habe ich es aber gerne übernommen, diesen Schwerpunkt zu betreuen.

#### 1. Inhalt und Form

Als ein Prädikat ist „amerikanisiert“ von vordergründigem Informationsgehalt. Im uns interessierenden Zusammenhang dürfte es wohl bedeuten, dass das kontinentaleuropäische Rechtssystem sich sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich der Struktur und Vermittlung juristischen Wissens zusehends Mustern annähert, von denen man mutmaßt, sie seien typisch „amerikanisch“. Die inhaltlichen Verbindungen ließen sich im Detail in der Tat vielfach entschlüsseln. Zu beginnen wäre damit schon an der Spitze, also beim Europarecht. Amerikanisierung entdeckt man dort nicht nur im Wettbewerbsrecht, sondern auch bei der Kompetenzinterpretation oder – ein wenig verdeckt – beim „rule of reason“-Ansatz der Rechtsprechung zur Freiheit des Warenverkehrs.<sup>1</sup> Was die Organisation des juristischen Wissens angeht, sind wir mittlerweile unterwegs, den Vorsprung einzuholen, den die Vereinigten Staaten in der elektronischen Vermittlung von Rechtsinformationen haben. Das Recht wird vermittelt Datenbanken gewusst: *quod non est in lexis non est in mundo*. Welche Konsequenzen die „Verdatenbankung“ des Rechts künftig haben wird, ist noch nicht abzusehen. Gewiss wird sie den Auf-

bau immer komplexerer Regelungssysteme ermöglichen. Sie wird wohl auch zur Automatisierung der „juristischen Knochenarbeit“ führen. Was im Verhältnis zwischen Personen unterschiedlicher Herkunft an einem beliebigen Ort der Welt zu einem beliebigen Zeitpunkt als positives Recht gilt, wird sich irgendwann per Mausklick feststellen lassen (sofern die Maus bis dahin noch nicht technisch überholt sein wird). Aber die damit verbundenen Phänomene und Probleme wären einmal gesondert abzuhandeln. Im Rahmen dieses Schwerpunkts waren sie nicht zu vertiefen.

#### 2. Das Unvermeidliche

Obwohl sich solcherart vordergründige Zusammenhänge herstellen lassen, vermute ich, dass der Begriff der „Amerikanisierung“ sich deswegen zeitdiagnostischer Beliebtheit erfreut, weil er nicht wirklich *etwas* bedeutet. In unserem Kulturkreis dürfte er vielmehr durch zwei bemerkenswerte Konnotationen zusammengehalten werden. Deren Bedeutung ist selbst alles andere als klar. „Amerikanisierung“, das ist: die Modernisierung und der Triumph des Banalen.

Die „Amerikanisierung“ fungiert vielfach nur als Ursprungsbezeichnung für Prozesse, die ungeachtet ihrer Folgen für das Bestehende als unvermeidlich und solcherart als „modern“ erfahren werden. Denn „modern“ ist jene Auslöschung des Alten, von der man annimmt, sie könne nicht *nicht* geschehen. Der Umstand, dass auch unser Verfassungsrecht – wie in den Vereinigten Staaten – als Richterrecht zu

<sup>1</sup> Siehe dazu bloß mit Nachweisen Craig/de Búrca, EU Law (1998) 115–116, 627–628, 903–912.

studieren ist, dünkt uns unausweichlich zu sein; deswegen ist die *moderne* Staatsrechtslehre von der eines Kelsen, Heller oder Schmitt verschieden.<sup>2</sup> Andererseits hat sie wegen ihrer Modernität kaum noch etwas Großes zu sagen. Sie hat sich ans Detail verloren. Die großen Entwürfe gibt es nicht mehr.

Ironischer Weise wird der Verlust an konzeptionellem Ingenium eher in den Vereinigten Staaten zu einem Thema gemacht als bei uns. Die Verengung der juristischen Disziplin auf die Auseinandersetzung mit den geistigen Anstrengungen von Richtern hat ihre intellektuellen Kosten.<sup>3</sup> Zumindest wird langfristig das Niveau an begrifflicher Durchdringung der Rechtsmaterien unterboten, durch das sich die frühere Staatsrechtslehre auszeichnete.<sup>4</sup> Die Amerikanisierung führt zum Obsolet-Werden des akademisch geschulten Intellekts. Das Recht gehört dem in so genannten „Seminaren“ durchtrainierten Praktiker. Die Nase bleibt auf den Boden gerichtet.

In dem damit bezeichneten Spannungsfeld der „Amerikanisierung“ bewegen sich die beiden ersten Beiträge. Dominik Thompson ergründet, was es für das positive Recht bedeutet, wenn es bloß noch vermittels des Richterspruchs existiert. Pierre Schlag beschäftigt sich mit den Konsequenzen, welche die Orientierung am Richter *qua* sozial relevanter Perspektive, von der aus gewusst wird, was positives Recht ist, für die Rechtswissenschaft hat. Die Diagnose fällt nicht gerade schmeichelhaft aus: „To be self-identified with the figure of the judge is [. . .] to be intellectually compromised. It is to be beholden to a rhetoric, an aesthetic, and normative commitments that are pervasively anti-intellectual – that are in fact destructive of intellectual endeavor.“

### 3. Howdy, may I please the International Court?

Die daran anschließenden Beiträge widmen sich direkt und indirekt dem Umstand, dass die Hegemonie der amerikanischen Rechtskultur beinahe unwiderstehlich geworden ist. Die „Amerikanisierung“ gibt in einer weiteren Nebenbedeutung sich hier als Anwendungsfall der viel beschworenen „Globalisierung“ zu erkennen. Die letztere zeichnet sich bekanntlich dadurch aus, im Verhältnis zu *allem*, was da ist, unaufhaltbar und insofern der vollendete Ausdruck der Modernität zu sein. In den Beiträgen wird diese Hegemonie der amerikanischen Rechtskultur einerseits beobachtet; anderer-

seits, so scheint es, wird vor ihr kapituliert. Beobachtet wird sie für das Völkerrecht von August Reinisch, der aufdeckt, dass die Amerikanisierung des Völkerrechts langfristig zur Universalisierung des amerikanischen juristischen Provinzialismus führen könnte. Scheinbar nachgiebig gegenüber dem amerikanischen Vorbild verhält sich Roland Gerlach, der den Vorschlag unterbreitet, das Arbeitsrecht von der Antidiskriminierung her zu konzipieren und insofern einen der Eckpfeiler des amerikanischen Arbeitsrechts auch bei uns ins Zentrum der Materie zu rücken. Lea Vandervelde geizt nicht mit Kritik – aus amerikanischer Sicht.

Das Antidiskriminierungsrecht haben die Amerikaner entdeckt. Wir Europäer sind nicht zurückgeblieben. Der durch den Amsterdamer Vertrag eingefügte Art. 13 EG Vertrag nimmt sich wie die Beschwörung einer juristischen Geistesfreundschaft aus.<sup>5</sup> Europa ist sichtlich mehr denn je gewillt, dem amerikanischen Vorbild folgen. Es ist darum bemüht, durch den Diskriminierungsschutz den Bedingungen gesellschaftlicher Zusammenarbeit, deren Evolution im Verhältnis zum Bestehenden als unvermeidlich (und insofern „modern“) erfahren werden, ein humanes Gesicht zu verleihen.<sup>6</sup>

Indes ist Gerlachs Vorschlag, was letzteres angeht, erstaunlich un-amerikanisch (und insofern „unmodern“). Zwar reflektiert sich bei ihm die Beobachtung von Unvermeidlichem, wenn er die Forderung erhebt, dass die Modernität der modernen Arbeitsverhältnisse auch rechtlich zur Kenntnis zu nehmen sei; andererseits formuliert er dies vor einem un-amerikanischen Hintergrund: Ein Arbeitsrecht, das der allgemeinen ökonomischen Flexibilisierung zum Durchbruch verhelfen soll, kann nur unter der Bedingung allgemein akzeptabel sein, dass es ein garantiertes Basiseinkommen für alle gibt. Was solche Dinge angeht, stößt das Land der unbegrenzten Möglichkeiten bekanntlich seit jeher an die Grenzen seiner ideologischen Möglichkeiten. Es scheint also, als nötigte die Amerikanisierung zuletzt doch zur Befreiung vom amerikanischen Vorbild.

*ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek lehrt am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien und ist Mitherausgeber des juridikum.*

2 Siehe zum Folgenden die glänzende Diagnose bei Schlink, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 1989, 161.

3 Siehe Pierre Schlag, The Enchantment of Reason (1998).

4 Siehe Schlink a.a.O.

5 Art. 13 EGV lautet: „Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus

Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“

6 Siehe dazu Unger, Democracy Realized (1998).

§ 483. Ein guter Grund ist einer, der so aussieht.<sup>1</sup>

**Irritationen**

Schon seit langem genießt die Rechtsprechung eine Bedeutung für die tägliche Rechtsarbeit, die man kaum zu hoch ansetzen kann. Nicht nur ein umfangreiches Gefüge aus Fachzeitschriften, sondern auch die Tagespresse berichten und kommentieren fortlaufend als bedeutend erscheinende Entscheidungen der Obergerichte wie auch des EuGH.

Tatsächlich setzt als qualitativ voll geltende juristische Arbeit neben der Kenntnis der tradierten Denksysteme, ohne die das Bewegen im Rechtsstoff wohl gar nicht möglich wäre, auch umfangreichste Beobachtung der Rechtsprechung voraus. Man kann durchaus sagen, dass der geübte Umgang mit der Rechtsdatenbank als Grundstock wichtiger ist, als die zur subtilen Meisterschaft geführte Kunst juristischer Argumentation.<sup>2</sup> Folglich enthalten Lehrbücher neben der systematischen Darlegung der Rechtsfiguren und dem grundsätzlichen Aufriss der als noch im Fluss befindlich angesehenen Kontroversen vor allem regelhaft formulierte Judikaturmeinungen, die von den Studierenden zu memorieren sind.

Die überragende Bedeutung des formell nicht Geltenden hat denn auch die deutsche und österreichische Diskussion in den vergangenen Jahrzehnten nachhaltig irritiert. Wie zu erwarten war, hat sie sich um das Problem der „Rechtsquelle“ konzentriert<sup>3</sup> und damit die Erschütterung in rechtssysteminternen Begriffen verarbeitet. Weil man aber feststellt, dass moderne Rechtssysteme trotz aller Unterschiedlichkeit ihre Judikate als Mittelpunkt haben, wird nach einem Grund zu suchen sein, der sich nicht in der jeweils geübten juristischen Methode oder der spezifischen Ausgestaltung des Gerichtssystems erschöpft.

Es wird sich zeigen, dass Ursprung der Irritation nicht das Verhältnis des Judikats zum Gesetz im formellen Sinn („Rechtsquelle“ oder „Rechtserkenntnisquelle“, zwingende Bindung des Richters an Judikate in bestimmten Fällen?) ist, sondern die Tatsache, dass die Frage der Präjudizienbindung innig mit Fragen der methodischen Korrektheit und dem „Inhalt“ des Rechts verbunden ist.

Als gemeinsamer Ausgangspunkt wird daher in der folgenden Darstellung die juristische Begründung als spezifische Form des rationalen Begründens genommen. Juristische Begründungen zeichnet aus, dass sie auf „das Recht“ rückgebunden werden müssen, um als solche Anerkennung zu finden und damit *gelten* zu dürfen. Warum ich dies bewusst unscharf formuliere, soll sich in der weiteren Darstellung zeigen.

**Das Schiff der Argonauten**

Es sei kurz der historische Idealtyp richterlichen Handelns im common law vorgestellt: Hier lautet das traditionelle Dogma, dass Richter bloß erkennen würden, was schon immer Recht war, was weniger über *Identität* als vielmehr mit der *Kontinuität* des *same body of law* begründet zu werden pflegt. Was Recht ist, zeigt sich an den von Richtern in Einzelfällen niedergelegten *rationes decidendi*, die ihrerseits – so lautet die Doktrin – aus den *rationes* früherer Urteile gebildet werden. Dass dies eigentlich einen unendlichen Rekurs darstellt, stört nicht, denn schon Matthew Hale brachte den Vergleich mit dem Schiff der Argonauten, an dem im Laufe der Reise so viele Teile ausgetauscht wurden, dass bei der Heimkehr kein Brett mehr das gleiche war; dennoch blieb es dasselbe Schiff. Erscheint es nötig, für einen Fall eine andere oder neue *ratio* zu finden, wird dies durch das Aufzeigen rechtserheblicher Sachverhaltsunterschiede bewerkstelligt, wodurch sich auch

# Gesetzesrecht v. Fallrecht oder: Das Gleiche im Anderen

Dominik A. Thompson

eigentlich neues unter Berücksichtigung des bereits Bestehenden in das Dogma integrieren lässt.

Demgegenüber ist die traditionelle Fiktion in unserem Rechtskreis die Bindung des Richters nur an das Gesetz, was hier keiner näheren Erläuterung bedarf. Deshalb spricht man auch von einer „Abkürzungsfunktion“ der Präjudizien: Indem ein Urteil auf ein Präjudiz verweist, macht es sich zugleich dessen Begründung zu Eigen. In der Idealvorstellung führt eine ununterbrochene Kette aus methodisch richtigen Begründungen ein Urteil auf das Gesetz zurück.<sup>4</sup>

Beide Dogmen lassen sich auf verschiedenen Ebenen umfassend kritisieren.<sup>5</sup>

**How to read a case**

Das Bestreben, gleiche Fälle gleich zu entscheiden, stellt nun den Juristen vor das nicht unerhebliche Problem, feststellen zu müssen, was die – je nach Systemzusammenhang zu befolgende oder bloß zu beachtende – *ratio* des Falles überhaupt regelt.

Einer englischen Tradition entsprechend soll dies mit der folgenden Geschichte verdeutlicht werden:

1 Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (1945), Frankfurt aM 1997, 428. [Hervorhebung getilgt]

2 Alexander Somek/Nikolaus Forgó, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, Wien 1996, 1. Man vergleiche nur folgende Aussage von RA Dr. Graff in einer öffentlichen Diskussion am 10.3.1998 anlässlich des einjährigen Bestehens des Online-Projekts der ReWi-Fakultät der Universität Wien: „Das mit der RDB ist eine großartige Sache. Da gibt man ein

„Mann beißt Hund“, und schon kriegt man ausgeworfen, was irgendwer irgendwann einmal dazu gesagt hat.“

3 Statt vieler Franz Bydliniski, *Hauptpositionen zum Richterrecht*, JZ 1985, 149–155, insb 149 f Fn 1–15 mwN. Tabelle der vertretenen Positionen bei Wolfgang Fikentscher, *Präjudizienbindung*, ZfRV 1985, 163–199, 199. Für eine Art Gesamtdarstellung der dt Lage s Richterliche Rechtsfortbildung, Jubiläums-FS der Universität Heidelberg, 1986.

4 S aber zum praktischen Rest dieses Ziels Elisabeth Holzleithner/Viktor Mayer-Schönberger, *Das Zitat als grundloser Grund rechtlicher Legitimität*, in Birgit Feldner/Nikolaus Forgó, *Prolegomena zu einer Theorie des Falls*, Wien – New York 2000, 388 ff.

5 Zum Einstieg s Somek/Forgó, aaO.

Es mag ein sonniger Tag gewesen sein, als es sich irgendwann Anfang der Dreißiger Jahre des 20. Jhdts zutrug, dass Mrs Donoghue zusammen mit einem Freund im schottischen Ort Paisley dem Café von Mr Minchella einen Besuch abstattete. Zumindest in Schottland pflegen Ginger Beer und Eiscreme dergestalt miteinander verbunden zu werden, dass das Bier über das in einem Glas befindliche Speiseeis geleert wird, was Mr Minchella, der Inhaber des Lokals, auch gerne tat, nachdem die Mixtur nicht von Mrs Donoghue, sondern von ihrem Freund bestellt worden war: He opened the bottle, which was made of dark opaque glass, and poured some of its contents over the ice-cream which was contained in a tumbler. Mrs Donoghue drank part of the mixture, and her friend then proceeded to pour the remaining contents of the bottle into the tumbler. As he was doing so, out floated the decomposed remains of a snail. As a result Mrs Donoghue instantly suffered from shock and severe gastro-enteritis.<sup>6</sup>

**Die kontinentalen und angloamerikanischen Rechtssysteme werden oft als grundsätzlich verschieden dargestellt. Einer Diskussion, die sich auf die „Rechtsquelle“ konzentriert, bleiben jedoch leicht manche Einsichten verborgen. Eine alternative Sichtweise scheint angebracht.**

Als der Fall zum House of Lords<sup>7</sup> gelangte, hätten die meisten Juristen eine Haftung des Getränkeherstellers gegenüber Mrs Donoghue aus verschiedenen Gründen verneint. In einer 3:2-Abstimmung kamen die Lords jedoch zur gegenteiligen Ansicht; *Donoghue v Stevenson* wurde in der Folge einer der berühmtesten Fälle des common law und gilt so-

wohl als Grundlage des modernen englischen Schadenersatzrechts wie auch als paradigmatisch für die englische Praxis der Fallbehandlung.<sup>8</sup>

### Spot the difference

Für die hier verfolgten Zwecke reicht es, den Blick darauf zu richten, was von der Perspektive eines späteren Falles aus als die bindende Regel dieses precedents anzusehen wäre.

Nehmen wir an, jemand habe Unterwäsche gekauft und in der Folge eine Dermatitis entwickelt, weil die Kleidungsstücke mit giftigen Stoffen belastet waren.<sup>9</sup> Weiters sei der Händler zahlungsunfähig. Studierende, die ihren ersten Kontakt mit dem englischen Recht machen, pflegen nun (unter anderem) mit folgenden Vorschlägen in das juristische Denken *indoktriniert* zu werden:<sup>10</sup>

(a) Scottish manufacturers of ginger-beer in opaque bottles owe a duty of care not to allow dead snails to get into the product;

- (b) Manufacturers of ginger-beer owe a duty of care not to allow any snails to get into the product;  
(c) Manufacturers of articles of food and drink owe a duty of care not to allow any noxious physical foreign body to get into the product;  
(d) All manufacturers of products . . . etc

Derartige Konfrontationen mit – im Prinzip – beliebig fortsetzbaren Argumentationsreihen,<sup>11</sup> auf die auch im universitären Unterricht hingewiesen wird, haben in den common law-Ländern vergleichsweise früh zu einer genauen Auseinandersetzung mit der richterlichen Entscheidungstätigkeit geführt,<sup>12</sup> zumal aufgrund der (in England besonders strengen) doctrine of stare decisis die Frage des Wie-Entscheidens dem Wie-Regeln sehr nahe liegt und der vorherrschende *literal approach* in der Interpretationslehre geradezu provokant nach einer anderen Antwort herausfordert. Das ausdrückliche Heranziehen von parlamentarischen Materialien ist in England erst seit 1993 erlaubt.<sup>13</sup> Der letztlich vom *linguistic turn* und von Fortschritten der modernen soziologischen Theorie motivierte realistische Einschlag der (anglo-)amerikanischen Rechtstheorie hat daher nur mit theoretischen Füßen ausgestattet, was im juristischen Denken immer schon latent vorhanden war: Erfolgreiche Juristen wissen um die subtilen Variationsmöglichkeiten in Sachverhaltsdarstellung und juristischer Interpretation. Auch konservative<sup>14</sup> Methodenlehren kommen nunmehr nicht ohne kritische Würdigung der Entwicklung aus. Heute wird die Doktrin als Märchen abqualifiziert, das freilich sein Fortschreiben der Gewohnheit verdanke:

„The principle can be said to involve a fairytale, but it is a fairytale which is a long established foundation of judicial law making within our common law system [ . . . ]“<sup>15</sup>

Doch ist offenbar, dass auch das „Finden“ der *ratio* begründet werden muss, was das Augenmerk auf die Begründung selbst zurücklenkt:

### Begründen, Überzeugen, Durchsetzen

Zunächst soll die obige Behauptung wieder aufgegriffen werden, wonach juristisches Begründen rationales Begründen in einem besonders geregelten Kontext ist.

Rationale Begründungen treten mit dem Anspruch auf, von jedermann als richtig angesehen zu werden und versuchen, dieses Begehren durch den Bezug auf etwas zu rechtfertigen, das von demjenigen, der begründet, verschieden ist. Es ist also wichtig, die Begründung nicht etwa auf dem eigenen Wohlbefinden, sondern bspw auf der „Wirtschaftlichkeit“ oder der „Vernünftigkeit“ aufzubauen. Dadurch wird schon implizit Anspruch auf intersubjektive Geltung er-

6 *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562.

7 Obwohl schottisches Recht und das Recht von England und Wales unterschiedlich sind, ist das House of Lords in bestimmten Fällen auch für einen schottischen Fall Höchstgericht. Damals war das Problem in beiden Rechtssystemen gleich.

8 Die „Karriere“ eines Falls hin zum leading case nimmt ihren Weg über die Eintrittsschranke der law reports und dann der case books und ist nicht notwendigerweise von der Stellung des Falles im ursprünglichen Diskurs abhängig. S nur A.W. Brian Simpson, *Leading Cases in the Common Law*, Oxford 1997, hier: Kapitel 1.

9 Sachverhalt nach *Grant v Australian Knitting Mills* [1936] AC 85.

10 Darstellung nach William Twining u. David Miers, *How To Do Things With Rules*, London 1999, 337.

11 Siehe nur die speeches der Lords in *Grant v Australian Knitting Mills* (Fn 9).

12 „The official theory is that each new decision follows syllogistically from existing precedents. [ . . . ] The very considerations which judges most rarely mention [ . . . ] are the secret root from which the law draws all the juices of life. [ . . . ] The law is administered by able and experienced men, who

know too much to sacrifice good sense to a syllogism [ . . . ] But hitherto, this process has been largely unconscious.“ O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston MA 1881, 36 f.

13 *Pepper v Hart* [1993] 1 All ER, 69.

14 S nur Rupert Cross und J.W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford 1991, insb 49 ff und 208 ff.

15 Lord Woolf in *R v Governor of Brockhill Prison*, ex parte *Evans* (No 2) [1998] 4 All ER 993, 1002.

hoben: Jedermann soll das Angebotene als vernünftig akzeptieren.

In jeder Begründung liegt zugleich unabdingbar ein rhetorisches Element, weil einerseits die Handelnden evidentermaßen verschieden sind und andererseits als letzten Grund für ihre Begründung nicht mehr angeben können, als dass es eben vernünftigerweise so sei. Weil nicht begründet zu werden braucht, was sich von selbst versteht, ist Begründen mehr als bloßes Appellieren an den anderen, einem in seinem Urteilen zu folgen, indem dieser auf seine eigenen Alternativen verzichtet: Immer haben soziale Spannungen, Autorität und damit: Macht ihren grundsätzlichen Anteil.

Eine Begründung ist aber dennoch in einem seltsamen Dualismus etwas Gefährliches, denn um überhaupt mit dem Anspruch, etwas vorgeblich intersubjektiv Gebotenes einlösen zu wollen, auftreten zu können, muss sie zugleich ihr Urteil in kleinere Einzelurteile, wenn man so will: eben in die „guten Gründe“, aufspalten. Im Bestreben, rationale Gründe anzubieten, präsentiert sie aber zugleich mögliche Punkte der Kritik auf dem sprichwörtlichen Tablett, und wird so erst recht angreifbar.<sup>16</sup>

### Ein soziales Geflecht . . .

Begründungen sind daher nicht in allen sozialen und institutionellen Kontexten gleichermaßen begründend, da sie sich stets retrospektiv mit einem Geflecht aus geschriebenen und ungeschriebenen Regeln als konform erweisen müssen. Das lässt sich im Vorhinein nicht errechnen, sondern bloß erhoffen, da sich die Richtigkeit der Regelapplikation erst im gemeinschaftlichen Gebrauch konstituiert.

So haben bekanntlich die römischen Juristen der klassischen Periode ihre Rechtsansichten recht häufig eher karg begründet, und manch bereits zu Lebzeiten legendärer Richter des common law macht(e) sich einen rhetorischen Spaß daraus, so zu tun, als fiele das Ergebnis kraft der Weisheit des Erkennenden als anwendungsbereite Selbstverständlichkeit pathetisch vom Himmel. Benjamin N. Cardozo beginnt ein Urteil<sup>17</sup> folgendermaßen:

„Danger invites rescue. The cry of distress is the summon to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences [. . .] The risk of rescue, if only be not wanton, is born of occasion. The emergency begets the man. The wrongdoer may not have foreseen the coming of a deliverer. He is accountable as if he had.“

In der Entscheidung diskutiert Cardozo keinen einzigen precedent, jedenfalls keinen zur entscheidungsrelevanten rule, obschon er sie systemkonform anwendet.<sup>18</sup> Auch österreichischen Gerichten ist es gestattet, in ihrer Funktion als Rechtsmittelgericht die Entscheidungsgründe zu kürzen.<sup>19</sup> So hat es insb der 10. Senat des OGH in Arbeits- und Sozialrechtssachen zu seiner Praxis gemacht, bisweilen lediglich auf die Begründungen in früheren Entscheidungen zu verweisen, ohne diese Gründe selbst anzuführen.<sup>20</sup>

Weder das Fehlen noch die apodiktische Kürze einer Begründung dürfen aber die Annahme nahe legen, dass Juristen in ihrem Entscheiden völlig frei wären; sie sind es niemals.<sup>21</sup>

### . . . als gemeinsamer Kommunikationscode

Denn ein Geflecht aus rechtlichen Kategorien und Denkfiguren als spezifisch generalisierter Kommunikationscode strukturiert den juristischen Diskurs vor, indem etwa manche Lösungen von vornherein als eher unwahrscheinlich diskreditiert und zugleich Anknüpfungspunkte bereitgestellt werden, an denen Argumentationen ansetzen können und sollen. Argumente und am Ergebnis orientierte Lösungswünsche müssen in den Code übersetzt werden, um als Rechtsansicht gelten zu dürfen. Freilich handelt es sich dabei um keinen einseitigen oder deduktiven Prozess, denn einerseits sind Juristen bereits durch ihre Ausbildung in dieser spezifischen Art des Denkens *sozialisiert*, zum anderen ist das begriffliche System selbst Gegenstand der Diskussion.<sup>22</sup>

Daher setzt juristisch erfolgreiche Kunst umfassende Kenntnis des komplizierten Denkgebäudes voraus, und ist dann erfolgreich, wenn sie sich die kleinen Erker, Türmchen und Winkel dergestalt zu Nutzen machen kann, dass dadurch gleichzeitig das Gebäude dem Grunde nach nicht angezweifelt wird. Fundamentale Änderungen sind nur in Ausnahmefällen möglich, groß der Ruhm des akademischen Juristen, der die Gerichte zu einer Rechtsprechungsänderung veranlassen konnte.

Bloße Komplexität reduziert aber nicht Kontingenz, sondern schichtet sie bestenfalls auf kleinere Einheiten um. Die Selektionsleistung des Einzelnen kann sie nicht ersetzen. Die tatsächliche Situation ist denn auch dadurch gekennzeichnet, dass zunächst das Gebäude in seinen Einzelheiten umstritten ist. Zwar werden in schöner Regelmäßigkeit Versuche unternommen, das Gemenge des rechtlichen Denkens zu ordnen, doch kann von einem auch in den Details einheitlichen und vor allem: widerspruchsfrei geübten System auch in einem sprachunkritischen Sinn keine Rede sein.

Schon auf einer rein terminologischen Ebene zeigt sich eine bemerkenswerte Vielfalt: So begegnet man zwar etwa einer Vertrauenslehre, einer „Rosintheorie“ oder einer „Adäquanztheorie“, dann aber überraschend einer Verhaltensunrechtslehre und einem Ingerenzprinzip, ganz zu schweigen von diversen „Zwecken“, „Grundsätzen“ und nur wenige Juristen nicht befremdenden Elementen wie etwa der „Natur der Sache.“

Am deutlichsten zeigt sich das stete Vorhandensein von im Vorhinein unbestimmten Entscheidungsgrundlagen freilich darin, dass beim Auftreten eines neuen Problems das Rechtssystem zunächst in nicht unbeträchtliche Irritation verfällt (die Lehre spricht dann bspw von einer „neuen, noch schwankenden“ oder „noch nicht gefestigten“ Rechtsprechung etc), aus der erst nach einem intensiven Diskussionsprozess etwas entsteht, was von den Rechtsarbeitern als handhabbare Sicherheit betrachtet wird.

16 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), Frankfurt aM 1997, 383.

17 *Wagner v. International Railway* [1922] 232 N.Y. 176.

18 Darstellung und Zitat bei Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956, 54 Fn 174.

19 Vgl bspw § 500a Satz 2 ZPO.

20 Birgit Feldner, *Entschiedenenes Entscheiden*.

Über die normative Relevanz von Präjudizien, in: Feldner/Forgó, aaO, 249 f u mwN in Fn 92.

21 Es liegt also im juristischen Feld stets „weak discretion“ vor und niemals „strong discretion.“

Die Begriffe stammen von Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge MA 1978, 31 ff. Dieses

Zitat soll nicht die Übernahme des gesamten Konzepts von Dworkin anzeigen.

22 Zu all dem auch Somek/Forgó, aaO, insb 1–110.

## Funktionale Formeln

Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Gesetzes- bzw. Urteilstexte und dem „Geflecht.“

Wenn schon das Niederschreiben (etwa in Form eines Gesetzes oder eines Urteils) nicht die eindeutige Festlegung der Bedeutung einer Regel leisten kann, so leistet es im Normalfall das Reduzieren aller möglichen Streitpunkte um mindestens einen, nämlich die Formulierung. Der eine kann dem anderen schwerlich für ein A das sprichwörtliche B vormachen oder einreden, statt dem geschriebenen Wort „Baum“ stünde im Text „Grabstein.“ Das hat aber mit dem Problem, ob im fraglichen Kontext „Baum“ nicht „tatsächlich“ „Grabstein“ *bedeuten* würde, vorderhand nichts zu tun: Bedeutungen werden von Texten nicht transportiert wie Flüssigkeiten in einem Gefäß,<sup>23</sup> die Bedeutung einer Regel zeigt sich in ihrem Gebrauch. Der feine Unterschied ist

**Weil Recht ist, was als Recht von den Gerichten gesprochen wird, führt von der „Rechtsquelle“ hin zum Recht an den Gerichten kein Weg vorbei.**

..... nicht, dass die Bedeutung mit der Formulierung überhaupt nichts zu tun hätte, sondern dass letztere nicht imstande ist, erstere im Vorhinein zu *bestimmen*. Wo die „Grenze“ liegt, konstituiert sich fortwährend im Sprechen als dem Abschleifen unterschiedlicher Positionen.

## Interpretative Praxis

Insofern konfrontieren Texte nicht ein soziales System mit dessen Wissen, sondern mit einem in seiner Daseinsform nicht diskutablen Formular, das mit dem Anspruch auftritt, das Wissen des Systems adäquat zu repräsentieren. Daher erleichtert die Verschriftlichung das Rückbeziehen des Systems auf seine vergangenen Operationen, ist aber keine Bindung derselben.<sup>24</sup>

Weil alle Rechtskommunikationen letztlich auf in einem Verfahren durchsetzbare Ansprüche verweisen<sup>25</sup> und sowohl Gesetze als auch Urteile im Gegensatz zum begrifflichen Kategorienapparat der Rechtsgelehrten einer Diskussion über die Formulierung selbst nicht zugänglich sind, erscheint es nur natürlich, dass sich der Rechtsdiskurs um eben jene Texte gruppiert.

So wird etwa an das Gesetz herangetragen, was schon lange da war: Dass wir heute von einem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip sprechen, ist nicht nur auf das ABGB zurückzuführen, sondern vor allem durch eine lang geübte Rechtskultur bedingt.

Ein schönes Beispiel ist die Entwicklung rund um das Gewährleistungsrecht und Schadenersatzansprüche im österr. Recht: Jahrzehntlang war „herrschende Meinung“, dass jene Nachteile, die in der Mangelhaftigkeit der Sache oder des gelieferten Werkes liegen, nicht mit Schadenersatzansprüchen

geltend gemacht werden können. Nach der Entscheidung eines verstärkten Senats am 7.3.1990,<sup>26</sup> nachfolgenden Entscheidungen und Begrüßung durch die Lehre liegt nunmehr alternative Anspruchskonkurrenz vor.<sup>27</sup> Dadurch wurde nicht das Gesetz in seinen Buchstaben, wohl aber das Recht *verändert*.

## Richtigkeit als funktionales Kalkül

Denn einzig der Rechtsprechung, und hier: dem letzten Gericht im Instanzenzug kommt im modernen (und noch funktionierenden) *Rechtsstaat* das Privileg der Entscheidung zu, was im Einzelfall Recht ist. Das hat weder mit der Frage zu tun, was nach „herrschender Meinung“ oder aus persönlicher Überzeugung des Entscheidenden richtig wäre, noch damit, ob sich etwa das Höchstgericht in der Interpretation früherer Entscheidungen – nach seinen eigenen Maßstäben – „vergriffen“ hat, denn im Kontext der *Rechtsdurchsetzung* ist „Richtigkeit“ ein rein funktionales Kalkül: Richtig ist hier, was als Aussage mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgreich zur Basis einer Entscheidung über zukünftiges Verhalten gemacht werden kann.

Vom Standpunkt der Parteien aus ist es wohl letztlich einerlei, warum sie obsiegt oder verloren haben, wenn es keine Instanz mehr gibt, an die sie sich wenden könnten. In den Worten von Oliver W. Holmes (1897):

“Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the Bad Man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.”<sup>28</sup>

## Richterinnen im Spannungsfeld

Für den Idealtyp der weisen Richterin ist das freilich keine gangbare Perspektive, wenngleich in der Praxis wegen der oben angedeuteten Beziehung aus Instanzenzug, Kollegenschaft, universitär-wissenschaftlichem Diskurs, öffentlicher Meinung und der gemeinschaftlichen Suche nach dem „richtigen Recht“ in der Regel bisweilen seltsame Verwindungen zu Tage treten, was sich am Beispiel des Privatrechts so formulieren ließe:

„Our intention is not to lampoon the judiciary. On the contrary, our thesis is that judges are inescapably caught in a web of tensions [...] They are pulled in one direction by a wish to keep faith with tradition; and in another direction by a wish to ensure acceptable outcomes to disputes, to meet commercial expectations, and to protect consumers.”<sup>29</sup>

23 Solches unternimmt allerdings implizit Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (1982), Wien–New York 1991, 437–438. Für eine Kritik an dieser Auffassung und zur Vorstellung eines wohlbegründeten alternativen Sprachmodells siehe vorzugsweise Forgó, in *Somek/ Forgó*, aaO, 111 ff mwN und denselben, *Recht sprechen. Zur Theorie der Sprachlichkeit des Rechts*, *Jur Diss Wien* 1997 (Publ in Vorb).

24 S auch Luhmann, *Macht* (1975), Stuttgart 1988, 6 f.

25 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992), Frankfurt a. M., 1994, 241.

26 1 Ob 536/90 = JBl 1990, 648.

27 Das ist nur die Darstellung des Ergebnisses. Die Änderung lässt sich nicht an einem einzelnen Punkt oder Urteil festmachen, s nur Rudolf Welsch, *Schadenersatz statt Ge-*

währleistung, *Wien* 1994, 1 ff.

28 O.W. Holmes Jr, *The Path of the Law*, 10 *Harvard Law Review* 1897, 460–461, hier zitiert nach *Twinings u. Miers*, aaO, 72.

29 John N. Adams, *Roger Brownsword, Understanding Contract Law* (1987), London 1994, insb 43 ff, hier: 52. Entsprechendes, nur mit anderen Polen, gilt natürlich auch im Strafrecht und in anderen Rechtsbereichen.



Besonderen Drall erhält das alles freilich durch die interne Kontrolle der Richterschaft und die Tatsache, dass eine hohe Anzahl von durch die Rechtsmittelgerichte revidierten Entscheidungen für die persönliche Karriere des Richters von Nachteil ist; für ihn ist es einfacher, der Meinung des Instanzgerichtes zu folgen. Das Verweisen auf ein Präjudiz wird zum legitimierenden Grund schlechthin.<sup>30</sup> Freilich geht es auch umgekehrt – aber das ist sehr vom kulturellen Umfeld abhängig: Lord Denning, eine der zentralsten englischen Richterfiguren *of all times*, wurde durch seinen Kampf mit den Instanzen berühmt.<sup>31</sup>

**Recht Sprechen im Zirkel**

Schon das Bestehen eines Instanzenzuges reicht somit aus, um die Bindung eines Richters an Entscheidungen der nachfolgenden Instanz herzustellen. Ein Untergericht, das von den Ansichten der übergeordneten Gerichte abweicht, muss

schon aus logischen Gründen dafür auch eine andere Begründung als die des Rechtsmittelgerichts angeben. Wie angedeutet, sind jedoch juristische Begründungen in aller

**Die Rechtsprechung urteilt nicht nur über Ansprüche, sondern auch über die Zulässigkeit bestimmter Argumente.**

.....

Regel angreifbar, sodass das Rechtsmittelgericht aufgrund seines Entscheidungsprivilegs aus mehreren sog. „vertretbaren Positionen“ eine einzelne dadurch herausheben kann, indem es die anderen als unrichtig behandelt. Das kann in einem Rechtssystem mit expliziter Bindung des Richters nicht anders sein: Beachtet ein englischer Richter einen precedent nicht oder „falsch“, wird die Korrektur gleichfalls nur durch das Instanzgericht gewährleistet. Angesichts der strukturellen Ähnlichkeit der eingangs erwähnten Idealtypen besteht der Unterschied zum Kontinent sozusagen im (Nicht-)Bestehen eines expliziten Rechtsmittelgrundes. Vergewenwärtigt man sich jetzt auch noch, welche Bedeutung nunmehr etwa § 502 Abs 1 ZPO der Rechtsprechung bei der Revisionszulässigkeit an den OGH beizumessen, erscheinen die oftmals reklamierten grundsätzlichen Differenzen in Funktionsweise und Methode zwischen den beiden Rechtssystemen recht gering, wenn man davon absieht, wie anders die Gerichtsorganisation gestaltet sein kann: Einfach erklärt, würden im englischen Sinn alle österr. Oberlandesgerichte und alle Landesgerichte jeweils ein einziges Gericht bilden, das zwar an unter-

schiedlichen Orten tagt, aber an alle seine eigenen Entscheidungen gebunden ist. Die Verwirrung, die bei uns besonders dann entsteht, wenn eine Rechtssache mangels ausreichendem Streitwert nicht vor den OGH gelangt,<sup>32</sup> wird so schon früher unterbunden.

**Transformationsfunktion der Gerichte**

Weil Recht ist, was als Recht von den Gerichten gesprochen wird, führt von der „Rechtsquelle“ hin zum Recht an den Gerichten kein Weg vorbei; die Zirkularität der Rechtsquellendiskussion fällt nur wegen des erwünschten Idealtyps nicht auf. Die Rechtsprechung urteilt nicht nur über Ansprüche, sondern auch über die Zulässigkeit bestimmter Argumente: Ob etwa ein Anspruch zumindest teilweise abgewiesen werden darf, weil das in der betroffenen Volkswirtschaft zu große Änderungen hervorrufen würde.<sup>33</sup> Solcherart verwalten die Gerichte die Eintrittspunkte für die Zulässigkeit neuer Argumentations-topoi.<sup>34</sup>

Das heißt nicht, dass die Höchstgerichte völlig frei in der Interpretation und Fortbildung des Rechts wären, denn auch sie stehen in einem besonderen Diskussionsprozess mit universitärer Lehre und Politik. Das kann offen – wie in Österreich – oder verdeckt, wie in England, geschehen. Nach einer alten Übung werden dort nur sog. authorities zitiert – das sind bekannte Juristen, die tot sind.<sup>35</sup> Deshalb stehen die Universitäten in der common law-Tradition sozusagen „im Winkler!“.<sup>36</sup> Die common law-Richter haben sich – jedenfalls ursprünglich – nicht als die intelligiblen Bürokraten verstanden, als die Max Weber ihre kontinentalen Pendanten bezeichnet hat. Die Progressivität der Rechtsfortbildung durch die Gerichte hängt angesichts der Kontingenz juristischer Systeme somit auch eher von der Neigung ab, Bedürfnissen des Gesetzgebers zuvorzukommen, und damit vom Selbstverständnis der Richterschaft im Staatsgefüge.

Schließlich sind nunmehr auch im angloamerikanischen Rechtskreis beträchtliche Rechtsbereiche gesetzlich geregelt, was bisweilen nur widerwillig zur Kenntnis genommen wird;<sup>37</sup> und endlich erwirbt kaum einer sein rechtliches Grundwissen am Studium von Fällen, sodass hier wie dort die Systeme aus den Lehrbüchern stammen.<sup>38</sup>

Man könnte einiges voneinander lernen.

*Dominik A. Thompson studiert in Wien  
Rechtswissenschaften.  
a9603196@univie.ac.at*

30 Holzleithner/Mayer-Schönberger, aaO (Fn 4).  
31 „I have suffered many reversals but never so disappointing as this one.“ Rt Hon Lord Denning MR, *The Due Process of Law*, London 1980, 141.

32 Vgl. die leidige Thematik um den Ersatz „vorprozessualer Kosten“, statt vieler: Michael Bydlinski, JBl 1998, 69; vgl. jüngst OGH vom 24. 9. 1998, 2 Ob 9/97f = ecoclex 1999, 29.

33 „Liability and insurance are so intermixed that judicially to alter the basis of liability [...] would be dangerous and [...] irresponsible.“ *Morgans v Launchbury* [1973] AC 127 (per Lord Wilberforce), zit

nach Cross u. Harris, aaO, 34. Vgl. aus aktuellem Anlass: EuGH, Urteil in Rs C-437/97, *Evangelischer Krankenhausverein Wien v Abgabenberufungskommission Wien* ua. [2000], Abs 55 ff.

34 Siehe schon Esser, aaO, 52 ff.

35 Es gibt Ausnahmen; seit dem Krieg nehmen die „verbotenen“ Zitate zu, s. Michael Zander, *The Law Making Process*, London 1989, 373 ff.

36 Die (historischen) Gründe dafür sind komplex und können aus Platzmangel nicht dargelegt werden. Kurze Darstellung bei Zander, ebd., und M.A. Glendon, M.W. Gordon, and C. Osakwe, *Compara-*

*tive Legal Traditions*, St. Paul MN 1985, Kap 9, hier insb. 432 ff. Analyse im Detail bei R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators, and Professors*, Cambridge 1987.

37 Adams und Brownsword, aaO, 7.

38 „To this day the case class system only works in the American law schools because students make use of various [...] summaries of the law, ‚nutshells‘ [...] and the like, which serve to redress the orderly confusion of the case book from which it is pretended that they learn the law.“ Simpson, aaO, 5.



# Anti-Intellectualism

Pierre Schlag<sup>1</sup>

The teachers of law today have an increasing influence, and one which is comparable in degree with the part played by the judges, in the development of the law; and their power to mould professional opinion is likely to increase in the future more rapidly than that of the judges.

Joseph Beale

There is a recurrent sameness to American legal thought. It is the sameness that comes from saying over and over again what the law is and saying it in a way that conforms with the law itself<sup>2</sup>

As a psychological matter, this sameness is produced through the legal thinker's primal self-identification with the figure of the appellate judge ("the judge"). The legal thinker takes on the same perspective, anxieties, concerns, modes of reasoning, and values as the figure of the judge. Indeed, what American legal thinkers consider to be law is what the figure of the judge would consider to be "law." There are, of course, variations: the legal academic can mime the gestures of a real judge, a sitting judge, a good judge, a smart judge, a politically enlightened judge, a composite judge (and so on). The figure of the judge to be imitated varies. And correspondingly, there are some variations in what American legal thinkers consider "law."

But it is the self-identification with the figure of the judge that establishes the pathways, limits, concerns, procedures, and preoccupations of American legal thinkers. Indeed, this self-identification of the legal academic with the subject-formation of the judge has been crucial to the construction of the "law" of the legal academy in several ways.

First, it is this self-identification that has enabled legal thinkers to construct and formalize something called "law" that simulates the appearance of an intellectual discipline. But law in the United States is not much of a discipline. It has none of the usual indicia of a discipline. As Judge Posner once noted, it has no great texts, no enduring questions, no discernible method – in short nothing of the kind that might be recognizable as the hallmarks of an intellectual discipline. What substitutes for this disciplinary absence, what gives the pseudo-discipline of law its gravitas and integrity (such as they are) is the legal thinker's self-identification with the figure of the judge. It is this identification that enables and sustains the fundamental formal ontology of law – the notion

that law comes in object-forms such as rules, doctrines, principles, precedents, methods, models, theories, and so on. It is this identification as well that establishes what modes of "interpretation" or "reasoning" are deemed appropriate. In short, it is this self-identification that enables the tacit formalization of the field of law – a formalization that has itself served as the grounds for inquiry and disagreement by apologists and critics of law alike.

Second, it is this self-identification that establishes the intellectual orientation of American legal thinkers. Judges are supposed to produce decisions that maintain the rule of law, advance efficiency, keep the peace, produce justice, or achieve some such desired normative goal. In achieving these objectives, judges are supposed to show "good sense," "good judgment," "reasonableness," or some such virtue. Judges must show that their judgment, opinion, or ruling is always already linked in some desired way with the best, the truest, the most faithful, the most progressive, the most lawful, the most [. . .] account of the relevant authoritative community's norms, values, and beliefs.<sup>3</sup> In their self-identification with judges, legal thinkers take on the same orientation. The result is that intellectual inquiry is subordinated to and guided by normative starting points, channels, and end-goals that are presumed to hold within the relevant authoritative community. Now, of course, a great deal of American legal thought is quite "critical" in tone – aimed at criticizing specific opinions, doctrines, statutory schemes, methods, theories, and so on. But it is important to remember that this criticism occurs along very narrow lines and that the vast majority of this criticism does not trouble the fundamental ontological forms, the formal order, or the desirable eschatology widely assumed to underlie American law. On the contrary: the seemingly incessant criticism plays the important role of rehearsing and reaffirming the essential coherence and legitimacy of American law.

Third, this self-identification with the figure of the judge establishes a set of intellectual tasks for legal academics – namely:

- ▶ the tracing of law back through its authoritative materials,
- ▶ the policing and normalization of new forms of legal thought,
- ▶ the recognition and conceptualization of new juridical problems,

<sup>1</sup> A prior version of this essay was published in Pierre Schlag, *LAYING DOWN THE LAW* (New York University Press 1996).

<sup>2</sup> A number of interrelated themes mentioned in this essay have been explored in greater detail elsewhere. Inasmuch as these themes are intertwined, it seems appropriate to provide citations in one place rather than throughout the essay. On the construction of the legal subject, see Pierre Schlag, *The Problem of the Subject*, 69 *TEX. L. REV.*

1627 (1991). On the degradation of „extra-legal“ intellectual currents in American legal thought, see Pierre Schlag, *Le Hors de Texte – C'est Moi: The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction*, 11 *CARDOZO L. REV.* 1631 (1990). On the implications of the normative orientation American legal thought, see Pierre Schlag, *Normative and Nowhere to Go*, 43 *STAN. L. REV.* 167 (1990). On the construction of the legal subject, see Pierre Schlag, *The Problem of the Subject*, 69 *TEX. L. REV.* 1627

(1991). On the architecture of American law as a pseudo-discipline, see Pierre Schlag, *Law and Phrenology* 110 *HARV. L. REV.* 877 (1997). On the hijacking of reason, see Pierre Schlag, *THE ENCHANTMENT OF REASON* (Duke University Press 1998).

<sup>3</sup> The identity of relevant authoritative community is likewise contested. We could talk about the citizenry generally, the enlightened citizenry, the legal profession, the enlightened part of the profession etc.

- ▶ the expulsion of spurious or subversive jurisprudential tendencies, and
- ▶ the perfection and general improvement of existing formulations of law.

All this is done in the idioms, within the forms of reasoning and interpretation practiced by judges. Indeed, the *piece de resistance* in the American legal academy (the law review article) is a morphological mimesis of the judicial opinion, the bench memo, the legal brief. And this mimetic character endures even where the substance of a piece of scholarship may seem far removed from traditional legal concerns or traditional legal materials. Theory, anti-theory, feminist jurisprudence, law and economics, even critical legal studies – all kinds of legal scholarship often remain ensconced in the aesthetics of the judicial opinion, the bench memo, the legal brief. Hence even when legal thinkers leave the realm of addressing sitting or imaginary judges, to do theory, to address legislatures, or to engage in “politics,” their thought remains very much within the aesthetic frames and the normative orientations characteristic of addressing sitting or imaginary judges. Admittedly, the academic production may be expected to show a higher degree of reflexivity, self-consciousness, or detachment than its juridical counterpart, but not so much as to actually pose a serious threat to the fundamental ontological forms, the formal order, and the desirable eschatology always already assumed to underwrite American law.

• • •

In some ways, the self-identification of the legal thinker with the figure of the judge is wearing thin. Over the twentieth century, this self-identification has become increasingly abstract and fragmented. Indeed, as legal thinkers take intellectual, aesthetic, or political distance from the work product of the courts, the image of the judge with which they identify becomes increasingly removed from the possible identities of sitting judges. Legal thinkers write for idealized, perhaps even utopian, imaginary judges. And for some legal thinkers, their self-identification becomes, as a matter of substance, more transparently beholden to political clients or political causes than to the figure of the judge. In these ways, the self-identification of legal thinkers with the figure of the judge seems to be disintegrating. The judge is losing intellectual status as the central organizing figure of American legal thought. But even as the self-identification of legal thinkers with the figure of the judge is becoming increasingly strained and increasingly improbable, legal thinkers are still living its history. The self-identification survives at an abstract level. It survives as an aesthetic, in the fundamental ontological forms and in the pervasive normative orientation of American legal thought.

• • •

The self-identification of the legal thinker with the figure of the judge has certain fatal implications. In one sense, it helps give the study of law in the United States the appearance of a discipline. In another sense, this self-identification is pervasively anti-intellectual. That is because the world of the judge

is not one designed in the image of any intellectual quest. It is instead a world whose contours and content are organized to produce decisions, results, and rationalizations. And the judge will produce those decisions, results and rationalizations whether or not there is any intellectually respectable way to do so. The judge can affirm, reverse or remand. He<sup>4</sup> cannot say, “The question is undecidable. The court does not know what to do.” The judge can refuse jurisdiction. But it must be refused. It won’t do for the court to say, “We don’t know whether we have jurisdiction. Case dismissed . . . and not dismissed. It is so ordered.” The judge has tasks to perform. His categories, idioms and perspective are shaped by those tasks. The production of knowledge, the acquisition of insight, and the achievement of intellectual edification are not particularly high on his agenda. These are at most subservient tasks. And the legal language of the judge is not and is not designed to be intellectually perspicuous. In an important sense, this language of the judge is and is designed precisely to shut down intellectual inquiry. The thinking and language of the judge are (quite understandably) aimed resolutely at closure, resolution, and formalization. At the limit, they are aimed at “clearing the docket,” – in other words, at ensuring that the processing of disputes is not backlogged. This is not the kind of aesthetic, cognitive or linguistic environment likely to lead (or even allow) much in the way of intellectual insight.

Ironically, the self-identification of the legal academic with the judge is never complete – it always remains imperfect. And legal academics know this. Not a single one dares seriously to close his law review article or his book with the line at which his supporting legal argument quite self-evidently aims: “It is so ordered.” But while the self-identification is never perfect – always a failed simulation – there is nonetheless much that is sacrificed in this self-identification. This self-identification with the figure of the judge has resulted in producing a law of the academy with certain pervasive intellectual deficits. I will mention two here. The first is the *radical simplification of law*. The second is the *juridification of legal thought*.

• • •

The self-identification of the legal thinker with the judge reduces various interactions among different subject formations – lawyers, clients, judges, citizens, witnesses, experts, and so on – to the perspective of one actor, the judge. This singular perspective is then simply assumed to be regulative of all that might be considered “law.” This identification with the subject-formation of the judge produces the (relative) singularity of perspective that allows all that might be called “law” to precipitate and crystallize into a (seemingly) stabilized ontology of “rules,” “doctrines,” “principles,” “methods,” and so on that seem verily as if they exist independently of any subject. It is the legal academic’s identification with the figure of the judge that produces the belief that these object-forms (rules, doctrines, principles, and methods) have an existence independent of any subject’s beliefs.

4 And the use of the male pronoun in this essay is deliberate. In the aesthetics of American legal thought, the figure of the judge remains male. Aesthetic forms – precisely insofar as they are not

challenged or noticed – endure much beyond wholesale changes in „substantive“ political positions.

To identify with the figure of the judge yields a kind of *double incapacitation*. In one sense it reduces intellectual possibilities and in a second sense, it produces a false empowerment.

In one sense then, the identification with the judge truncates the perspectival possibilities to a singular perspective and thus misses *ab initio* much of what is interesting (and problematic) about law – namely, its genesis from the different perceptions, actions, and re-presentations of various different actors: judges, lawyers, clients, witnesses, press, etc. To enshrine one's self in the position of the judge is to miss almost entirely the processes of *jurisgenesis* – the processes by which law comes to be formed as law.<sup>5</sup> It is to assume into

existence an entire juridical world of artifacts like "rules" and "doctrines" and "principles" and "methods," whose identities are not only already ontologically secure, but ostensibly, already "in force." In short, the self-identification with the judge assumes away much of what is interesting and still mysterious about law.

The identification with the figure of the judge yields a second kind of incapacitation – namely, a false empowerment. The judge is a figure who believes *ab initio*, as a matter of social aesthetics, in the efficacy of law. This is someone who believes, as a matter of course, that "law" has certain obvious and nonproblematic regulative relations to its field of application – relations that bear names like "deterrence" or "facilitation." This is someone who is given to believing fairly frequently (often rather improbably so) that because the law decrees something, it will in fact be so. This is someone who believes that juridical concepts like specific intent or linear causation or individual autonomy are valid, not merely as ju-

ridical concepts, but as descriptions of social life. Indeed, the self-identification of the legal thinker with the figure of the judge yields the belief that juridical concepts – concepts such as consent, coercion, public, individual, and so on – actually map onto the social world in relatively obvious, nonproblematic ways. The self-identification with the figure of the judge thus precludes any critical appreciation of the character or identity of the categories and relations of law. And it is precisely the resulting false empowerment that leads legal thinkers to have wildly utopian assessments about the normative consequences of their own legal thought and law in general.

The self-identification with the figure of the judge is precisely what leads legal thinkers to believe that they are not only studying law, but that they are in fact "doing" law. It is indeed this conceit that underwrites the otherwise rather odd, though widespread, belief among American legal thinkers that *prescribing* solutions, methods, or even attitudes is

somehow a useful or effective way to alter the behavior of legal actors – including judges. This belief in the effectiveness of normative *prescription* among legal thinkers is an unconscious mimesis of the judge's belief in the efficacy of judicial orders. The judge concludes the opinion with the phrase, "It is so ordered." The legal thinker imitates the gesture by concluding the scholarly work with "And therefore, the court should . . ." Or, "We should . . ." Or, "Somebody should . . ."

It is in such ways that *the radical simplification of law* is achieved.

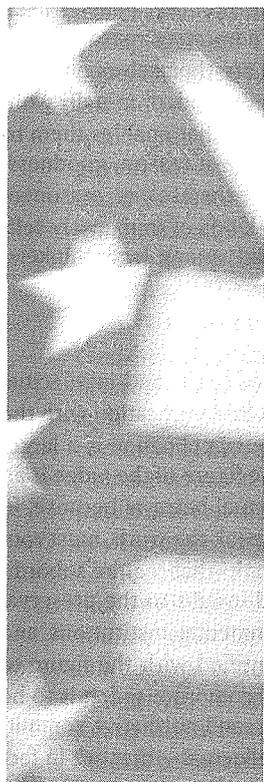
• • •

The self-identification of legal thinkers with the figure of the judge also yields *the juridification of legal thought*. It is through this self-identification that all manner of habits, rhetorics, even forms of social organization proper to judges become part of American legal thought.

As one example, the self-identification of legal thinkers with judges enables legal thinkers to imitate rulings from the bench. Hence, it is part of the rhetorical style of American legal thinkers to routinely dismiss entire forms of thought as if they were dismissing an appeal, as if they were rejecting an appellate argument. There are numerous examples of this practice. Over time, this tendency of American legal thought to receive intellectual currents through the adjudicatory medium and judicial habits of thought is not only anti-intellectual but self-destructive. Indeed, if legal thinkers systematically fail to deal *seriously* with new intellectual currents, then it cannot be expected that legal academics will learn much of anything new. On the contrary, this arrogation of the imperial rhetoric of the judge so as to rule from the bench on the value of intellectual currents precludes engagement. Ultimately, this habit of thought can be counted on to produce is a generalized state of arrested development.

This is arguably the state of the legal academy at present. What is produced by and large today is a law that reinvents itself as always already the same (only different). This may sound like a disturbingly impossible enterprise. In American folk culture, it is called, "reinventing the wheel." In the literature of classical Greece, it is called The Myth of Sisyphus. In law, it bears a much more respectable name – in fact, quite a popular name. The name is "Reconstruction" and it is generally considered a good thing. Indeed, legal thinkers are forever striving to reconstruct this or that – everything from promissory estoppel to the law of gender. "Reconstruction," of course, is what legal thinkers want most for their law. What they want – in accordance with the authoritative character of law is to create a law (their own) that is itself already law (our own). They want a law that is at once the same as the old law and yet different. The reconstructed law has to be the same as the old law so that it can in fact be law, as opposed to wishful thinking. But it also has to be different from the old law so that it can avoid the manifest defects of the old law. Reconstruction is the polite term used to identify this quixotic enterprise.

Another aspect of the juridification of legal thought lies in the subordination of inquiry to normative commitments as-



<sup>5</sup> Robert Cover, *The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4 (1983).

sociated with or at least compatible with the rule of law. Normative commitments define the starting points, the frame, and the permissible end points of legal thought. Thus, if a line of intellectual inquiry poses a threat to "law" or to its fundamental normative commitments, then the line of inquiry is susceptible to being called "nihilistic." The further implication is that therefore the line of inquiry should not be pursued.

**To the extent that those who do law in the academy constantly degrade intellectual insight and resources by transforming them into "legal authorities," "methods," "techniques," and the like, they are destroying cognitive capacity – homogenizing and depleting its repertoires of possibility.**

.....

intellectual, but, indeed, it is the mark of a degenerative enterprise – one that prefers its pleasing baubles of moralistic self-congratulation to any serious reckoning with its own identity and actions. One suspects that phrenologists, too, must once have been quite opposed to the "corrosive" character of "critical" thought.

Another aspect of the juridification of legal thought is the aesthetic subordination of intellectual and cultural insights. Indeed, before they gain admission to law's empire, intellectual and cultural insights from other disciplines must be recast in the forms and the uses that accord with the aesthetics of the law of the judge: the legal brief, the bench memo. It is in this way that deconstruction is reduced to a legal reasoning *technique*, that hermeneutics is crystallized into a *method* for advancing progressive legal thought. It is in this way that [. . .] is degraded into [. . .]. To the extent that those who do law in the academy constantly degrade intellectual insight and resources by transforming them into "legal authorities," "methods," "techniques," and the like, they are destroying cognitive capacity – homogenizing and depleting its repertoires of possibility. This erasure of perspective, this collapse of opposition, this destruction of scale produces an intellectually flattened legal universe – the proverbial "night in which all cows are black."

Still another aspect of the juridification of legal thought is the institution of a collective fantasy world held together by a magical vocabulary. Students, during their first year of law school, learn that in some legal contexts certain words are magic, in that their mere invocation can be guaranteed to induce certain effects upon legal actors. Such words might include "notice," or "possession," or "strict scrutiny." Legal thinkers often exhibit a haughty derision for the magic words – treating them as unfortunate (though perhaps necessary)

The upshot is that if one is engaged in legal thought, one is obliged to represent the practice of "law," however degraded its actual condition may be, as nonetheless *essentially* justified, coherent, rational, and good. Not only is this orientation profoundly anti-

legacies of an old and much reviled legal formalism. Nonetheless, contemporary legal thinkers clearly have their own set of magic words – words like "values" and "rights" and "reason." These are words which, when uttered in appropriate grammatical sentences, can be counted upon to reduce even the most powerful legal minds to displays of respectful worship or docile submission.

Of all such magic words, "Reason" may well be the one that commands the most universal assent. As in various kinds of earlier shamanistic practices, legal thinkers will often repeat the terms "reason" or "reasonableness" over and over again as if the mere repetition of the terms will make reason and reasonableness themselves appear. This is the same rather bizarre, though widespread, confusion that enables legal thinkers to believe that in virtue of *advocating* reason, goodness, or moral wonderfulness, they are themselves engaged in an enterprise that is itself reasoned, good, or morally wonderful. At the limit, it is this confusion that enables them to believe that, in virtue of their *advocacy* of reason, goodness, or moral wonderfulness, they are themselves reasoned, good, or morally wonderful. These kinds of immensely self-flattering belief are quite widespread among legal thinkers. They are also non-sequiturs.

.....

But these are all small-scale examples of the anti-intellectual implications of the legal thinker's self-identification with the figure of the judge. The more serious implication is a large-scale one. The identification with the figure of the judge is an intellectual betrayal. It is an intellectual betrayal because, in important ways, the judge cannot speak the truth, must routinely dissemble, has in fact taken oaths that require subordination of truth, understanding, and insight to the preservation of certain bureaucratic governmental institutions and certain sacred texts. To be self-identified with the figure of the judge is thus to be intellectually compromised. It is to be beholden to a rhetoric, an aesthetic, and normative commitments that are pervasively anti-intellectual – that are in fact destructive of intellectual endeavor.<sup>6</sup>

Sadly, the legal thinkers of many generations have had to labor under the signs of a law that confused and conflated the role of the scholar with that of the judge. For perhaps a very few – those who sought and obtained appointment to this or that court or agency – this may have been a successful enterprise. But for all the others, they compromised intellectual possibility to exercise a shadow juridical power – a power they manifestly never had. A few were judges in waiting. Some were appointed. Most waited. As for the rest, it must have been one very long session of moot court.

*Pierre Schlag is Byron White Professor of Constitutional Law, University of Colorado School of Law, Boulder, Colorado, USA.*

6 As Roberto Unger put it: „The legal academy that we entered dallied in one more variant of the perennial effort to restate power and preconception as right.... Having failed to persuade themselves of all but the most equivocal versions of the inherited creed, they nevertheless clung to its implications and brazenly advertised their own fail-

ure as the triumph of worldly wisdom over intellectual and political enthusiasm. History they degraded into the retrospective rationalization of events. Philosophy they abased into an inexhaustible compendium of excuses for the truncation of legal analysis. The social sciences they perverted into the source of argumentative ploys with which

to give arbitrary though stylized policy discussions the blessing of a specious authority. When we came, they were like a priesthood that had lost their faith and kept their jobs.“ Roberto M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 HARV. L. REV. 561, 674–75 (1983).





The editor of this special issue of *juridikum* invited me to contribute a few remarks on the Americanization of the law from an international lawyer's perspective. Much was left vague anyway. So how could I refuse, except by pretending to be overly busy with grading exams, writing other papers, reviewing books, preparing lectures and classes or researching for legal opinions, not to mention university committees, consulting hours, evaluation business, etc. When the deadline approached I had almost forgotten that I had agreed to do the job. Thus, I seriously had to start thinking about the assignment. Didn't the editor say something about the perception that US law – of course we are talking about US law when we say American law (you can't really justify it as a convenient shorthand for the former; take it as an example of the Coca-Cola-, McDonalds-, etc. Imperialism we have already effectively internalized!) – . . . about the perception that US law is increasingly accepted as the law chosen to govern international transactions which in turn could be viewed as evidence for an increasing Americanization. Sounds serious, but is it sexy enough for *juridikum*, this cutting edge pamphlet of legal scholarship? Let's try a little variation: There is my subject! Forget the clash of civilizations,<sup>1</sup> it's the war of laws we have to address. I have already written on various examples of transatlantic legal battles, from the fight over export controls, the controversy over the final containment of Cuba through the Helms-Burton Act to the endless Banana and Hormones disputes between the USA and the EU/EC.<sup>2</sup> Why shouldn't I add a few conceptual thoughts on these issues?

Would that mean that I was considered to provide from a bird's-eye view a rather distant and probably detached account of what happens down there in the "real world" of various national systems of law, to analyze the struggles of competing systems and, at best, to attempt a provisional stock-taking whether a progressive state of Americanization could indeed be ascertained? Sounds attractive, though it doesn't really touch upon my proper field of expertise. Thus, the required aloofness of the scholar from his subject is probably guaranteed – quite apart from the fact that our colleagues consider us internationalists to be residents of the ivory tower anyway.

But is this distance real? Are we truly removed far enough to be secure from an attempt of creeping nationalization of our supra-national and international law? What about the danger of an Americanization of international law? – By the way, who said "danger"? – I am not talking about the old hermeneutic problems of understanding international law, not about the wisdom of aesthetics of perception according to which international law would lie in the eye of the beholder, nor about the simple fact of life that international law may mean different things to different legal systems once they have decided to incorporate it.

I am thinking of a more fundamental problem of whether the substance of international law may be subject to fundamental changes. – Don't worry, no *clausula rebus sic stantibus* discussion here! – I am not speaking about the usual differences of interpretation, the national lenses becoming relevant when focusing on international rules. Rather, I am concerned about the process of constituting my own subject-field. Just imagine the legions of US law journal articles, notes and comments eager to be recognized as "teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of [international] law."<sup>3</sup> European snobbism – prevailing in some circles of the Old Continent – which regards much of what is pub-

# The Americanization of International Law

August Reinisch



lished in US journals as of inferior quality certainly is no answer. The challenge is out there. The sheer mass of published views on international law issues is likely to resound somewhere. There are currently more than hundred American international law journals mostly affiliated with US law schools compared to a few dozen European, Asian, African, and others. What is even more irritating: a brief glimpse at such renowned summaries of international law as the Restatement of International Law "adopted and promulgated" by the American Law Institute<sup>4</sup> shows that non-US publications are hardly noticed when construing this semi-official account of international law. The same analysis holds true when glancing through the American Journal of International Law. Do American international lawyers realize that there is scholarly life beyond Maine and Louisiana? Who am I to tell them anyway? Hasn't the US Supreme Court, a far more authoritative source, done this job with admirable eloquence when cautioning against legal „introspection“ or outright parochialism? And is not criticism more appropriate when coming from within? – for instance, from the U.S Supreme Court criticizing the „the parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts.“<sup>5</sup>

Here we are even back to the initial theme advanced by the editor: the application of US law to international transactions. The *Bremen* case is generally considered a leading authority on the idea of permitting individual parties to opt for a set of substantive rules as well as for the types of dispute settlement (including arbitration) they consider most suitable for their purposes. But what's so new about accepting

1 Samuel Huntington, *The Clash of Civilizations*. New York Simon & Schuster (1996).

2 August Reinisch, *US-Exportkontrollrecht in Österreich*, Wien Manz-Verlag (1991); idem., *Widening the US Embargo Against Cuba Extraterritorially*. A few public international law comments on the „Cuban Liberty and Democratic Solidarity

(LIBERTAD) Act of 1996“, 7 *European Journal of International Law* (1996), 545–562,

3 Art. 38 Statute of the International Court of Justice. Art 38, primarily listing international agreements, customary law and general principles, is commonly regarded as reflecting the sources of international law.

4 American Law Institute (ed.), *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1986).

5 *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 24 (1972).

choice of law and choice of forum clauses? The apparent anger of the Supreme Court Justices inspiring their rather strong language must have deeper roots.

Indeed, when we try to look at the degree and willingness of US lawyers and judges to apply their own law vs. to allow for the application of foreign law, we realize that there is a multitude of contemporary American schools of thought on these issues. On the one hand there are those who are struggling with the perceived parochialism, recognizing that not everything has to be governed by US law to produce acceptable results, on the other hand, there are those who – often with missionary zeal – try to spread the gospel of American law, of the US Constitution, of the SEC (Security and Exchange Commission) Rules, of products liability law, of class action devices, of anti-discrimination legislation, etc. Just think of the legions of US lawyers who – frequently with the best intentions – travel throughout the world and in particular to the former Communist Countries, for instance, as part of the American Bar Association's CEELI (Central and Eastern European Law Initiative)<sup>6</sup> in order to help shaping new legal systems apt to lead those societies into the Western World. Why should we expect them to export anything but US law? However, it seems legitimate to ask whether it really always makes sense to install brand new insider trading rules where stock markets are not yet effectively functioning or to enact class action remedies where basic problems of access to justice remain unresolved? Thus, it should not come as a surprise that a certain suspicion has grown that the Pax Americana might be accompanied by a wave of Americanizing the legal systems of the rest of the world.<sup>7</sup> It would be too simplistic to suspect an evil conspiracy of the last remaining hegemon; equally it would be too facile an explanation to consider a naive belief in the superiority of US law or in the lack of alternatives to lie at the root of this expansionism.

International law itself provides an apt vehicle for the further Americanization of foreign domestic law via treaty making. This is true not only for the classical private international law or commercial law unification attempts carried out through the Hague Conference or UNCITRAL codification efforts, but also for the fields of international economic law like GATT/WTO law, wherein the traditional enterprise of reducing tariffs has been broadened into a fairly comprehensive scheme of eliminating non-tariff barriers which – if taken seriously – will require a high degree of harmonization of national law (as can be learned from the EC experience in the field). It is thus no imposition of external interests but rather the internal logic of modern GATT/WTO trade law to venture into broader areas from intellectual property to environmental rules, from labor standards to health restrictions. Of

course, unification does not necessarily mean Americanization. However, when approximating different national rules through treaty-making, i.e. via a consent based method of law making, the negotiating power of a country whose consent is frequently crucial to the viability of the resulting agreement can hardly be overestimated. Thus, what may be formally an internationalization or for that purpose globalization of law, is in fact frequently an Americanization of the rules approximated, harmonized or even unified through international agreements.

Let us return to my proper subject: How Americanized is international law really? Or is it really Americanized? Here, we have to differentiate between one form of Americanization of international law that could be adequately described as unilateralism vs. multilateralism, on the one hand, and the more sophisticated and for our purposes more relevant issue of how far international law itself has been (re-)shaped by the influence of US law, on the other.

The former problem has recently produced a number of illustrative incidents which show that it is not always easy for the last remaining superpower to conform to rules created by purportedly equally sovereign states. Whether we are talking about the bypassing of bilateral treaties by kidnapping foreign nationals abroad in order to bring them before American courts as in the case of Dr. Alvarez-Machain<sup>8</sup> or whether we are dealing with the prosecution and execution of a foreign citizen without even considering to inform his home state authorities in order to enable them to exercise their consultation rights under the Vienna Convention on Consular Relations and without respecting an interim order of the International Court of Justice as it happened in the Breard case,<sup>9</sup> examples abound. This is not the place to discuss the American refusal to sign the Rome Treaty on the Establishment of an International Criminal Court,<sup>10</sup> etc. in a detailed manner.

What is probably more troubling from a conceptual point of view than the recent surge of unilateralism is the degree of Americanization of international law itself. Take as an example the rules of procedure of various international criminal tribunals established by the Security Council such as the Yugoslav and Rwanda War Crimes Tribunals. They are generally considered to be a blend of the Anglo-American adversarial and the Continental European criminal law system. (In how far this simplification in itself holds true may also be questioned.) Much was also intentionally left to actual practice and the multinational staff assigned to the Tribunals. In fact, the resulting procedure has been regarded to reflect a very strong American influence.<sup>11</sup>

Of course it is – even methodologically – legitimate to consider national law as a potential source of international

6 According to the American Bar Association's own description „CEELI, a public service project of the American Bar Association, advances the rule of law in the world by supporting the legal reform process in Central and Eastern Europe and the New Independent States of the former Soviet Union. With the assistance of lawyers, judges, and law professors, CEELI helps to build the legal infrastructure that is indispensable to strong, self-supporting, democratic, free market systems.“ <<http://www.abanet.org/ceeli/home.html>> visited 28 December 1999.

7 Cf. Laura Nader asserting that „globalization is not new. What is new is a globalization that is mainly American. The international Americanization of law, for example, pressures China to have courts like us or, in the Middle East, to use corporate psychological models of dispute resolution rather than law.“ Laura Nader, Symposium: Comment, 46 American Journal of Comparative Law (1998) 751, at 754.

8 *United States v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655, 668, 670 (1992) (holding that the abduction of a criminal defendant from Mexico, although it „may be in violation of general international law principles, . . . does not . . . prohibit his trial in a court in

the United States for violations of the criminal laws of the United States“).

9 Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Provisional Measures – Order of 9 April 1998; Cf. Agora: Breard, 92 American Journal of International Law (1998), 666–712.

10 Cf. David J. Scheffer, The United States and the International Criminal Court, 93 American Journal of International Law (1999), 12–22.

11 Cf. Minna Schrag, Prosecuting International Crimes: An Inside View: The Yugoslav War Crimes Tribunal: An Interim Assessment, 7 Transnational Law and Contemporary Problems (1997), 15.

law. Art 38 para 1 c) explicitly mentions "general principles of law" which are generally regarded as shared principles of various national legal systems. Thus, consideration of rules of US law forms part of construing an accepted source of international law. Still, it only forms part and should not serve as a blank check to present one particular set of national rules as expression of general principles.

However, it is not necessarily a hidden agenda by American international lawyers to Americanize international law, a malicious assault on the inter- or supra-, but at least decidedly non-national body of law to conform to ideas of a specific national law. Rather, it seems that much of the Americanization of law results from an unreflected (self-)perception of international law by those decision-makers who are in a position to shape the content of international law. Under the present circumstances it should be no surprise that it is mainly American government officials, lawyers, academics, NGO activists, and the like who are in position to exert decisive influence. Thus, it is their „American“ view of international law which in turn re-flows into determining international law.

What are the deeper reasons for this development? Let's take a closer look at the factors determining the legal education of American international lawyers: – Who says that education does not matter? – What constitutes an American international law class? There is conflicts of law, international litigation/arbitration, external trade law, foreign relations law (the War Powers Resolution, the International Emergency Economic Powers Act, the "political questions" doctrine, etc.) and, yes, there is some public international law.

From my own legal training at NYU, an American Law school nowadays boasting to create a global law faculty, I remember quite well the difficulties some of us Europeans had in recognizing international law in the subject we were studying as part of the specialized LL. M. program in International Legal Studies. Certainly, we were better off than our colleagues who went for an M.C.J. (Master of Comparative Jurisprudence) or M.C.L. (Master of Comparative Law) – as it is called in some other law schools – since this had nothing at all to do with comparative law, but rather provided a one-year crash course in American law (which, of course, explained why it was easier for them to take the bar exam). But still, there we were, eager to study international law and we had such a hard time recognizing it. "International Business Transactions" largely was about tailoring the optimal contract for a US firm willing to engage in foreign direct investment abroad, "International Litigation" basically meant finding out how to sue a foreigner before US courts – or if that proved impossible because it violated principles of comity or of constitutional due process guarantees (mind you: not of international law rules on the limits of a state's jurisdiction) how to enforce a foreign arbitral or judicial decision in the US, and the "Constitutional Law of the United Nations" essentially provided for an opportunity to read the UN Charter in the light of the experience of interpreting the US Constitu-

tion. All these subjects were fascinating intellectual exercises and excellent teachers aroused my continuous interests in such issues at a crossroads between public international law and national law. The common "international" denominator of these classes was that they were to a greater or lesser extent not only concerned about American law or inter-state conflicts but went beyond that to include problems that transgressed the US border.

Only my return to Europe and my subsequent efforts to "re-construct" international law – a not wholly unintended by-product of an academic career – helped me to truly understand the relationship between international and national law.

This very broad American view of international law may have been inspired by scholarly concepts relating to transnational law<sup>12</sup> or a modern law of nations<sup>13</sup> which have rightly emphasized the interrelationship between international law proper and various fields of national law. However, there is an inherent danger that a vulgarized version of this rather sophisticated approach may lead to a confusion between US domestic law and international law proper.

Let us take the Restatement – to some extent the "bible" of international law for Americans – as an example. Although it is properly entitled "Restatement of the Foreign Relations Law of the United States" and although it clearly distinguishes between "international law as it applies to the United States" and "domestic law that has substantial significance for the foreign relations of the United States or has other substantial international consequences",<sup>14</sup> the actual use made of the black-letter rules contained in the Restatement – which is even colloquially referred to as the International Law Restatement – is one of demonstrating the existence of rules of public international law. As I have already pointed out there is – methodologically – nothing wrong with a strong reliance upon the "teachings of the most highly qualified publicists"<sup>15</sup> in order to determine rules of international law. However, the Statute of the ICJ rightly emphasizes the need of a comparative perspective by referring to "publicists of the various nations". If the assertion of rules of international law is made by relying on the scholarly expression found in just one national interpretation of international law which itself – if properly read – does not claim to be limited to international law but rather extends to domestic law that has "substantial international consequences" then the result may well be "nationalization" and if we are talking about American legal scholarship an "Americanization" of international law. Against this background it almost sounds ironic when one of the Associate Reporters of the Restatement titles his essay in honor of the Chief Reporter of the Restatement "Nationalizing International Law".<sup>16</sup>

"Honni soit qui mal y pense".

August Reinisch is Associate Professor of International Law, University of Vienna, Faculty of Law.

12 Philip C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven (1956). See also Steiner/Vagts/Koh, *Transnational Legal Problems. Materials and Text*, Westbury, New York (4th ed., 1994).

13 Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, New York (1956).

14 American Law Institute (ed.), *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1986) § 1 according to which „the foreign relations law of the United States, as dealt with in this Restatement, consists of“ the two above cited elements.

15 Article 38 Statute of the International Court of Justice.

16 Andreas F. Lowenfeld, *Nationalizing International Law: Essay in Honor of Louis Henkin*, 36 *Columbia Journal of Transnational Law* (1997), 121.



Wenn auch der Befund, dass sich Österreich gegenwärtig in einer Phase der „Repolitisierung“ befindet, in Anbetracht des nicht mehr beschreibbaren Niveaus der politischen Auseinandersetzung viel zu optimistisch erscheint, so findet Ähnliches wenigstens in Sektoren statt: Wir erleben zurzeit – zumindest in der engagierten Lehre<sup>1</sup> – eine Art Wiederbelebung des politischen Arbeitsrechts, die sich rund um ein Phänomen ereignet, das sich als Schwanengesang der abhängigen Arbeit beschreiben lässt: Abhängige Arbeit, die von einem Arbeitgeber als Unterdrücker dem um seine Existenz besorgten Arbeitnehmer verschafft wird, wobei sich dieser zur Erhaltung dieses knappen Gutes in eine, schon wegen der Quantität der geforderten Arbeitsleistung sein Leben beherrschende Abhängigkeit begeben muss, verliert zugunsten neuer Organisationsformen der Erwerbsarbeit zunehmend an Bedeutung. An ihre Stelle treten zum einen der, freilich meist nur scheinbaren, Selbständigkeit angenäherte Vertragsformen (Stichwort „freie Dienstverträge“), auf die arbeitsrechtliche Schutzgesetze und Normen kollektiver arbeitsrechtlicher Rechtssetzung nicht anzuwenden sind. Auf der anderen Seite manifestiert sich „neue Arbeit“ als rechtlich nicht ohne weiteres in den Griff zu bekommendes soziales Phänomen, das sich als dramatisch abnehmende Stabilität arbeitsrechtlicher Beziehungen beobachten lässt. Lebensstellungen sind Mangelware geworden und haben ihren Platz als Konstituens arbeitsrechtlicher Rechtssetzung an die *Flexibilität* verloren, deren Apotheose wir gerade erleben<sup>2</sup> und die sich eben auch in häufigerem Arbeitsplatzwechsel konkretisiert.

Vor diesen neuen Formen der Arbeit beginnt das arbeitsrechtliche Regelwerk, das auf andere soziale Fakten zugeschnitten war, zu versagen. Dies betrifft zunächst jene Vorschriften, die sich an dem, von einer sozialpolitischen Zielsetzung zum Faktum gewordenen, langen Bestand der Dienstverhältnisse orientieren. Diese Vorschriften haben das aus der Bequemlichkeit einer dauernden Anstellung, verbunden mit höheren Entgelterwartungen, motivierte Beharrungsvermögen der Arbeitnehmer als *Treue*<sup>3</sup> missverstanden, die daher entsprechend zu entlohnen ist – sei es durch längere Kündigungsfristen, (höhere) Abfertigungen, Betriebspensionen usf. Hier wird auf die Entwicklung bereits reagiert, indem die Treuerelation dieser Entgeltbestandteile zugunsten einer abstrakten, von einem konkreten Zweck also losgelösten Entgeltzahlung mit verschobener Fälligkeit, die vor allem den Zwecken der Altersvorsorge dienen soll, aufgegeben wird. Diese Leistungen werden konsequent an Pensions- oder Abfertigungskassen ausgelagert, die die von den Parteien des Arbeitsvertrages entrichteten Beiträge verwalten.

Die Entwicklung neuer Arbeitsformen zwingt aber nicht nur zur Adaptierung arbeitsrechtlicher Gesetze, sondern stellt insgesamt die Frage nach Verteilungsgerechtigkeit neu. Richtig werden ja die Teilnahme am Erwerbsprozess und die Gewährung sozialen Schutzes als „Parameter für das Gerechtigkeitsvermögen des Rechtes“<sup>4</sup> angesehen. Während sich das klassische Arbeitsrecht damit begnügen durfte, den Ar-

beitnehmer durch Gesetze vor Ausbeutung zu schützen, stellen sich die Probleme bei einer – gesellschaftlich durchaus erwünschten – Zunahme selbständiger oder quasi selbständiger Tätigkeit bei gleichzeitigem Verlust klassischer Arbeitsplätze oder zumindest deren materieller Entstellung, indem etwa Teilzeit – zur Regelarbeitszeit wird, völlig anders. Einen weiteren wesentlichen Impuls erhält diese Entwicklung aus einer stetigen Verarmung der Klein- und Mittelunternehmer, die vor dem Hintergrund eines eher reicher werdenden Arbeitnehmer-Mittelstandes den so vielbeschworenen Interessengegensatz von Arbeitnehmer und Arbeitgeber immer häufiger als schales Konstrukt erscheinen lassen.

Einem in Vertragsgestaltung und Arbeitnehmerorganisation massiv eingreifenden Arbeitsrecht wird die nötige Pro-

## Das ungerechte Arbeitsrecht

Roland Gerlach

blemlösungskompetenz nicht mehr zugetraut. Eingriffe in die Vertragsgestaltung in einer Intensität, wie sie moderne Sozialstaaten – namentlich Österreich – kennzeichnen, die von Mindestlöhnen über Höchstarbeitszeiten bis zu, freilich im Richterrecht fortgebildeten, detailliertesten Regelungen zum Verbot der Arbeitgeberdisposition über freiwillige Leistungen<sup>5</sup> reichen – setzen eine Legitimation voraus, wie sie in den letzten 100 Jahren mit Fug und Recht in der Antagonie zwischen Unternehmer- und Arbeitnehmerinteressen erblickt werden durfte, in der modernen Arbeitswelt aber nur über idealtypische Annahmen zu konstruieren ist.

Was gerne als Paradigmenwechsel bezeichnet wird, erweist sich in diesem Zusammenhang als bloße Verschiebung des konfliktzerzeugenden Sachverhalts. Dieser hat sich von einem formalisierbaren Widerstreit unterschiedlicher Wirtschaftsinteressen auf eine inhaltliche Ebene verlagert, die sich nicht auf den sozialen Sachverhalt Arbeit beschränken lässt. War man früher der Auffassung, Gesetze zu benötigen, die geeignet waren, das Leiden der Arbeitnehmer unter der Macht der Arbeitgeber zu lindern, scheitern solche Ideen heute schon an der bloßen Tatsache, dass Arbeitnehmerinteressen nicht länger homogenisierbar sind<sup>6</sup> und vielfach auch der Arbeitgeber als Widerpart kaum mehr als soziales Faktum sondern lediglich als rechtliches Konstrukt überlebt hat. So ist es sachlich unvertretbar, einen sorgepflichtigen 55-jährigen Fremdgeschäftsführer einer Gesellschaft, der von seinen Gesellschaftern mit verwerflichen Motiven um seinen Job gebracht werden soll, mit keinerlei wesentlichem arbeitsrechtlichen Schutz auszustatten, selbigen aber schrankenlos 30-jährigen Alleinversorgern mit Millioneneinkom-

1 Vgl zur aktuellen österreichischen Diskussion Pichler (Hrsg), Die „neue“ Arbeit, 1999.

2 Vgl etwa Mosler in Pichler, aaO, 149.

3 Vgl zur Abfertigung zuletzt OGH RdW 1999, 74f.

zur Betriebspension etwa OGH DRdA 1993/58 (Eichinger).

4 Pichler in Pichler, aaO, 17.

5 Illustrativ jüngst Mazal in Tomandl, Neuere

Tendenzen des Arbeitsrechts auf dem Prüfstand, 1999, 17.

6 Vgl Reuter in FS 25 Jahre BAG, 1979, 413 ff.

men<sup>7</sup> zur Verfügung zu stellen. Der Umstand, dass Gesetz und Rechtsprechung weiterhin sozialen Schutz in Form von Arbeitsgesetzgebung und deren Anwendung praktisch ausschließlich von formalen Kriterien abhängig machen, passt allerdings gut in die ebenso wenig sachlich begründbare Unterscheidung, Selbständigen, etwa Besitzern kleinster Gemüseläden mit fünfstelligen Halbjahresgewinnen, keinerlei sozialen Schutz zu gewähren, mit selbigem aber – um beim Beispiel zu bleiben – Filialleiter von Lebensmittelhandelsketten mit etwa vierfachem Einkommen quasi zu überhäufen.

Arbeitsrecht in seiner geltenden Form beginnt also ungerichtet zu werden, und es ist daher kaum verwunderlich, wenn die politische Debatte beginnt, dem Arbeitsrecht seine Schutzherrnfunktion über soziale Gerechtigkeit abspenstig zu machen. Sozialer Schutz soll stattdessen von der Voraussetzung abhängiger Erwerbsarbeit abgekoppelt und als *Grundeinkommen* zur Verfügung gestellt werden<sup>8</sup>. Das Erstaunliche an den dazu entwickelten Theorien ist nun, dass ihnen, wenn auch mit verschiedenen Endzwecken, beide Lager gleichermaßen viel abgewinnen können. Den Neo-Liberalen erscheint Grundsicherung als geeignetes Mittel, die als störend empfundene staatliche Intervention in die im Übrigen weitgehend freien Mechanismen des Vertragsrechtes zugunsten eines als relativ billig kalkulierten finanziellen Opfers, das jedemann zugute kommt, abzustellen oder zumindest zurückzudrängen. Auf der anderen Seite vertrauen Ideologien, die zwar vornehmlich dem Wohle der Arbeitnehmer dienen wollen, dabei aber nicht bereit sind, sich in einem seltsamen reaktionären Reflex auf die Erwerbsarbeit als Maß aller sozialen Dinge und damit als Urgrund der Umverteilung einschwören zu lassen, der Theorie vom Grundeinkommen gerade deshalb, weil sie in ihrer Verwirklichung die Entkopplung von dem als fatal empfundenen Zusammenhang zwischen Teilnahme am Produktionsprozess und sozialer Akzeptanz erwarten. Die postmoderne Attitüde, mit der diese Hal-

**Die Entwicklung neuer Arbeitsformen zwingt aber nicht nur zur Adaptierung arbeitsrechtlicher Gesetze, sondern stellt insgesamt die Frage nach Verteilungsgerechtigkeit neu.**

tung gelegentlich versehen wird, mutet allerdings ein wenig konstruiert an und geht von der schlicht unrichtigen, zumindest aber unbewiesenen Annahme aus, dass der zur Teilnahme am Produk-

tionsprozess verpflichtete Mensch *schlechthin* unglücklich ist und das Interessendenken daher durch einen „Weltglauben“<sup>9</sup> zu ersetzen sei, um verloren gegangene Stabilität zurückzugewinnen. Es ist ein gefährlicher Traum, das Ideal einer vom Produktionsprozess losgekoppelten Gesellschaft darin zu sehen, die Menschheit über politisch normierte Sinnggebung endlich zum wahren Zweck des Daseins und damit zu ihrem Glück zu führen. Mit dieser Einschränkung scheint hingegen die These vom Grundeinkommen, ohne dass man in einen nackten Neo-Liberalismus verfallen müsste, ein durchaus adäquates Mittel, sich der Herausforderung der neuen Arbeit mit sozialpolitischen Mitteln zu stellen.

Der Weg dazu ist freilich noch weit und aus pragmatischer Sicht ist es nicht recht einsehbar, wenn wegen der erhofften großen Veränderung kleine Schritte gegen Entwicklungen im Gesetzes- oder Richterrecht unterbleiben, die – vor allem vor dem Hintergrund sich ändernder sozialer Gegebenheiten – das Verdikt der Ungerechtigkeit und Unbilligkeit besonders nahe legen. Dies gilt vor allem für das grundsätzlich *diskriminierende* Faktum, dass in Österreich an den Besitz von Arbeit Rechtsfolgen in einem Ausmaß geknüpft werden, die mit dem sozialen Schutz *Arbeitsloser* in kein vernünftiges Verhältnis gebracht werden können. Dieses von der Rechtslage vorgezeichnete soziale Faktum verwirklicht sich auf drei Ebenen:

- ▷ im grundsätzlichen Ausschluss von Sozialleistungen, wenn man nicht zumindest einmal gearbeitet hat;
- ▷ in der grundsätzlichen Neutralität des Staates gegenüber Arbeitssuchenden, die also kaum Unterstützung erhalten;
- ▷ in der Versteinerung sozialen Besitzstandes, wenn er einmal erworben ist, also in der weitestgehenden Absicherung derer, die einmal einen Arbeitsplatz erworben haben, gleichgültig, ob ein besonderer sozialer Schutz erforderlich erscheint oder nicht.

Im Folgenden soll diese Haltung des Staates daraufhin untersucht werden, ob ihr nachvollziehbare sozialpolitische Zielsetzungen zugrunde liegen, andernfalls, welche Verbesserungen denkbar erscheinen. Wenn dabei durch die Miteinbeziehung staatlicher Sozialgesetzgebung in die Erörterung streng genommen *arbeitsrechtliches* Terrain verlassen wird, geschieht dies nicht aus methodischer Nachlässigkeit sondern im Dienste des Sachzusammenhangs<sup>10</sup>.

### 1. Arbeit und sozialer Schutz

Sozialer Schutz in Form von Arbeitslosengeld, Notstandshilfe oder Karenzgeld wird in Österreich erst gewährt, wenn, neben anderen Voraussetzungen, die *Anwartschaft* erfüllt ist. In der Sache bedeutet dies, dass vom Staat erst versorgt werden soll, wer seine Arbeit verliert, und nicht etwa gleich der, der einfach keine Arbeit hat. Fällt es schon schwer, den Zweck und die sachliche Rechtfertigung dieser Unterscheidung zu erkennen, so wird dies gänzlich unmöglich, wenn man sich den geradezu grotesk formalisierten Begriff von Erwerbsarbeit vor Augen hält, der der Anwartschaft als Anspruchsvoraussetzung zugrunde liegt: Gem § 14 AIVG ist etwa die Anwartschaft erfüllt,

wenn der Arbeitslose innerhalb der Rahmenfrist, also innerhalb der letzten 24 Monate vor Geltendmachung des Anspruches, insgesamt 52 Wochen im Inland arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt war; ist er noch nicht 25 Jahre alt genügen 26 Wochen innerhalb der letzten 12 Monate, allerdings nur, wenn darin nicht mehr als 16 Wochen arbeitslosenversicherungspflichtiger Zeiten nach § 35 Abs 2 des Arbeitsmarktservicegesetzes, BGBl Nr 313/1994 liegen, und das Arbeitsmarktservice „auch unter weitestmöglichem Einsatz von Förderungsmaßnahmen“ versagt hat, also dem Arbeitslosen keine zumutbare Beschäftigung vermitteln konnte; dies freilich unter der weiteren Voraussetzung, dass vorher der „Regionalbeirat“ angehört wurde, und dass keine Verordnung des Bundesministers für soziale Verwaltung anderes anordnet, was aber selten der Fall sein wird,

<sup>7</sup> Vgl OLG Wien 7 Ra 52/99i.

<sup>8</sup> Vgl Pichler, Heilmann, Kier, Fierlei in Pichler, aaO.

<sup>9</sup> Fierlei in Pichler, aaO, 290.

<sup>10</sup> Die Grenzen scheinen außerdem zu fließen: Immerhin ordnet die derzeitige Bundesregierung Arbeit dem Wirtschaftsministerium zu und erörtert in ihrem Regierungsprogramm geplante ar-

beitsrechtliche Änderungen unter „Erneuerung des österreichischen Sozialrechts“ ...

weil diese Verordnung „Zeiten empfindlicher Arbeitslosigkeit“ voraussetzt und nur Berufsgruppen treffen soll, in denen die Beschäftigungslage „besonders ungünstig“ ist; dann freilich reichen 26 Wochen innerhalb der letzten 24 Monate, wobei Zeiten des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes berücksichtigt werden, aber nur, wenn innerhalb der Rahmenfrist mindestens 13 Wochen sonstige Anwartschaftszeiten liegen, die, wurden sie im Ausland erworben, die Anerkennung durch zwischenstaatliche Abkommen voraussetzen, usf.

Der Erwerb von Grundversorgungsansprüchen, die dann allerdings auch lebenslang gewährt werden können, wird also an geradezu kakanisch verulkte Formalerfordernisse gekettet, die den – offensichtlich vorausgesetzten – An-sich-Wert von Arbeit auf *Anwesenheit während Rahmenfristen* reduzieren.

**Die Annahme, dass alle Menschen gleiche Chancen haben, ist aber deshalb unsachlich, weil sie falsch ist. Die Beschränkung staatlichen Schutzes auf bestehende Vertragsverhältnisse erweist sich somit als Diskriminierung Arbeitssuchender.**

Es ist unmöglich, die soziale Rechtfertigung für die Normierung derartiger Anspruchsvoraussetzungen auszumachen, ihre Legitimität scheint vielmehr ausschließlich in der Konservierung ideologischer Überreste zu liegen, die von beiden

Seiten auch mit entsprechendem Enthusiasmus instrumentalisiert werden: Das rechte Lager kann sich damit beruhigen, dass also *der Mensch erst einmal etwas geleistet haben muss*, bevor ihn der Staat versorgt, das konservative linke, vor allem Frauenlager wiederum sieht sich in seiner Haltung bestätigt, dass *der wahre Wert des Menschen erst in der Erwerbsarbeit begründet liegt*.

Die Lösung könnte aber im Kompromiss liegen: Der Bezug auf Erwerbsarbeit, der offensichtlich als Anspruchsvoraussetzung noch nicht weggedacht werden kann, könnte dadurch erhalten werden, dass *Arbeitsfähigkeit und Arbeitswilligkeit* (vgl § 7 ArbVG) weiterhin Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld bleiben. Die grundsätzliche Bereitschaft und Fähigkeit, Erwerbsarbeit aufzunehmen, würde also den gewünschten Zusammenhang zwischen Erwerbsarbeit und sozialer Versorgung aufrecht erhalten, sodass die weitere, an kindische Formalismen geknüpfte Voraussetzung, einmal auch tatsächlich im Erwerbsprozess gestanden zu haben, recht folgenlos eliminiert werden könnte. Freilich gibt die aktuelle politische Debatte, etwa zum Karenzgeld für alle, wenig Anlass zu Optimismus: Es gehört offenbar zur österreichischen politischen Kultur, selbst zarteste Pflänzlein sozialer Verteilungsgerechtigkeit sogleich mit grob genähten ideologischen Kinderschuhen zu zertreten.

## 2. Der gleichgültige Staat

Eine weitere Besonderheit der Sozialstaatlichkeit österreichischer Prägung liegt im ehernen Respekt vor Kontrahierungsfreiheit, der in seltsamem Missverhältnis zur Regulierungsflut steht, wenn das Vertragsverhältnis im sozial ungleichgewichtigen Milieu einmal begründet worden ist. Dem Staat ist es etwa relativ gleichgültig, ob seine Bürger adäquate Wohnungen oder Arbeitsplätze erhalten; er überlässt dies vertrauensvoll der Vertragsfreiheit. Sobald der soziale Besitz aber einmal erworben ist, wirft er sich dafür, im Dienste der Perpetuierung sozialen Besitzstandes, mit Verve in die Breische. Die Entscheidung, einmal abgeschlossene Vertragsverhältnisse vor ihrer Auflösung zu schützen, ist aber *unsachlich*,

wenn ihre Begründung teilnahmslos dem Wettbewerb überlassen bleibt, weil damit der Austausch von Begünstigten erschwert, somit ein weiteres Zugangshindernis errichtet wird. Es werden dadurch an ein an sich unsachliches Merkmal, nämlich den *Besitz eines Vertragsverhältnisses*, weit reichende Folgen gesetzlichen Schutzes geknüpft, die den außerhalb eines konkreten Vertragsverhältnisses Stehenden verwehrt werden. Voraussetzung dafür, dass diese politische Entscheidung vor Sachlichkeitsgesichtspunkten bestehen kann, wäre die Annahme eines idealen Zustandes, der allen gleiche Chancen einräumt, und den Menschen erst dann als gefährdet ansieht, wenn er im einmal begründeten Vertragsverhältnis mit Ausbeutung durch soziale Vormachtstellung rechnen muss. Die Annahme, dass alle Menschen gleiche Chancen haben, ist aber deshalb unsachlich, weil sie *falsch* ist. Die Beschränkung staatlichen Schutzes auf bestehende Vertragsverhältnisse erweist sich somit als *Diskriminierung Arbeitssuchender*.

Dabei ist in unserem Zusammenhang zu konzedieren, dass der unser Sozialgefüge schlechthin typisierende Diskriminierungstatbestand, dass also *dumme, hässliche und unbegabte Menschen praktisch keine, schöne, intelligente und begabte Menschen praktisch alle Chancen haben* (wobei sich die Chancenkurve proportional zur Entfernung von diesen Extremmerkmalen verhält) nicht durch Maßnahmen im Arbeitsvertragsrecht aufgehoben oder zumindest entschärft werden kann. Es wäre ein unzulässiger Eingriff in die Grundrechte des Arbeitgebers, ihn zu verpflichten, ungeeignete Arbeitnehmer anzustellen, um auf diese Weise schon bei der Vertragsbegründung die im Sinne einer sozialen Gerechtigkeit erforderlichen Umverteilungseffekte zu erzielen. Diese Aufgabe hat vielmehr der Staat zu erfüllen, und die Einführung einer *Grundsicherung*, das sei hier ohne weitere Vertiefung angenommen, scheint auch da das geeignete Mittel zu sein.

Die Neutralität des Staates gegenüber der Begründung von Arbeitsverträgen ist aber dennoch ungerechtfertigt, weil sie, je nachdem, ob ein Arbeitsverhältnis bereits begründet ist oder nicht, in einem sachlich nicht nachvollziehbaren Maß *Willkür* zulässt oder verbietet. Einem österreichischen Arbeitgeber steht es frei, mit Menschen deshalb kein Dienstverhältnis abzuschließen, weil sie einer *Rasse* angehören, die ihm nicht gefällt. Demgegenüber wird es österreichischen Arbeitgebern verboten, männliche Arbeitnehmer deshalb zu kündigen, weil sie zum Präsenzdienst einberufen werden (und somit für die Dauer von acht Monaten dem Betrieb nicht zur Verfügung stehen, was immerhin als gewisses Sachlichkeitsindiz für die Entscheidung, ein Dienstverhältnis zu kündigen, betrachtet werden könnte). Das Gesetz qualifiziert solche Kündigungen als *sittenwidrig* (vgl § 105 Abs 3 Z1 lit h ArbVG), verhängt also über die Ausübung eines Gestaltungsrechtes aus diesem Grunde ihr schärfstes Willkürverdict, indem sie *Nichtigkeit wegen eines verwerflichen Motivs* anordnet. Schon diese Gegenüberstellung zeigt, dass die Gleichgültigkeit gegenüber Vertragsbegründungen bei gleichzeitig massivster Einmischung in ihre Auflösung nicht unter dieselbe Gerechtigkeitsvorstellung zu subsumieren ist, und sich schon deshalb als willkürlich, gleichheitswidrig, jedenfalls aber – auf eine Grundrechtsdebatte soll in unserem Zusammenhang nicht eingegangen werden – als *sachinadäquat* erweist.

Ein möglicher Ausweg läge in der Einigung auf *Diskriminierungstatbestände*, an deren Verletzung Rechtsfolgen geknüpft

werden, gleichgültig, ob sich die Verletzung im Vor- oder im Vertragsstadium ereignet. Selbstverständlich würden auch Diskriminierungsvorschriften das *Grundunrecht*, wonach sich die Chancen des Menschen nach seinen Fähigkeiten richten, nicht aus der Welt schaffen. Im Unterschied zur staatlichen Neutralität gegenüber der Begründung von Arbeitsverhältnissen – unter der geradezu zynischen Annahme von Chancengleichheit – greifen aber Anti-Diskriminierungsvorschriften wenigstens schon dort, wo sich Diskriminierung ereignet. Klassisches Anti-Diskriminierungsrecht knüpft an die häufigsten Auslöser für unsachliches Handeln an, indem es jede *Bevorzugung auf*

**Antidiskriminierungsrecht erscheint also als adäquates Mittel, Arbeitsrecht von seiner sachlich weitgehend unbegründbaren Fokussierung auf bestehende Arbeitsverhältnisse abzubringen und die Suche nach unbilligem und daher mit Rechtsfolgen zu belegendem Verhalten auf ein weiteres Terrain zu lenken.**

.....

*Grund von Rasse, Farbe, Religion oder Geschlecht* als rechtswidrig erklärt. Auf Grund einer allgemein festzustellenden gewissen xenophoben Anfälligkeit der Menschheit im Allgemeinen und von potenziellen Vertragspartnern im Besonderen, werden Anti-Diskriminierungsgesetze mittlerweile um den Tatbestand der verpönten Anknüpfung an nationale Herkunft erweitert (vgl. Title VII des (US-)Civil Rights Act 1964, der Diskriminierung wegen *race, national origin or ethnicity, gender, age or disability* verbietet).

Antidiskriminierungstatbestände besitzen also den großen Vorteil, dass sie Unrecht nicht erst dort vermuten, wo bereits ein Vertragsverhältnis besteht, sondern sich der Menschen bereits dort annehmen, wo Vertragsbeziehungen erst begründet werden sollen. Im Rahmen ihres Anwendungsgebietes gelingt es ihnen damit, die weiter nicht begründbare *Diskriminierung* zu vermeiden, die darin besteht, bei grundsätzlich gleicher sozialer Schutzbedürftigkeit diesen Schutz nur denjenigen angedeihen zu lassen, die bereits in einem Vertragsverhältnis stehen und dafür jene von jedem Schutz völlig auszunehmen, die ein Vertragsverhältnis erst anbahnen wollen<sup>11</sup>. Antidiskriminierungsrecht schützt demgegenüber bereits die Stellenwerber. Sect 704(b) Title VII des (US-)Civil Rights Act 1964 verbietet es etwa Arbeitgebern, Stellen anzubieten, „indicating any preference, limitation, specification or discrimination based on race, colour, origin, sex or national origin.“<sup>12</sup> Es steht dem Arbeitgeber dabei nur in sehr beschränktem Umfang frei, nachzuweisen, dass die Nichtbeschäftigung eines Angehörigen einer von einem Antidiskriminierungstatbestand erfassten Gruppe aus *unternehmerischen Gründen nicht unvernünftig* war.<sup>13</sup> Die Restriktionen gehen dabei so weit, dass es einem Filmproduzenten zB ver-

wehrt wäre, die Ausschreibung der Rolle des Christof Columbus auf weiße Bewerber zu beschränken. Es ist dem Arbeitgeber daher verboten, auf *Stereotypen* zu rekurrieren, gleichgültig, ob diese nun wahr sind oder nicht<sup>14</sup>. So wäre erst etwa unzulässig, Frauen deshalb von einer Bewerbung auszuschließen, weil die ausgeschriebene Position Körperkräfte erfordert, die eher von Männern zu erwarten sind.

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Antidiskriminierungstatbestände sind dabei erheblich und können auch zur Verpflichtung des Arbeitgebers führen, einen auf Grund einer Diskriminierung nicht eingestellten Bewerber zu beschäftigen; den Gerichten steht es auf Grund von Title VII Sect 706-(g) des (US-)Civil Rights Act 1964 frei, Erforderliches zu verfügen, „which may include but is not limited to reinstatement or hiring of employees, with or without backpay (. . .)“. Freilich können Gerichte Einstellungen dann ablehnen, wenn eine fruchtbringende Arbeitsbeziehung wegen der bestehenden Antagonismen nicht zu erwarten ist. In diesem Falle ist eine entsprechende Kompensation, die sich an dem nicht verdienten Entgelt zu orientieren hat, festzulegen<sup>15</sup>.

Antidiskriminierungsrecht erscheint also als adäquates Mittel, Arbeitsrecht von seiner sachlich weitgehend unbegründbaren Fokussierung auf bestehende Arbeitsverhältnisse abzubringen und die Suche nach unbilligem und daher mit Rechtsfolgen zu belegendem Verhalten auf ein weiteres Terrain zu lenken. Verhalten, das auf einem verpönten Motiv beruht, ist mit Rechtsfolgen zu belegen, gleichgültig, ob es sich bei der Begründung oder bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses ereignet. Im Rahmen der Verhinderung von geschlechtsspezifischer Diskriminierung hat der österreichische Gesetzgeber diesen Weg bereits eingeschlagen, indem er in § 1 Abs 1 Z 1 GleichBG Diskriminierung auch bei der *Begründung des Arbeitsverhältnisses* verboten hat. Die verordnete Rechtsfolge im Falle der Diskriminierung scheint allerdings eher die Angst des Gesetzgebers vor seiner eigenen Courage auszudrücken, wenn in § 2a Abs 1 GleichBG der Schadenersatz mit maximal zwei Monatsentgelten festgelegt wird, der bei mehreren Diskriminierungsopfern gem Abs 2a I c noch dazu nach Köpfen zu dividieren ist. Man wird die präventive Wirkung dieser Nachteilsandrohung bestreiten dürfen.

### 3. Das Arbeitsverhältnis als Festung

Die sachwidrige Begünstigung von Arbeitsplatzinhabern gegenüber Arbeitsplatzsuchenden wird natürlich durch den *gesetzlichen Bestandsschutz*<sup>16</sup> verstärkt. Gem § 105 ArbVG darf, neben anderen Voraussetzungen, ein Arbeitsverhältnis nur gekündigt werden, wenn die Kündigung nicht *sozial ungerichtlich* (*sozialwidrig*) ist. Liegt Sozialwidrigkeit vor, müssen *betriebliche Erfordernisse* überwiegen, um die Kündigung rechtfertigen zu können. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe<sup>17</sup> waren und sind daher von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu beleben. Die Rechtsprechung favorisiert nun,

11 So erscheint es sachlich kaum begründbar, es einem Arbeitgeber zwar freizustellen, ein Arbeitsverhältnis nur deshalb nicht zu begründen, weil der Bewerber seinen Präsenzdienst noch nicht abgeleistet hat, es demselben Arbeitgeber aber wegen sittenwidrigen Motivs zu verwehren, ein Dienstverhältnis aus diesem Grunde aufzulösen.  
12 Sect 4(e) des Age Discrimination in Employment Act enthält eine ähnliche Vorschrift.

13 „... reasonable necessary to the normal operation of that particular business or enterprise“, wobei eine Diskriminierung auf Grund der Rasse des Bewerbers auch von diesem Ausnahmetatbestand ausgenommen ist; vgl die Nw bei Rothstein ua, *Employment Law*<sup>2</sup>, 1999, 139.  
14 So der US Supreme Court in Los Angeles Department of Water & Power vs Manhart, 435 U.S. 702, 98 S.Ct. 1370, 55 L.Ed. 2d 657 (1978).

15 Vgl Rothstein aaO, 186.  
16 Unter „Bestandsschutz“ wird dabei die gesetzliche Sicherung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses verstanden; vgl Schrank, *Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung*, 1982, 2ff.  
17 Zur historischen Genese vgl Kuderna, DRdA 1975, 10ff; jüngst Karl, *Die sozial ungerichtlich gekündigt*, 1999, 19.

im Großen und Ganzen unter Zustimmung der Lehre<sup>18</sup>, eine sehr enge Auslegung, indem sie sich ausschließlich auf die jeweilige Interessenlage im konkreten Arbeitsverhältnis, unter Miteinbeziehung der privaten Situation des betroffenen Arbeitnehmers, bezieht. Für die Beurteilung, ob eine Kündigung sozialwidrig ist, muss dies zB bedeuten, dass sich die Frage der Zumutbarkeit einer Einkommenseinbuße wegen des Erfordernisses, einen neuen Arbeitsplatz suchen zu müssen, nicht an allgemeinen Erwägungen zur sozialen Absicherung zu orientieren hat (indem etwa erörtert würde, wie viel Geld ein Dienstnehmer für seinen eigenen Unterhalt und für den Unterhalt der von ihm Abhängigen benötigt). Vielmehr wird ausschließlich geprüft, ob die Kündigung, etwa deshalb, weil der Gekündigte selbst im Falle der erfolgreichen Arbeitssuche mit Einkommenseinbußen zu rechnen hat, eine „fühlbare Beeinträchtigung“<sup>19</sup> des bisherigen Lebensstandards auslösen wird. In diese Betrachtung werden dabei auch die sonstigen Vermögensverhältnisse der Gekündigten miteinbezogen<sup>20</sup>.



Eine Prüfung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung unter diesen Gesichtspunkten führt nun vielfach zu Ergebnissen, die sich nur schwer unter allgemeine Erwartungen an soziale Gerechtigkeit subsumieren lassen: So soll etwa die Kündigung eines 30-jährigen Dienstnehmers ohne Sorgepflichten, der aus Anlass seiner Kündigung eine Zahlung von S 3 Millionen(!) erhält, dennoch *sozialwidrig und damit rechtsunwirksam* sein, weil er bei seinem neuen Arbeitgeber statt bisher S 80.000,- lediglich S 30.000,- brutto monatlich verdient<sup>21</sup>. Hingegen soll es ohne weiteres zulässig sein, eine 28-jährige Dienstnehmerin ohne Sorgepflichten mit einem Monatseinkommen von brutto ÖS 20.000,- zu kündigen, wenn dieser eine Arbeitslosigkeit von sechs bis acht Monaten und eine Einkommenseinbuße von ca 15% droht<sup>22</sup>. Ebenso wird es zwar als unzulässig angesehen, Dienstnehmer, gleichgültig wie hoch ihr Gehalt war, zu kündigen, wenn sie keine Chance auf einen adäquaten Ersatzarbeitsplatz und sonst kein Vermögen besitzen, hingegen für zulässig erachtet, Dienstnehmerinnen zu kündigen, die zwar ebenfalls keine Chance auf einen Ersatzarbeitsplatz besitzen, dafür aber mit einem *unterhaltspflichtigen* Mann verheiratet sind<sup>23</sup>.

Die Rechtsprechung bindet in ihre Beurteilung also eine Reihe von Tatbeständen ein, die nicht ohne weiteres als sachlich zu qualifizieren sind. So lässt sich fragen:

- Was geht es den Arbeitgeber an, ob sein gekündigter Arbeitnehmer rasch einen anderen adäquaten Arbeitsplatz findet oder ob er auf die Sorgspflicht eines Unterhaltsverpflichteten rekurrieren kann; mit welchem Recht soll ihn die Verantwortung für einen desolaten Arbeitsmarkt oder die private Lebensgestaltung seiner Arbeitnehmer treffen?
- Ist es wirklich maßgebend, ob ein gekündigter Arbeitnehmer über sonstiges Vermögen verfügt oder nicht, ist nicht vielmehr zu fragen, ob der gekündigte Arbeitnehmer bis zu seiner Kündigung so viel verdient hat, dass es ihm möglich gewesen wäre, so viel zu sparen, um auch längere Phasen der Arbeitslosigkeit – unter Berücksichtigung staatlicher Sozialleistungen – zu überbrücken?
- Ist es tatsächlich sachlich gerechtfertigt, den sozialen Besitzstand von Großverdienern zu perpetuieren, indem man ihre Kündigungen *wegen der drohenden Entgelteinbußen* für sozialwidrig(!) erklärt?

Die Liste der Fragen ließe sich fortsetzen, recht betrachtet lassen sie alle aber nur die selbe Schlussfolgerung zu: *Unser Kündigungsanfechtungsrecht ist ungerecht*. Es ist (ua) unsachlich,

- weil es ungleiche soziale Verhältnisse verstärkt, indem besser Verdienende weniger leicht als schlechter Verdienende gekündigt werden können;
- weil es die Rechtfertigung einer Kündigung auch von der privaten Lebensgestaltung abhängig macht, auf die der Arbeitgeber keinen Einfluss hat;
- weil also der Arbeitgeber, indem etwa auch der allgemeine Arbeitsmarkt in die Beurteilung miteinbezogen wird, für etwas verantwortlich gemacht wird, wofür er nichts kann.

Diese Unsachlichkeitsdiagnose wird bestätigt, wenn man sich die Rechtsprechung zum eine sozialwidrige Kündigung rechtfertigenden betrieblichen Erfordernis ansieht. Bei der Beurteilung einer objektiv betriebsbedingten Kündigung lehnt es die Rechtsprechung grundsätzlich ab, die Zweckmäßigkeit unternehmerischer Entscheidungen zu beurteilen<sup>24</sup>; sie verhält sich also zur betriebswirtschaftlichen Motivation von Maßnahmen, die Arbeitskräfte kosten, neutral. Unter Bezug auf eine (deutsche) Lehrmeinung von Berkowsky<sup>25</sup> wird konsequent in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass etwa auch hochrentable Unternehmen in ihrer Entscheidung frei sind – etwa durch Abbau von Arbeitsplätzen –, rentabilitätserhöhende Rationalisierungsmaßnahmen durchzuführen. Anders ausgedrückt: Ein Unternehmen mit Milliardengewinn kann, um noch mehr Milliarden zu verdienen, rationalisieren, indem es 20% seiner Belegschaft auf die Straße setzt, ohne dass Gesetz und Rechtsprechung etwas dagegen hätten.

Man kann nun zu dieser vornehmen Zurückhaltung gegenüber unternehmerischen Entscheidungen stehen wie man will – jedenfalls wird man zu konzedieren haben, dass das Prinzip der Nichteinmischung in unternehmerische Ent-

18 Vgl aus jüngerer Zeit Pircher, ZAS 1992, 86; Karl, JBl 1997, 704; Karl, Kündigung, 26; Grillberger in Pichler, aaO, 169.  
19 Ständige Judikatur; vgl aus jüngerer Zeit OGH 9 ObA 108/98t; 9 ObA 261/98t.  
20 Vgl zB OGH aaO.

21 Vgl OLG 7 Ra 52/99i; vor einem ähnlichen Sachverhalt hat auch der OGH die Sozialwidrigkeit einer Kündigung bejaht und erst im Wege der wegen des Vorliegens betrieblicher Erfordernisse erforderlichen Interessenabwägung die Anfechtungsklage abgewiesen; vgl OGH 9 ObA 190/98a.  
22 Vgl OGH 9 ObA 108/98t; Grillberger, aaO.

23 Vgl OGH WBl 1991, 27; Arb 10.755.  
24 Vgl aus jüngerer Zeit OGH RdW 1998, 153 mwN.  
25 MünchAR § 134 RN 61.

scheidungen dem Standard sozialer Marktwirtschaft westlicher Prägung entspricht. Es liegt in Ermangelung eines gesetzlichen Auftrages auch außerhalb der Kompetenz österreichischer Gerichte, unternehmerische Entscheidungen zu qualifizieren und daran Rechtsfolgen zu knüpfen. Diese Haltung wird von der amerikanischen Rechtsprechung geteilt und vom Supreme Court recht trocken auf den Punkt gebracht<sup>26</sup>: „Courts are generally less competent than employers to restructure business practices and unless mandated to do so by Congress they should not attempt it.“ Freilich erscheint diese Großzügigkeit, Unternehmen die Kündigung einer beliebigen Anzahl von Mitarbeitern aus Gewinnmaximierungsgründen freizustellen, mit der Kleinlichkeit der selben Rechtsprechung unvereinbar, die es – meistens sind Kleinunternehmen betroffen – Dienstgebern verbietet, Arbeitnehmer zu kündigen, um die freiwerdende Stelle mit einem anderen, oft also arbeitssuchenden Arbeitnehmer, nachzubesetzen. Der OGH untersagt in ständiger Rechtsprechung<sup>27</sup> Austauschkündigungen und begründet dies mit einer im Wege der Rechtsfortbildung angenommenen sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers. Diese gebietet es dem Arbeitgeber, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, seine bisherigen Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, er könne daher nicht Arbeitnehmer kündigen und dafür neue einstellen<sup>28</sup>. Diese Divergenz entzieht sich jeder sachlichen Rechtfertigung: Während es also Großunternehmen frei stehen soll, weitere Milliarden durch Massenabbau von Arbeitskräften zu verdienen, soll es Kleinunternehmen untersagt sein, sich etwa von einem Mitarbeiter deshalb zu trennen, weil man sich von einem anderen Mitarbeiter, den man statt seiner anstellt, eine für das Unternehmen bessere Arbeitsleistung erwartet. Warum, in aller Welt, ist der Abbau von Arbeitskräften wegen einer höheren Gewinnerwartung zulässig, der Austausch von Arbeitskräften aber nicht?

Das österreichische Kündigungsanfechtungsrecht scheidet also an seinem selbstgesteckten Ziel, die Zulässigkeit von Kündigungen von objektiven Faktoren abhängig zu machen. Beim Tatbestand der Sozialwidrigkeit manifestiert sich dieses Scheitern darin, dass der objektive Faktor des sozialen Besitzstandes perpetuiert wird, also vom menschlichen Willen weitgehend unbeeinflussbare soziale Verteilungsgerechtigkeit durch soziale Gesetzgebung und Rechtsanwendung fortgeschrieben wird. Im Zusammenhang mit dem Korrektiv des betrieblichen Erfordernisses scheidet das österreichische Kündigungsanfechtungsrecht deshalb, weil die Rechtsprechung den Wegfall des Arbeitsplatzes als einziges objektiv-betriebsbedingtes Erfordernis<sup>29</sup> akzeptiert, daher Austauschkündigungen verbietet und damit unweigerlich die ungerechte Verteilung sozialen Besitzstandes versteinert.

Eine Lösung *de lege ferenda* könnte darin liegen, die Zulässigkeit von Kündigungen ausschließlich an Sachlichkeitsanfordernisse zu binden. Dies würde die Normierung weiterer Kündigungsverbote voraussetzen, da der derzeit gelten-

de Abs 3 Z 1 des § 105 ArbVG zwar schon jetzt Kündigungen wegen bestimmter Gründe verbietet, die verpönten Tatbestände aber im Wesentlichen auf Tätigkeiten im organisierten Arbeitnehmerinteresse beschränkt. Dieser Katalog wäre nun, etwa in Form von Diskriminierungstatbeständen, zu erweitern. Eine Kündigung wäre also gegebenenfalls immer dann sachlich und damit zulässig, wenn sie nicht aus einem verpönten Motiv erfolgt, was die aufgezeigten Wertungswidersprüche der derzeit geltenden Rechtslage im Großen und Ganzen vermeiden helfen sollte. Solange der Gesetzgeber aber nicht handelt, wäre eine behutsame Korrektur der höchstrichterlichen Rechtsprechung etwa in dem Sinne wünschenswert, dass – mit dem Gesetzeswortlaut durchaus vereinbar – sozialer Besitzstand auch nur in einem sozialadäquaten Ausmaß geschützt und der Abbau eines Arbeitsplatzes nicht zur *conditio sine qua non* einer objektiv-betriebsbedingten Kündigung stilisiert wird.

### Zusammenfassung:

► Österreichisches Arbeitsrecht kommt bis dato im Wesentlichen ohne Diskriminierungstatbestände aus. Es sieht seinen Zweck im Schutz aller Arbeitnehmer vor allen Arbeitgebern. Diese Reduktion führt dazu, dass soziales Ungleichgewicht besonderen gesetzlichen Schutz erfährt, indem etwa Besitzer eines Arbeitsplatzes unsachlich gegenüber Arbeitssuchenden, Gutverdienende unsachlich gegenüber Schlechtverdienenden bevorzugt und Arbeitgebern bei der Auflösung von Arbeitsverhältnissen Verantwortung für soziales Unrecht (wie knappen Arbeitsplätzen, wirtschaftlicher Not ihrer Arbeitnehmer) aufgebürdet wird, wo sie dieses nicht zu vertreten haben.

► Die Einigung auf Diskriminierungstatbestände als primärer Sachlichkeitsmaßstab wäre ein verlässlicheres Mittel, Willkür bei Abschluss und Durchführung von Arbeitsverhältnissen zurückzudrängen und würde es zudem vermeiden helfen, hinter der Maske sozialen Schutzes von Gesetzes wegen Verteilungsgerechtigkeit zu versteinern.

► Die schematische Definition von zurückgelegter Arbeitszeit als Anwartschaftsvoraussetzung für staatliche Sozialleistungen lässt es, auch im Lichte einer mit guten Argumenten und im Einklang mit neuen ökonomischen Voraussetzungen geführten Debatte über Grundeinkommen, unbillig erscheinen, dieses Konzept beizubehalten. Es wäre wohl sachgerechter, die Gewährung von Leistungen aus dem Versicherungsfall der Arbeitslosigkeit alleine an die Voraussetzungen der Arbeitswillig- und -fähigkeit zu knüpfen. Dies nicht zuletzt auch deshalb, um die Aussperrung Arbeitswilliger vom Arbeitsmarkt, die von der aktuellen Rechtslage gefördert wird, mit einem gesetzlichen Korrektiv zu versehen.

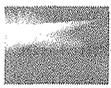
*Dr. Roland Gerlach ist Rechtsanwalt in Wien.*

26 US Supreme Court 438 U.S. 577, 98 S.Ct. 2949, 57 L.Ed.2d 957 (1978).

27 Vgl aus jüngerer Zeit OGH 9 ObA 142/975, 9 ObA 19/98d.

28 Vgl für alle OGH 9 ObA 142/975.

29 Auf die subjektiv betriebsbedingten Erfordernisse, die eine Kündigung wegen des Verhaltens des Arbeitnehmers rechtfertigen können (vgl § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG) wird hier nicht eingegangen.



The American experience teaches that equality is necessary for social justice, but that equality principles are almost never sufficient to achieve social justice by themselves. In this brief comment, I'd like to identify a few reasons why equality is not enough and why a concept like *sozialwidrig* is important to retain if there is to be social justice in employment rights and privileges.

One reason that an equality principle cannot be sufficient for achieving social justice is that there is never only a single basis on which to argue or assess equality.<sup>1</sup> There are always really equalities (plural) in play rather than a single basis for assessing equality. For example, is equality measured by equality of opportunity, equality of treatment, equality of outcome, equality of individuals or equality of groups?<sup>2</sup> Gerlach himself selects different equality baselines in his examples.

Sometimes the different measures of equality converge, making things easy in terms of choices of rules of decision. If a worker (or a job applicant) is disadvantaged in terms of opportunity to get a job, treatment in the interview process, actually getting hired and if the person is a member of a historically disadvantaged group, all these several measures of inequality suggest injustice. But convergence is rare.

These situations are the easy cases after all, the ones that occupy less prominence in the process of applying the principle of equality. If instead a worker is disadvantaged in receiving the job, is it sufficient for purposes of social justice that at some point in the process or the framing of opportunities the worker could be said to have had an equality of opportunity?

Moreover, in the act of comparison, how do we pull out examples of inequality from the dense social fabric within which the lives of real people are embedded? More often than not, *ceteris* is not really *paribus*. On what basis should we compare the outcome of job retention of better paid and less well paid workers, senior versus junior workers, mobile versus immobile individuals, workers who had a good past year and workers, who for other reasons, had a bad past year of production. There are no clear and obviously just boundaries. Social reality is simply too dense with socially charged references of influence to isolate one pair of workers for comparison, ask the question whether they received equality and ignore the several other factual patterns that attend their circumstances.

Thus, in order to apply an equality principle, one must choose between the appropriate types of equality for the most salient one and among the factual circumstances of two individuals to be compared for the relevant criteria.

The exercise of selecting the relevant criteria also has two pitfalls. One is that selecting some criteria as relevant (privileging one criteria) often has the effect of shielding or disadvantaging others. Once the relevant criteria for comparison have been selected, the application of the equality principle is almost self-executing. However, the selection of the

relevant criteria is often the most hidden of exercises in the application of justice and hence, least subject to public, popular, judicial, and juridical scrutiny.

The other is that identification of relevant differences are often subject to bias. Even identification of criteria of merit for merited distinctions in treatment, working harder, achieving more, contributing more, are subject to bias in their selection. What counts as harder, or more of a contribution to the output of work?

Although American law does apply equality criteria to hiring decisions, firms can terminate a hired employee for any reason or no reason, as long as it's not a discriminatory reason at any time, after a single day's employment. It's as easy

# With Equalities for All . . .

Lea VanderVelde



to find a subterfuge reason to discharge an employee (as long as the words that trigger a discrimination charge are not said) as it is to find a subterfuge not to hire a specific employee. In both cases, it's hard to establish judicially that there has been a motivated subterfuge of the equality principles.

Most societies are unwilling, probably for very good reasons, to be totally thorough-going in their application of equality principles anyway. Instead, they limit them to a particular sphere of play, outside of which it is easy to find examples of gross inequality.

American law still creates unequal categories of treatment for different types of workers, most clearly distinguishing employees from independent contractors to the general disadvantage of workers classified as "independent contractors." Independent contractors may be subject to certain class based equality principles within that group. But under American law, independent contractors are not free to organize as a labor union, they are not entitled to minimum wage or maximum hour legislation, and like virtually all American workers they have almost no protection against termination. If you take a taxi in any major American city, you will find that the cab driver, who may or may not have a lease interest in his or her car, has been working 10 hour shifts for more than 6 day intervals just to make ends meet. These haggard and harried individuals are classified as independent contractors, not because they have any true independence, but because structuring the employment relation in this way prevents them from having any legal right to assert a claim of minimum wage or maximum hours against the cab company.

Thus, attempting to equalize selectively along some gradients but not others has some unexpected effects. It will ei-

1 See, e.g., Douglas Rae et al., *Equalities* (1981). Rae points out that there can be only one type of equality in one type of society where policy could easily be based upon equality. Such a society would have the following characteristics: 1) alloca-

tions occur only within the society which consists of one class of members, 2) individuals are alike in all aspects, 3) there is a one time allocation of all goods, 4) all goods can be divided into identical parts without decreasing the total value of the

whole, and 5) there is "dichotomous" thinking—something is either true or not true. Rae, at 6.  
2 Douglas Rae, *EQUALITIES* (1981).



ther expose or, in the worst cases, create circumstances of inequality along other gradients. What one really desires in social justice is proportionality rather than equality, after all. Social justice desires not just that equals are treated equally but that relatively similar circumstances don't result in dramatically different treatments and results. Achieving proportionality in social justice requires an even more thoroughgoing inquiry than equality.

Principles of equality are often at war with principles of exclusion. All American cab drivers may be treated equally within a category of other cabdrivers, but they are excluded from the class of employees and as such they do not have the same rights as employees. They are generally comparatively worse off in a number of terms and conditions of employment than bus drivers or chauffeurs who do substantially similar work. Not surprising perhaps, many more new American immigrants are cab drivers, than are bus drivers or chauffeurs.

But the distinctions made between classes of working people in a globalizing economy and an increasing global labor market make the selections of equals for the purpose of asking the question of equal treatment mind-boggling. What are the borders of exclusion from the category after all? Is it sufficient to treat all employees formally equal, but to define the category so narrowly that the majority of the work force is composed of job seekers, the unemployed, independent contractors, short-term workers, non-citizens, legal immigrants and illegal immigrants, each with a different reason for exclusion from the benefits that attach to one accorded the categorization of employee? In the increasingly global economy, where substitution of labor is possible, the category of people, who enjoy the benefits of equal treatment as "employees", will be reduced to virtual irrelevance.

One of the important cures for social injustice must be something like a hardship criteria, like *sozialwidrig* utilized in

**The progressive solution should not be to abandon consideration of social conditions in termination decisions. Why should a worker's interest in a job be any less entitled to legal protection than an interest in property?**

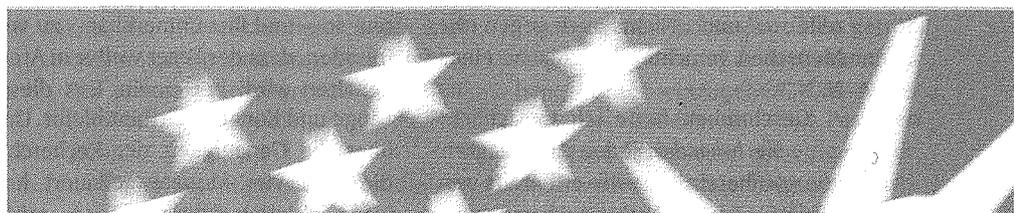


discrimination. Each case of patent injustice in firing must be shoe-horned into the claim that the firing was discriminatory if it is to receive any judicial notice at all.<sup>3</sup>

But as Gerlach points out hardship criteria can be applied unequally. My argument in this article leads to the conclusion that hardship criteria themselves are often endemically anti-equal.<sup>4</sup> The progressive solution should not be to abandon consideration of social conditions in termination decisions. Why should a worker's interest in a job be any less entitled to legal protection than an interest in property? The solution instead is to regularize the hardship criteria, to make the hardship criteria more generally susceptible to producing consistent and acceptable results, even if it produces results that are not strictly equal on all bases.<sup>5</sup>

Strict equality cannot be attained in a complex reality and simple equality is not enough for social justice. The solution should not be to abandon the quest for equality or the aim of a diverse, fair, and rationally organized workplace and labor market. Sometimes the engine for achieving social justice is the equality principle, sometimes it is considerations of hardship. Debate of these issues in an open society is to be welcomed, and the debate will never be finally resolved. Social justice is always a work in progress.

*Lea VanderVelde is Professor of Law at the University of Iowa Law School and presently Visiting Professor at the University of Vienna, Faculty of Law.*



<sup>3</sup> All cases of workplace cruelty must be cast as sexual harassment because American law recognizes no basis for recovery for general harassment. In some states, where there exists a public policy exception to the at-will doctrine, there is a parallel phenomenon. Circumstances of unfair treatment of the employee must be demonstrably counter to some public policy in order to receive judicial interference. See, e. g. *Foley v. Interactive Data*

*Corp.*, 765 Cal. 373 (1988) (where an employee, who was fired for telling his employer the truth about a criminal investigation of his supervisor, could not prove that there was a sufficiently public interest in his disclosure of the truth, despite a California law requiring him to make the disclosure.)

<sup>4</sup> I explore the limitations of hardship criteria and equality in Lea VanderVelde, *Legal Pluralism and Equal Treatment in the Context of Zoning Variance*

*es*, 33 J. LEGAL PLURALISM 91 (1993). Lea VanderVelde, *Local Knowledge, Legal Knowledge, and Zoning Law*, 75 IOWA L.REV. 1057-1075 (1990)

<sup>5</sup> I've expanded on this point elsewhere. Lea VanderVelde, *Legal Pluralism and Equal Treatment in the Context of Zoning Variances*, 33 J. LEGAL PLURALISM 91 (1993).



# Schlampige Verhältnisse

Die HerausgeberInnen erreichte folgender – hier auszugsweise abgedruckter – Brief:

Der Artikel „Schlampige Verhältnisse“ von Florian Klenk („Falter“), **juridikum** Nr. 0/2000, liegt mir ziemlich schwer im Magen. Dass österreichische Gerichte FORVM und mich verurteilen, muss ich hinnehmen. Auch, dass Kommission und EGMR das mehrheitlich, wenn auch nur knapp, in Ordnung befanden.

Dass sich ein Falter-Journalist dessen annimmt, so oberflächlich, dass er nicht einmal die beiden inkriminierten Textstellen, die er zitiert, korrekt wiederzugeben imstande ist, das nicht. Da öffnet sich für mich eine Lade wieder, in der ich Vergangenes, Verlorenes, bereits fest verwahrt wähnte und die ich am liebsten nie wieder geöffnet hätte, auch nicht für einen flüchtigen, zornigen oder wehen Blick.

Das treibt mich dazu, die ganze Sache – übrigens eine der wirklich bitteren Niederlagen meines Lebens – nach so vielen Jahren, der Artikel stammt vom März 1987, doch noch einmal aufzugreifen. (. . .)

Zurück zu Anlassfall und Thema. Klenk beginnt mit falschen Text- und damit Urteils-Zitaten, (auch wenn Klenk die aus der ÖJZ oder anderen Quellen haben mag), ich bezweifle, dass er den gegenständlichen FORVM-Richter-Artikel je gelesen hat. Ich hätte unter anderem, so Klenk, behauptet: „. . . Sie *beurteilen* jeden Angeklagten im Vorhinein, als wäre er bereits verurteilt . . .“ und: „Nichts auch gegen *eine* Menschen verachtende Schikane eines N. N.“

Geschrieben hatte ich tatsächlich: „. . . Sie *behandeln* jeden Angeklagten von vornherein, als wäre er bereits verurteilt . . .“ und: „Nichts auch gegen *die* menschenverachtende Schikane eines N. N.“ Man rede sich hier nicht auf neue Rechtschreibregeln aus (und wär's so: es wär' ein gutes Argument gegen derlei Reform!): dass N. N. (konkrete) *Menschen* verachtet, wäre tatsächlich eine Unterstellung, ich kann in den Herrn nicht hineinschauen. Und: *eine* Schikane wäre tatsächlich zu beweisen, *die menschenverachtende Schikane* eines N.N. ist ganz etwas anderes: mein Urteil über eine der Seiten an

ihm, meinetwegen. Und wie Richter einen Angeklagten *beurteilen*, auch das betrifft einen subjektiven inneren Vorgang; wie sie einen solchen *behandeln*: das hingegen getraue ich mich wahrzunehmen und zu formulieren.

Dann schreibt Klenk jedoch über das EGMR-Urteil: „*Zu folgen ist dem Urteil* dann, wenn es die Bestrafung Pragers wegen der „übermäßigen Allgemeinheit der Anschuldigungen, welche im Hinblick auf das Fehlen einer ausreichenden Tatsachengrundlage unnötig schädlich erschienen“ rechtfertigt. *Prager verletzte* bei seinem Bericht die Regeln der journalistischen Sorgfalt.“ (Sagt wer: der EGMR, oder Klenk?)

Und so schreibt er weiters: „*Im Gegensatz zum Prager Fall* fallen Besonderheiten auf. So ist der Artikel der belgischen Journalisten *wesentlich ausführlicher und genauer recherchiert als die Reportage Pragers im FORVM*“. Abgesehen von der schauerhaften Sprache („Im Gegensatz zum Prager Fall fallen Besonderheiten auf“), die aber mit Karl Kraus auch sonst wenig Gutes erahnen lässt: ich bleibe dabei, Klenk hat meinen FORVM-Artikel nie gelesen, über den er aber hier geurteilt hat.

„Wesentlich ausführlicher und genauer?“ Der Artikel „Achtung: Scharfe Richter!“ hat einen Textumfang, der vermutlich dem gesamten Heftumfang des **juridikum** wenig nachsteht. Hier war eher das Problem, aus der Fülle der Fakten, Recherche-Ergebnisse, Informationen zu verknappen, zu stilisieren: so – und fast unmerkbar – zu verfremden, dass der Leser weiter in Atem gehalten wird, bei einem Text dieser Länge und Konzentriertheit bleibt. Und über die Genauigkeit der Recherche, die über vier Monate gedauert hat, wenn ich mich richtig erinnere, möge er doch bitte erst nach der Original-Lektüre urteilen, und nicht nach Sekundärbetrachtungen, wie es referierte EGMR-Urteile sind. Ich verspreche ihm hiermit eine Kopie des inkriminierten Gesamttextes, da das Originalheft des FORVM, wäre es überhaupt noch erhältlich, von österreichischen Gerichten gleich pauschal mit eingezogen wurde, somit verfallen ist, jeder auch nur künftigen Wahrnehmung *staatlich entzogen*.

Was hätte Herr Klenk, was hätten österreichische Gerichte – und was Straßburg – zu Richter-Kritik à la Karl Kraus gesagt, und seinem donnernden „*Ein Unhold*“, über Johann Feigl, Hofrat und Vizepräsident des Wiener Landesgerichts? Dies 1904!

Aber zurück zu der „übermäßigen Allgemeinheit der Anschuldigungen“, die auch Klenk für bedenklich hält: der Witz war ja eben, daß (vom klagenden Richter) zu einem sehr erheblichen Teil Text-Stellen inkriminiert worden waren, die sich *eben nicht* auf ihn, N. N., nämlich entweder *gar nicht* (weil ausdrücklich auf jemand anderen) oder höchstens in einer *ihn auch umschließenden Weise* bezogen, z.B. aus der *Einleitung* des Artikels oder gar dessen *Titel-Vorspann* stammten. Und das war eben der juristische Trick: die Kritik war, befanden österreichische Gerichte dazu, dermaßen allgemein und pauschal, daß ein Wahrheitsbeweis dazu – wie von uns angeboten – gar nicht möglich sei, daher konkret auch gar nicht zugelassen wurde. (. . .)

Mein Gegenargument dazu lautet immer noch: wenn die Vorwürfe *so pauschal und allgemein* sind, dann können sie auch kaum rufschädigend sein. Immerhin aber wurden mit diesem Argument *praktisch alle* von uns angebotenen *konkreten Mittel* zum Wahrheitsbeweis abgewiesen, ebenso wie *sämtliche Zeugen* mit Ausnahme des Privatklägers selbst. Auch nach Ansicht der in Straßburg Beobachterstatus genießenden Menschenrechtsgruppen „interights“ und „Article 19“ seien meine Ausführungen legitim gewesen. (. . .)

Eine zweite Hauptproblematik liegt aber im Verfahren in Straßburg selbst begründet. Dazu jetzt nur soviel: eines der größten Probleme von Anfang an war die Abhängigkeit von einer korrekten Übersetzung, das Ausgeliefertsein an eine *kompetente* Wiedergabe des Gesamttextes meines FORVM-Artikels in Straßburg. Diese Voraussetzung war niemals gegeben, und ich wehre mich bis heute mit Vehemenz gegen eine mögliche juristische Betrachtungsweise, nach der der Gesamttext hier insofern weniger wichtig sei, als es hier vorrangig oder gar ausschließlich um die Rechte einer an Ruf und Ehre geschädigten Einzelperson gehe. (. . .)

So wie es aber österreichische Gerichte wie auch der EGMR in Straßburg verabsäumt haben, auch nur im geringsten zwischen den einzelnen inkri-

minierte Textstellen zu differenzieren, könnten wir uns das alles auch jetzt wieder sparen. Mein inzwischen verstorbener Onkel Fred, lange Gewissensgefangener in Südafrika und meines Wissens eines der Gründungsmitglieder der österreichischen Sektion von Amnesty International, hat die Übersetzungen des FORVM-Artikels – sprich der von uns für das Verständnis unbedingt als nötig erachteten Textstellen – ins Englische vorgenommen. Er hat den Ausgang des Verfahrens nicht mehr erlebt, aber vorhergeahnt: Weißt Du, ich befürchte einfach eines, hat er gesagt: es sind Richter in Straßburg – und Richter haben es nicht sehr gern, wenn sie kritisiert werden.

Nachzutragen wäre nur noch Tucholsky, Träger übrigens eines Dr.iur., schon zum Thema „global und pauschal“.

„Kollektivurteile“, schreibt Tucholsky 1927 im Hinblick auf Richterkritik (in: „Politische Justiz“, rororo), „sind immer ungerecht . . . und sie sollen und dürfen es sein.“ Denn: „Wir haben das Recht, bei einer Gesellschaftskritik den niedersten Typus einer Gruppe als deren Vertreter anzusehen, den, den die Gruppe gerade noch duldet . . . den sie also im Gruppengeist behahend umfaßt.“ (. . .)

Mit vorzüglicher Hochachtung  
Michael Prager  
Wien, 15. 3. 00

### Achtung! Scharfe Richter!

Der Fall Prager und Oberschlick gegen die Republik Österreich zählt wohl zu dem umstrittensten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR). Michael Prager veröffentlichte 1987 in der Zeitschrift „FORVM“ einen umfangreichen Artikel unter dem Titel „Achtung! Scharfe Richter!“, in dem er die österreichische Strafgerichtsbarkeit einer massiven Kritik unterzog. Namentlich wurden neun RichterInnen des Wiener Straflandesgerichtes erwähnt. Einer der RichterInnen erhob Privatanklage wegen übler Nachrede. Prager wurde verurteilt. Gerhard Oberschlick wurde als Medienhaber und Herausgeber zur Haftung herangezogen. Der EGMR kam mit 5 gegen 4 Stimmen äußerst knapp zum Ergebnis, dass durch die Verurteilung keine Verletzung von Art 10 MRK (Meinungsfreiheit) stattgefunden hat.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellte zwar unmissverständlich klar, dass Art 10 MRK auch eine öffentlichen Diskussion über das (Nicht)Funktionieren der Rechtspflege gewährleistet. Die Fälle Prager und Oberschlick (EGMR 26. 4. 1995, ÖJZ 1995/41) und Barfod (EGMR 22. 2. 1989, MR 1989, 107) zeigen jedoch, dass Meinungsäußerungen über Angelegenheiten der Rechtsprechung einer besonders strengen Prüfung unterzogen werden. Dies wird insbesondere „mit dem berechtigten Interesse des Staates, die Integrität und das Ansehen der Rechtsprechung zu schützen“ (Barfod) und mit der Behauptung, „dass RichterInnen, die kritisiert worden sind, unter dem Gebot der Zurückhaltung stehen, was sie von einer Erwidmung abhalten könnte“ (Prager und Oberschlick), begründet.

Der Rechtsprechung des EGMR lässt sich somit ein abgestufter Schutz vor kritischen Äußerungen entnehmen: Die Regierung (Castells – EGMR 23. 4. 1992, ÖJZ 1992, 803.), die Polizei (EGMR 25. 6. 1992 – Thorgeirson, ÖJZ 1992, 810) und PolitikerInnen (Lingens, Oberschlick I, EGMR 23. 5. 1991, EuGRZ 1991, 216; Oberschlick II – EGMR 1. 7. 1997, MR 1997, 196), sogenannte „public figures“, müssen sich mehr gefallen lassen, als Privatpersonen, die nicht in der Öffentlichkeit stehen. RichterInnen genießen jedoch innerhalb der Gruppe der „public figures“ den stärksten Schutz. Diese Hierarchisierung lässt außer acht, dass in einer demokratischen Gesellschaft, deren Schlüsselworte Pluralismus, Toleranz und Großzügigkeit sind, ein legitimes Interesse an Informationen sowohl über das öffentliche Handeln als auch über damit im Zusammenhang stehendes privates Verhalten von in der Öffentlichkeit agierenden Personen besteht.

Daher darf niemand durch die Androhung strafrechtlicher oder anderer Sanktionen davon abgehalten werden, seine Meinung über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse, wozu selbstverständlich auch die Tätigkeit der Gerichte zählt, zu äußern. Das hat zur Folge, daß alle „public figures“ gleichermaßen ein erhöhtes Maß auch an verletzender Kritik tolerieren müssen, weil sie sich unvermeidlich und wesentlich dieser – demokratiepolitisch notwendigen – Kontrolle aller ihrer Worte und Taten durch die Öffentlich-

keit aussetzen, gerade wenn sie selbst öffentliche Handlungen setzen, die geeignet sind, Kritik auf sich zu ziehen.

Die Entscheidungen des EGMR sind somit – zu Recht – nicht unwidersprochen geblieben. Frowein (Frowein/Peukert, Komm<sup>2</sup>, Rz 25 zu Art 10) und van Dijk und van Hoof (Van Dijk/Van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights<sup>2</sup> (1990), 417) kritisierten beispielsweise die Barfod-Entscheidung des EGMR, weil sie keinen wesentlichen Unterschied zwischen dem persönlichen Angriff auf Laienrichter und der Kritik am österreichischen Bundeskanzler im Lingens-Fall (EGMR 8. 7. 1986, EuGRZ 1986, 424) zu erkennen vermochten.

In diesem Sinne hob auch Richter Pettiti in seiner dissenting opinion im Fall Prager und Oberschlick hervor, dass die journalistische Untersuchung der Rechtspflege unabdingbar sei, wenn man die Kontrolle des Schutzes der Individuen in einer demokratischen Gesellschaft sicherstellen wolle. Wörtlich führte er weiter aus: „It represents the extension of the rule that proceedings must be public, an essential feature of the fair trial principle.“

Judges, whose status carries immunity and who in most member States are shielded from civil litigation, must in return accept exposure to unrestricted criticism where it is made in good faith. This is the trend internationally. . . .“

Darüber hinaus hob Richter Martens in seiner dissenting opinion, der sich die Richter Pekkanen und Makarczyk anschlossen, dass die österreichischen Gerichte ihre Entscheidungen unter Heranziehung von fünf einzelnen Passagen des Zeitungsartikels getroffen hätten, ohne auf deren Zusammenhang weiter einzugehen. Die Auslegung der betreffenden fünf Passagen durch die Gerichte sei einseitig erfolgt, ohne weitere, Michael Prager begünstigende Interpretationsmöglichkeiten in Erwägung zu ziehen.

Es lohnt sich diese Entscheidung – im Original – nachzulesen!

*Mag<sup>a</sup>. Maria Windhager ist Rechtsanwaltsanwärtin in Wien und Mitherausgeberin des juridikum.*

# Mir san mir

Iris Kugler

Es ist müßig darüber zu meditieren, ob Kanzler Schüssel an einer Überdosierung der Lektüre von Uderzo und Gosciny laboriert oder ob Felix Austria ganz real zum kleinen gallischen Dorf, nur mit ungleich weniger SympathieträgerInnen, mutiert. Die Simplifizierung diffiziler Zusammenhänge ist voll im Gange.

Eine der ersten Taten dieser Regierung war, das Frauenministerium in das Sozialministerium aufzulösen und somit der Mehrheit der Bevölkerung das Sprach- und Vertretungsorgan zu entziehen. Nicht, dass es ein solches in den letzten Jahren gewesen wäre. Dies mag auch Dr. Riess-Passer dazu veranlassen haben, von einem Alibiministerium zu sprechen. Frau darf aber nun gespannt sein, wie sich die Interessen, die bislang lediglich „alibihalber“ wahrgenommen wurden, ab nun ernsthaft vertreten lassen. Einen ersten Eindruck dieser speziellen Ernsthaftigkeit hinterließ auch der Umgang mit der Kärntner Frauenbeauftragten Helga Graftschaffer. Zuerst wurde sie suspendiert, weil sie allzu öffentlich über die Abschaffung des Frauenministeriums getrauert hatte. Doch rechtzeitig zum internationalen Frauentag zeigte der Landeshauptmann Herz und setzte sie wieder ein (der Herr gibt, der Herr nimmt).

## Operation Wollmilchsau . . .

Den SozialdemokratInnen kann zum Vorwurf gemacht werden, sich nicht intensiver um die Absicherung und Aufwertung dieses Ministeriums bemüht zu haben (das gilt auch für andere Fraueneinrichtungen). Denn schon bislang war es mehr schick, sich selbst als bereits gleichberechtigt zu definieren, denn sich dafür einzusetzen. Lorbeeren waren beim Engagement in diesem Bereich nie zu holen. Lorbeeren ernten dafür dieser Tage Unternehmerinnen in Wirtschaftsmagazinen, die dank eigener Putzfirma und abgeschlossenem Betriebswirtschaftsstudium sich nicht zu schade sind, auch selbst den Mob zu schwingen; täglich um fünf Uhr aufstehen, Männerkinderversorgung spielend unter einen Hut bringen, all dies

mit einem zarten Lächeln auf den attraktiven und entspannten Gesichtszügen. Auch das offizielle Frauenbild vereinfacht, und all jene, die eine Doppel- oder Dreifachbelastung spüren, sollten in sich gehen und dieses persönliche Defizit vielleicht mit Hilfe der Esoterik ausgleichen. Nervenzusammenbrüche – wenn die Notwendigkeit besteht, infolge einer Scheidung wieder am Arbeitsmarkt Fuß zu fassen, dies aber mangels überteuerter oder keiner Kinderbetreuungseinrichtungen und abgeschaffter Wiedereingliederungsmaßnahmen nicht zu können – ja, die sind ein reines Privatproblem und haben nichts mit Politik zu tun.

Wie überhaupt diese ewige Schlechtmacherei jetzt endlich aufhören wird. Denn die wahren Werte halten ewig und überstehen Zeitgeistturbulenzen in Form von Multikulti, Feminismus und EU-BürgerInnenschaft locker. Zu denken wäre an dieser Stelle an Werte wie Familie, an die Heimatverbundenheit, an Fleiß und Ordnung. Da gibt es auch nicht viel zu hinterfragen. In diesem Sinne gefährlich ist dann, wer an diesen ewigen Werten rüttelt, keinesfalls die, die sie hochhalten. Bei der Heimat sind es die, die nachtragend jedes gerade Wort in die Waagschale werfen und schon bei Vokabeln wie „Überfremdung“ zucken. Bei Fleiß und Ordnung all jene, die sofort Klassenkampf und Polizeistaat wittern, nur weil anständige Menschen halt Prioritäten setzen und beispielsweise das Arbeitsmarktservice dem Wirtschaftsministerium zuordnen. Wer da gleich an Verschleierung von Interessen denkt, der ist halt diesen Werten nicht wirklich verbunden. So auch Personen, die bei Familie relativ schnell an unterbewertete Hausarbeit, Karenzgeldfalle, an Doppelbelastung, mangelnde Kinderbetreuungseinrichtungen und eigenständige Pensionssicherung für Frauen denken. Noch viel schlimmer sind die, die sofort mit der Gewalt in der Familie, mit Kindesmissbrauch und schrecklichsten Menschenrechtsverletzungen unter dem Deckmantel der Privatheit kommen, wo doch jeder weiß, dass die Familie die

Keimzelle dieses Staates und somit in jedem Falle gut ist. Endlich ist das wirklich Böse wieder in der Person zu lokalisieren, die es ausspricht.

## . . . sollen sie doch Eier legen

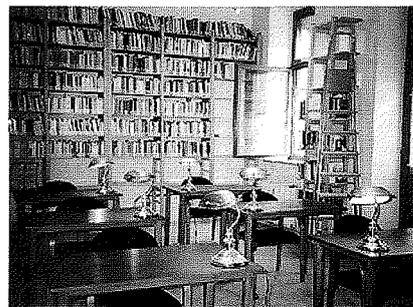
In diesem Sinne ist es daher auch nur logisch, ein Budget so lange nicht zu beschließen, bis all jene Stellen, die von diesem Budget nun einmal abhängen, ausgehungert sind, und die Personen, die in solchen Stellen sitzen, endlich arbeitslos sind. Dann gibt es auch keine lästigen Studien mehr darüber, dass in Österreich die Armut weiblich ist und selbst nach der Scheidungsreform die Armutsfalle, vor allem für ältere geschiedene Frauen, eisern zuschnappt. Zu vermuten ist, dass mit den sozialdemokratischen Pfründen, die Landeshauptmann Haider mit Abschaffung bedroht hat, wohl genau Frauenberatungsstellen sowie Frauenhäuser gemeint waren.

Wozu ein Alibi, wenn das wahre Leben ohnehin zeigt, wie es richtig geht. Dr. Riess-Passer meinte, sie verstehe sich als Signal für die Frauen, als Vorbild vermutlich. Die Homestory, dass sie trotz allem beruflichen Aufwand den Haushalt in Innsbruck auch weiterhin alleine führt, ließ nicht lange auf sich warten. Das Signal, dass die Wahrnehmung ihrer eigentlichen Verantwortung (Bestimmung) nicht im Bundeskanzleramt liegt, wurde empfangen. Hausfrau und Mutter als Job (zwar ohne Chance auf Entgelt oder Eigenständigkeit) soll wieder attraktiver werden, mit drei Jahren Karenzgeld als Einstiegsfalle. Und es wäre nicht Dr. Riess-Passer, würde sie das Parteiprogramm nicht mit ihrer ganzen Energie vertreten. Und somit ihre ganze Kraft dafür einsetzen, dass es Frauen wie sie gar nicht geben darf. Der Landeshauptmann wird es ihr danken.

## STICHWORT: Erste Adresse für frauenspezifische Literatur!

STICHWORT sammelt, dokumentiert und präsentiert seit 1983 die Vielfalt an Dokumenten der Neuen Frauenbewegung und feministischer Fachliteratur. Die Bibliothek bietet ein breites Spektrum an frauenspezifischer Literatur aus Forschung und Belletristik. Schwerpunkt sind Publikationen zur rechtlichen und sozialen Lage von Frauen in Österreich und international – Themen wie z. B. Gleichstellungspolitik, Gewalt, Lebensformen, Migration, Arbeit – und die Dokumentation der Frauenforschung in Österreich. Die rund 8000 Titel sind nach eigener, feministisch reflektierter Systematik erschlossen und über eine Datenbank recherchierbar.

Seit kurzem bietet STICHWORT auch einen *Feministischen Informationsdienst* an, der dem wachsenden Bedürfnis nach schneller und kompetenter Informationsbeschaffung Rechnung trägt: Wir erstellen Literaturlisten zu konkreten Themen, stellen Fakten und Daten (Dossiers) zu einzelnen Fragen zusammen, versenden Kopien und organisieren Bestellungen über elektronische Dokumentenlieferdienste. Wir nutzen hierbei unsere Erfahrung als Informationsspezialistinnen und unsere Vernetzung mit anderen feministischen Informations- und Dokumentationseinrichtungen weltweit.



### STICHWORT bietet:

- **Bibliothek** zur Frauen-/ Genderforschung
- **Archiv** zur Neuen Frauenbewegung ab 1970
- **Feministischer Informationsdienst**
- **Internet-Point** mit Linksammlung feministischer Ressourcen im Netz
- Inhaltliche Beratung und Hilfestellung

### STICHWORT. Archiv der Frauen- und Lesbenbewegung

**Bibliothek · Dokumentation · Multimedia**

15., Diefenbachgasse 38/1 · Tel. u. Fax: (01) 812 98 86 · e-mail: [stichwort@vip.at](mailto:stichwort@vip.at)

Öffnungszeiten: Mo & Di 9 bis 14 Uhr; Mi & Do 15 bis 20 Uhr. Für Frauen!

Weitere Infos: <http://ezines.onb.ac.at:8080/frida/stichwort/stichw.htm>



- neuester **Stand 10. 1. 2000**
- ein einziger Band
- größerer, leicht leslicher Druck
- **umfangreicher Anmerkungsteil** zum Gesetzestext mit Hinweisen auf die Literatur
- vollständige **Entscheidungssammlung**
- Hinweise auf den der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, in dessen Zusammenhang der jeweilige Rechtsatz erst konkret verständlich ist
- Verwertung auch unveröffentlichter Entscheidungen des **OGH**
- Entscheidungen der **OLG**
- ausführliches Sachregister

**3-7046-1441-6, 1.140 Seiten, gebunden, öS 2.980,-**

### MURSCHETZ

#### VERWERTUNGSVERBOTE BEI ZWANGSMASSNAHMEN GEGEN DEN BESCHULDIGTEN

Die Zwangsmaßnahmen und ihre Verwertungsverbote • Vergleich der amerikanischen und österreichischen Rechtslage • Die Verwertungsverbote bei Telefonüberwachung, Lausch- und Spähangriff • Selbstbelastungsverbot • Belehrungspflichten

**3-7046-1-1446-7, 188 Seiten, broschiert, öS 398,-**

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat .....

Erscheinungsweise: vierteljährlich

## Themen im Jahr 2000:

**Nummer 2/2000:** Kindermachen: Der Transfer patriarchaler Herrschaft

**Nummer 3/2000:** Eingebildete Ausbildung – ausgebildete Einbildung

**Nummer 4/2000:** Go East! Europäische Integration

## HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Birgit Feldner, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, RAA Mag<sup>a</sup>. Maria Windhager für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Information, A-1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

## Das Redaktionsteam:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Mag. Wolfgang Beran, Dr. Sepp Brugger, ao. Univ.-Prof. DDR. Nikolaus Dimmel, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Univ.-Ass. Mag<sup>a</sup>. Elisabeth Holzleithner, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Mag<sup>a</sup>. Katharina Echsel, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Walter Suntinger, Mag<sup>a</sup>. Martina Thomasberger, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Mag. Valentin Wedl, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin.

.....

**Ich bestelle das juridikum:** (Seite einfach kopieren, ausfüllen und absenden!)

<b>Jahresabonnement</b>	zum Preis von à öS 360,-
<b>StudentInnenabonnement*)</b>	zum Preis von à öS 240,-
<b>Förderabonnement</b>	zum Preis von à öS 600,-

Es gelten die AGB des Verlag Österreich, Preisangaben inkl. MwSt, exkl. Porto und Versandkosten.

\*) Nur gültig bei Übersendung einer Inskriptionsbestätigung.

## Absender

Name/Kanzlei .....

Kontaktperson .....

Straße .....

PLZ/Ort .....

Telefon .....

**Telefax: (01) 797 89-589**

Verlag Österreich – Vertrieb  
Rennweg 16  
A-1030 Wien

Datum/Unterschrift .....