

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat nr 2. 2005

thema 

Transitional Justice

recht & gesellschaft

Extreme Ungerechtigkeit

Volle Gefängnisse

Kriminalpolitische Initiative

Parteiensalat

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · 02Z032221 · Euro 11,- · ISSN 1019-5394

 VERLAG
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

.....
Iris Eisenberger · Ronald Faber · Oliver Scheiber

Falk/Koren

ZivMediatG – Mediationsgesetz

Kurzkommentar

2005, 504 Seiten, geb., 3-7046-4468-4, € 54,-

Inhalt des Kurzkommentars:

- kurze Einleitung mit einer Zusammenfassung der allgemeinen Charakteristika der Mediation
- umfassender Kommentar zu sämtlichen Paragraphen
- Erklärungen zu rechtstechnischen Begriffen
- Entscheidungssammlungen zu wichtigen Paragraphen
- umfassende Aufarbeitung sämtlicher österreichischer Literatur sowie Heranziehen relevanter aktueller deutscher Literatur
- Erläuterungen zum neuen Außerstreitgesetz
- Erläuterungen zum Zivilrechts-Änderungs-Gesetz (Änderung des ABGB) inklusive der neuen, erstmals im österreichischen Zivilrecht verpflichtend normierten Außergerichtlichen Streitbeilegung in Teilbereichen des Nachbarrechts (Außergerichtliche Streitbeilegung)
- gesonderte Erläuterungen für Nicht-Juristen

**Ein Muss für alle,
die Mediation
praktisch ausüben**

**Ausführlicher Serviceteil:**

- Zivilrechts-Mediations-Ausbildungs-Verordnung (ZivMediatAV)
- Richtlinie für Ausbildungseinrichtungen und Lehrgänge
- Eingetragene Ausbildungseinrichtungen und Lehrgänge
- Mediatorenliste (eingetragene Mediatoren – Stand 3.3.2005)
- Wichtige Paragraphen aus anderen Gesetzen
- Ausbildungs- und Weiterbildungseinrichtungen in Österreich
- Recherchierte Links in Österreich

Bei der praktischen Ausübung von Mediation stellen sich Fragen, die in diesem Kurzkommentar umfassend beantwortet werden:

- Definition der Mediation
- Zusammenarbeit von eingetragenen und nicht-ingetragenen Mediatoren
- Anwendung dieses Gesetzes auf Mediation in Zivilrechtssachen/Abgrenzung zu anderen Rechtsmaterien
- Unvereinbarkeitsregeln (Interessenkonflikte) für Mediatoren
- Pflichten des Mediators gegenüber den Parteien
- Abgrenzung zwischen erlaubter Rechtsauskunft und unerlaubter Rechtsberatung durch den Mediator
- Hauptleistungspflichten des Mediators und der Medianden (Mediationsvertrag und Mediandenvertrag)
- Beginn und Ende der Mediation
- Mediationsvereinbarung
- Verschwiegenheit und Vertraulichkeit
- Hemmung von Fristen

Personalkosten zu hoch?

Auch bei Freiberuflern werden die Personalkosten zunehmend zu einem Thema: Wenn die Honorare nicht mehr unbeschränkt wachsen, müssen Maßnahmen auf der Kostenseite zu einer Ergebnisverbesserung beitragen. Haben Sie Ihre Rationalisierungspotenziale wirklich schon ausgeschöpft?

Thema Überstunden: Was tun, wenn ein Schriftsatz oder ein Vertrag noch bis spät in die Nachtstunden fertiggestellt werden muss? Oder wenn Sie wieder einmal am Wochenende arbeiten müssen? Oder wenn Ihre Sekretärin Urlaub macht?

Clevere schreiben ihre Verträge selbst!

Zahlreiche führende Rechtsanwaltskanzleien bedienen sich bereits der neuen Technik: Die Juristen/Juristinnen diktieren direkt in den PC oder in das Notebook und der diktierte Text wird sofort am Bildschirm sichtbar. Oder das Diktat erfolgt - wie gewohnt - in ein Diktiergerät, das Diktiergerät wird an den PC angeschlossen und - das gesprochene Diktat verwandelt sich in Sekundenschnelle in geschriebenen Text.

Dadurch sinkt die Abhängigkeit vom Sekretariat. Und werden Kosten gespart. Dadurch können Sie aber auch außerhalb Ihrer Kanzlei, an Abenden oder Wochenenden arbeiten. Und steigern Ihre Produktivität.

JURSPEAK® Spracherkennung

Das Paket besteht aus dem weltweit meistverkauften Basisprodukt "Dragon Naturally Speaking Professional 8" und dem ergänzenden österreichischen Rechtsvokabular iurisdiction. **Das Rechtsvokabular enthält über 40.000 juristische Fachbegriffe**, deutsche und lateinische Wendungen, die korrekte Bezeichnung von Gerichtshöfen, juristische Abkürzungen und vieles mehr. JURSPEAK® ist auf den Einsatz in Rechtsanwaltskanzleien, Notariaten und in der Öffentlichen Verwaltung abgestimmt.

Das System ist natürlich netzwerkfähig. Und Sie können mit den Ihnen vertrauten IT-Programmen arbeiten.

Fordern Sie unverbindlich Zusatzinformationen über die JURSPEAK® Spracherkennung an.
Oder vereinbaren Sie unverbindlich einen Präsentationstermin:
Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien, Tel. 01 / 610 77 258, Fax 01 / 610 77 419,
E-Mail k.schaeffel@verlagoesterreich.at

Melaniiiiiiiiiiiiiiiii!!

Wie heißt der Vorsitzende des Umweltsenates?

Sie kennen das: Sie wollen in einer wichtigen Angelegenheit persönlich vorsprechen. Beim Behördenleiter. Nur: Wie heißt der? Oder, gibt es jetzt erstmals eine Behördenleiterin? Und welchen Titel hat sie? Unter welcher Klappe kommen Sie direkt an ihren Schreibtisch?

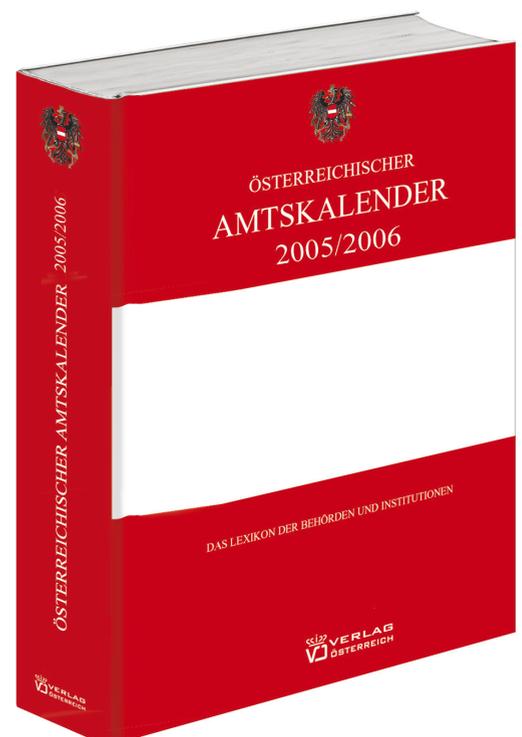
Was Sie jetzt brauchen ist der Amtskalender.

Das Lexikon der Bundes- und Länderbehörden. Mit den Namen, Amtstiteln und Telefon-Nummern der wichtigsten SachbearbeiterInnen. Für jede professionell geführte Kanzlei unverzichtbar. Seit 200 Jahren. Jetzt neu - die Auflage 2005/2006.

Buch, CD-ROM oder online Für jeden Bedarf das passende Medium

Buch (Großformat, ca. 1.790 Seiten)	€ 137,50
CD-ROM	€ 144,00
online (p.a.)	€ 138,00
Kombipaket Buch / CD-ROM	€ 183,60
Kombipaket Buch / CD-ROM / online	€ 223,20

(jeweils inkl. 20 % USt.)



Bestellungen:

Telefon: 01-610 77-315, Fax: 01-610 77-589, e-mail: order@verlagoesterreich.at

Die EU, die keiner wollte

Ronald Faber

Selbst auf die Gefahr hin, von den Ereignissen überholt zu werden: Die Diskussion um die Ratifikation des stecken gebliebenen EU-Verfassungsvertrages und die nicht stattgefundene Volksabstimmung in Österreich betrifft ein Thema von so grundsätzlicher politischer Bedeutung, dass sie als Lackmустest für die österreichische (Europa)Politik herhalten muss.

Und der fällt gar nicht gut aus. Denn manches von dem, womit das Nein – nicht zur Verfassung, sondern zu einer Volksabstimmung – verkauft wurde, kann einen straight-face-test, die Schleuse des argumentativen Anstandes, bei weitem nicht passieren.

Die Argumente, mit denen eine nationale Volksabstimmung abgelehnt wurde, lassen sich grob gesprochen auf die folgenden zusammenfassen:

1. Sachfremde Motive würden das Abstimmungsverhalten entscheiden.

Die Abstimmung würde zweckentfremdet. Es würde nicht über die Verfassung und ihren Inhalt abgestimmt, sondern über innenpolitische Fragen, die nationale Regierung, „die Globalisierung“ oder gar – was hat das schon mit der Verfassung zu tun! – die Ost-Erweiterung.

Das Argument überzeugt nicht. Wahlen und Abstimmungen haben es nun einmal an sich, dass den BürgerInnen die Beweggründe für ihr Abstimmungsverhalten nicht vorgeschrieben werden können. Bei Nationalratswahlen wird gleichermaßen über sachfremde Beweggründe wie EU-Sanktionen oder die Badehosen des Finanzministers abgestimmt wie über Bildungs- und Wirtschaftsprogramme der Parteien. Dem Wahlvolk Denkkettentalent vorzuwerfen, ist politisch borniert, weil demokratiefremd.

2. Die EU-Verfassung ist zu kompliziert, um über sie abzustimmen.

Gehört ins selbe Fahrwasser. Man braucht nicht erst an Sinowatz zu erinnern ... Einfachheit oder Komplexität kann kein Maßstab dafür sein, die Bevölkerung mit politischen Fragen zu befassen oder nicht.

3. Gesamteuropäische Volksabstimmung ja, nationale nein.

Parteien und Regierung überschlugen sich geradezu darin, die Forderung nach

einer europaweiten Volksabstimmung für sich zu reklamieren. Doch leider, leider sehe das EU-Recht und die neue Verfassung eine solche eben nicht vor. Und eine nationale Volksabstimmung könne eine europaweite nicht ersetzen, weil – siehe oben.

Dieses Argument ist geradezu frech. Eine Volksabstimmung damit abzulehnen, dass gerade die Verfassung, über die abgestimmt werden sollte, eine solche nicht kennt – da beißt sich die Katze in den Schwanz. Entweder man ist für (eine) Volksabstimmung(en), oder nicht.

4. Das ist ohnehin keine Verfassung.

Die rationalen Beschwichtiger argumentierten damit, dass das Vertragswerk seinem Inhalt nach nicht viel Neues gegenüber dem status quo bringe, also eigentlich gar keine „richtige“ Verfassung sei.

Da mag schon etwas dran sein, doch kann es nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ als Verfassung gibt, ihren Namen trägt und als solche verkauft wird. Wenn sie den BürgerInnen dann auch noch unter dem Schlagwort der „Bürgernähe“ angepriesen wird, wofür sinnigerweise mit der europäischen Bürgerinitiative ein Instrument der direkten Demokratie herhalten musste, darf man sich nicht wundern, wenn diese ihr Recht auf unmittelbare Mitsprache auch gleich einfordern.

Die Gründe, warum in Österreich keine Volksabstimmung abgehalten wurde, dürften ganz andere gewesen sein:

1. Österreichs PolitikerInnen haben keine Ahnung von der EU-Verfassung.

2. Man wollte die Verfassung nicht als politisches Thema.

Eine Volksabstimmung über die Verfassung passt nicht ins Schema politischer Prioritätensetzung. Zugegeben, das Thema ist nicht nur sperrig, sondern auch wirklich kompliziert. (Partei)politisch gibt es nichts zu gewinnen. Dazu kommt ein nicht zu unterschätzender institutioneller Aspekt: Noch immer wird EU-Politik in den Parteien fast ausschließlich von den EuropaparlamentarierInnen und EuropasprecherInnen gemacht. Kein heimischer Platzhirsch räumt freiwillig den Platz an der Mediensonne.

3. Angst vor einer Ablehnung.

Mag sein. Als politisches Argument zählt das aber nur, wenn man direktdemokratische Entscheidungen in Fragen, die politisch „zu wichtig“ sind, grundsätzlich ablehnt.

Bei der EU-Verfassung wird es aber weder genügen, wenn sie die politischen Eliten „durchtragen“, noch ist der Sache damit Gutes getan. Man muss endlich der Tatsache ins Auge blicken, dass es der EU mangels echter europäischer Parteien und Medien im Vergleich zu einem Nationalstaat an der für eine Demokratie so essentiellen Anbindung ihrer Entscheidungen an das Volk fehlt. Mit dem Verzicht auf eine nationale Volksabstimmung wurde die einmalige Chance verpasst, auf breiter Basis über die EU und ihre Entwicklung zu diskutieren, und dafür auch die entsprechende Aufmerksamkeit in der Bevölkerung und in den Medien zu bekommen. Dass es bei einer solchen öffentlichen Diskussion mehr um die Politikinhalte als um die Verfassung gegangen wäre, hätte nicht geschadet, im Gegenteil: Ohne zumindest grundsätzliche Akzeptanz der Inhalte, mit denen sie befüllt wird, ist die beste Verfassung nichts wert.

Mit einer nationalen Volksabstimmung hätte die EU-Politik endlich ihren gebührenden Platz auf dem nationalen Politparkett bekommen. Das sollte eigentlich auch im Interesse der Parteien liegen. Schön langsam geht dem Parlament auf, dass es keine Ahnung davon hat, was in Brüssel geschieht. Das wunderbar ausgeklügelte System des Art 23e B-VG, die Mitwirkung von National- und Bundesrat an Vorhaben der EU, zeigt nur auf dem Papier Zähne.

Was aber viel wichtiger ist: Ein positives Votum in einer Volksabstimmung – an dem bei einer ernsthaften Informationskampagne wohl nicht zu zweifeln gewesen wäre – hätte der EU neuen Schwung verschafft und die Bevölkerung längerfristig für das Projekt in die Pflicht genommen.

So bleiben viele auf dem Gefühl sitzen, sie seien Mitglieder in einem Verein, den sie eigentlich nicht kennen – und in dieser Art vielleicht gar nicht wollen. Die Erste Republik ist den Geburtsfehler der mangelnden Identifikation mit dem neuen Staat nie los geworden. „Der Staat, den keiner wollte“ hat dann auch nicht lange überlebt. Und das wünscht sich für die EU sicher niemand.

Inhalt

recht & gesellschaft

Walter H. Rechberger	Ist Ungerechtigkeit komparationsfähig?.....	59
Ch. Grafl, W. Gratz, F. Höpfel, Ch. Hovorka, A. Pilgram, H. V. Schroll, R. Soyer	Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! – Follow up	66
Walter Geyer	Zu klein oder zu voll?	71
Patricia Heindl	Kuddelmuddel in der Parteienlandschaft	78

thema: transitional justice

Iris Eisenberger	Vorwort	80
Werner Zips	Die Flüchtigkeit des Regenbogens	82
Cecilia Macón	Voiding the Void	89
Michael Schoiswohl	„Transitional Justice“ in Afghanistan	94
Gregor Ribarov	Die Bedeutung des internationalen Verfassungsrechts im Transitionsprozess Afghanistans	99
I. Eisenberger/G. Marx	Die Orange Revolution und der weite Weg nach Europa	101
Ronald Faber	Truth v Justice, historisch betrachtet	104

rubriken

vor.satz	Ronald Faber Die EU, die keiner wollte	53
merkwürdig	Nicolas Raschauer/Wolfgang Wessely „Juristische Schmunzelliteratur“: Von Meerschweinchen und Yaks.....	55
	Ronald Faber Überregulierte Meerschweinchen?	56
zwischen.satz	Florian Klenk Wachhunde, nicht Schoßhunde	57
impressum	58

„Juristische Schmunzelliteratur“: Von Meerschweinchen und Yaks

Bisweilen können sie einem ein Lächeln ins Gesicht zaubern – gesetzliche Regelungen. Juristische Schmunzelliteratur, wären da nicht – gerade angesichts eines zunehmenden Regelungsdrucks und sukzessive knapper werdender Ressourcen – die quälenden Fragen: *Was bringt's, was kost's?* und bisweilen ungläubig nachgesetzt: *Was haben sie sich dabei gedacht?*

Diskussionen über den Krümmungsradius von Gurken sind ebenso noch im Gedächtnis der Bevölkerung verankert wie mehr oder minder ernst gemeinte Überlegungen zur Schaffung eigener „Mistinspektoren“ anlässlich der Erlassung der Verpackungsverordnung. Zu den jüngsten „merk:würdigen“ Regelungen zählt die eine oder andere Norm, die in Begleitung des TSchG das Licht der juristischen Welt erblickten.

In die Kategorie *Was bringt's, was kost's?*, bisweilen auch in jene *Nona* gehören wohl detaillierteste Regelungen über die Haltung von Kleinnagern¹, etwa, dass Boden und Einstreu sauber und trocken gehalten werden müssen. Weniger nachvollziehbar ist da schon das Verbot, Meerschweinchen (*Cavia nae*) zusammen mit Kaninchen zu halten², ein Problem, das bislang keines gewesen zu sein scheint. Dies leitet über zur Kategorie *Was haben sie sich dabei gedacht?* Etwa, dass Boden und

Untergrund *ständig* trocken zu halten sind³ – dass selbst saugfähige Einstreu mitunter feucht werden kann, liegt in der Natur der Sache, sofern man nicht an Einstreu jene Standards anlegen will, die hinsichtlich Babywindeln suggeriert werden: die *ständig* trockene Windel. Ebenso hierher gehört es, wenn eine paar- oder gruppenweise Haltung geboten, einen Absatz später aber auch Größenangaben für Käfige auch für Einzeltiere vorgesehen sind⁴. Dass – um beim Meerschweinchen zu bleiben – das Fehlen jedes Größenbezuges in der Definition des Tierheims (§ 4 Z 9 TSchG) dazu führt, dass, nimmt man das Gesetz ernst, auch die angebotene unentgeltliche Beaufsichtigung des Tieres eines urlaubsbedingt abwesenden Freundes einer Bewilligung nach § 29 TSchG bedarf⁵ oder – abermals den Gesetzestext ernst genommen⁶ – die fotografische Verewigung des familiären Nagers eine vorangehende Befassung der Behörde (§ 28 TSchG) erfordert, lässt das fragende Schauen langsam zu einem ungläubigen Kopfschütteln werden: *Was haben sie sich dabei gedacht?*

Mag man an dieser Stelle geneigt sein, die Kritik mangels Überprüfbarkeit⁷ der Einhaltung dieser Bestimmungen und daher wohl mangels jeglicher praktischer Relevanz verstummen zu

lassen, schweift der Blick sogleich zum nächsten Schauplatz der Kategorie *Was haben sie sich dabei gedacht?* – konkret zur (zweifellos erforderlichen) Kategorisierung von Tieren in Haus-, Heim- und Wildtiere⁸.

Gewiss, es ist nicht – wie der Leser jetzt vielleicht vermuten mag – die Zuordnung von Meerschweinchen, die Probleme bereitet, sondern jene des Yak (*bos grunniens*). Haustiere – so das Gesetz – sind domestizierte Tiere⁹ der Gattungen Rind, Schwein, Schaf, Ziege und Pferd, jeweils mit Ausnahme exotischer Arten, sowie Großkamele, Kleinkamele, Wasserbüffel, Hauskaninchen, Haushunde, Hauskatzen, Hausgeflügel und domestizierte Fische. Es handelt sich damit – und soweit besteht wohl Einigkeit – um Tiere, die seit sehr vielen Generationen von Menschen gehalten werden, und die sich in ihrem Genotyp und Phänotyp an die Haltung durch Menschen angepasst haben, indem sie einerseits Fähigkeiten dazu gewonnen (zB große Mengen an Milch zu produzieren), andererseits andere verloren haben (zB selbst Nahrung zu beschaffen und in der freien Natur überleben zu können)¹⁰. Beschränkte sich die Definition darauf, wäre es – mag man sich denken – zu langweilig gewesen: Und in der Tat sind es exotische Arten der Gattungen Rind, Schwein, Schaf, Ziege und Pferd, die – mögen sie auch domestiziert sein – nicht den Haus-, sondern den Wildtieren zugeordnet bleiben; mit allen Konsequenzen daraus, die sich insb aus § 25, aber auch aus § 27 TSchG ergeben. Zu diesen exotischen Arten, mithin zu jenen, die in unseren Breiten üblicherweise nicht gehalten werden¹¹, zählt – jedenfalls den Mat¹² zufolge – das oben bemühte Yak. Könnte der Gedankengang vom interessierten Leser bis hierher noch nachvollzogen werden¹³, gereicht es ihm zumindest zum Erstaunen, dass in Österreich wohl ebenso „heimische“

1) Anlage 1 Punkt 3.1. 2. Tierhaltungsv.

2) Anlage 1 Punkt 3.6 Abs 1 aE 2. Tierhaltungsv.

3) Anlage 1 Punkt 3.1. Abs 6 der 2. Tierhaltungsv.

4) Anlage 1 Punkt 3.6 Abs 1 und 2 der 2. Tierhaltungsv.

5) Zur interpretativen Auflösung siehe *Herbrüggen/N. Raschauer/*

Wessely, TSchG Anm 10 zu § 4.

6) Freilich lassen die Mat (EBRV 446 BlgNR 22 GP 25) erkennen, dass man offenbar nicht alles so eng sehen – so ernst nehmen – darf: Nicht erfasst sein soll ihnen zufolge nämlich das Filmen und Fotografieren von Tieren im Rahmen der Freizeitgestaltung (zB Urlaubsaufnahmen, Fotos vom Heimtier).

Was hätte es freilich gehindert, das in den Gesetzestext zu gießen?

7) Insb etwa des mehrmaligen wöchentlichen Auslaufs (Anlage 1 Punkt 3.1 Abs 11 der 2. Tierhaltungsv.).

8) § 4 Z 2 bis 4 TSchG.

9) Zahme Tiere: VwSlg 13.555 A/1991.

10) Vgl *Herbrüggen/N. Raschauer/*

Wessely, TSchG Anm 4 a zu § 4.

11) *Exotisch* ist der Gegenbegriff zu *einheimisch* bzw *eingebürgert* (vgl *Irresberger/Obenaus/Eberhard*, Tierschutzgesetz Anm 7 zu § 4).

12) EBRV 446 BlgNR 22 GP 7.

13) Teile der zoologischen Lehre hätten bereits hier Bedenken; vgl *Ahne/Liebich/Stohrer/Wolf*, Zoologie 299.

Tiere wie das Yak, nämlich Großkamele, Kleinkamele und Wasserbüffel, zu den Haustieren zählen sollen. Dann sind es wohl – so der Gedankengang weiter – *unsere Breiten*, die weiter zu lesen sein werden als das kleine Österreich; und schließlich werden in Italien Wasserbüffel gehalten – wenn auch nicht als Arbeitstiere, so doch um des Mozzarella willen. Spätestens bei den Kamelherden streikt das Gedächtnis aber, wenn es sich daran erinnern soll, dass diese das Landschaftsbild Europas prägten. Gehören aber offenbar auch Asien und Afrika zu unseren Breiten, fällt es schon schwerer, dem Yak das Recht, ein Haustier sein zu dürfen, abzusprechen¹⁴. Welche Gedanken den Gesetzgeber gleichwohl zu seinen Ausführungen geleitet haben, verrät er – wie im Übrigen auch zu anderen (zugegebenermaßen ungleich gewichtigeren¹⁵) Problemen, die uns das neue TSchG beschert – nicht und reicht wohl auch eine gehörige Portion Phantasie nicht hin, in dieses Geheimnis vorzudringen...

Wie leider zu häufig, muss sie offen bleiben, die Frage: *Was haben sie sich dabei gedacht?* Und das fragende Schauen, bisweilen das ungläubige Kopfschütteln und vielleicht ein zartes Lächeln bei der Lektüre der einen oder anderen Rechtsvorschrift wird wohl auch weiterhin zu den ständigen Begleitern des interessierten Lesers zählen – „juristische Schmunzelliteratur“: ein Genre mit Zukunft?

Nicolas Raschauer/
Wolfgang Wessely

Überregulierte Meerschweinchen?

Ob Meerschweinchen und Kaninchen miteinander können oder nicht, ist so eine Frage, jedenfalls eine in der *www-community* der Tierliebhaber heiß diskutierte.

Man muss aber weder zur Gruppe der Tierschützer, noch zur Fraktion der quantitativen Deregulierer gehören, um einerseits zuzugestehen, dass sich das Tierschutzgesetz und die in seinem Gefolge ergangenen Verordnungen durch besonderen Detailreichtum auszeichnen, und andererseits zu akzeptieren, dass es sich dabei um Schutzvorschriften im Sinne bestimmter Mindeststandards handelt.

Solche Vorschriften kann man natürlich immer für überflüssig erachten und ließe sich das Verwaltungsrecht in logischer Fortsetzung weitgehend auf den Satz „Du sollst Beeinträchtigungen des Schutzgutes XY vermeiden“ reduzieren. Man muss also, will man sich nicht bloß auf den Detaillierungsgrad einschließen, schon das Ziel des Tierschutzgesetzes, den „Schutz des Lebens und des Wohlbefindens der Tiere aus der besonderen Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf“

(§ 1) oder aber die Sinnhaftigkeit von gesetzlichen Mindeststandards an sich in Frage stellen. Beides, das sei hier ausdrücklich angemerkt, kann man durchaus argumentieren. Will man das aber nicht tun, scheint es mir weder abwegig noch überschießend, im Gegenteil: sogar begrüßenswert, wenn sich das Tierschutzgesetz in insoweit konsequenter Umsetzung der Adaption des Tiers zum „Mitgeschöpf“ etwa damit befasst, dass Boden und Einstreu sauber und trocken zu halten sind. Man denke im Vergleich nur an die (Un)Menge der bau-, feuer-, sanitäts- und etc-polizeilichen Gefahrenabwehrvorschriften zum Schutz des mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Geschöpfes Mensch.

Aber, wie gesagt, das ist letztlich eine Frage der Wertigkeit des Schutzgutes und des Glaubens an die Steuerungsfähigkeit von Regulierungsrecht. Und das kann man, wie *Raschauer/Wessely* am Beispiel des Tierschutzgesetzes wortgewandt aufzeigen, durchaus unterschiedlich sehen.

Ronald Faber

14) IdS Herbrüggen/
N. Raschauer/Wessely, TSchG
Anm 4 a zu § 4.

Wachhunde, nicht Schoßhunde

Florian Klenk

Warum dieses Land so dringend bisigen investigativen Justizjournalismus braucht. Auszüge aus der Rede von Falter Redakteur Florian Klenk, der heuer mit dem Kurt-Vorhofer-Preis ausgezeichnet wurde.

Es ist ja nicht mehr so selbstverständlich, öffentlichen Missständen wochenlang nachzugehen, sie zu analysieren, sie in ihrer Hässlichkeit ungeschönt zu enthüllen. Dazu braucht es Beharrlichkeit und Lästigkeit und die Bereitschaft, sich nicht vereinnahmen zu lassen. Diese Eigenschaften, die mit dem Kurt-Vorhofer-Preis auch ausgezeichnet werden, die dürfen Journalisten nicht ablegen. Sie brauchen dieses unbestechliche „Auf die Nerven gehen“ für diese vielen Missstände, die sich auch hinter den gepolsterten Türen der Republik, in Gerichtssälen oder Wachstuben abspielen. Gerade auch ein moderner Rechtsstaat wie Österreich ist bekanntlich nicht davor gefeit, Rechte seiner Bürger zu verletzen. Gerade auch Politiker, die sich als besonders unabhängig inszenierten, sind, wie wir heute wissen, für ein paar Sponsorgelder durchaus empfänglich.

Aufdeckungsjournalismus besteht nicht nur darin, große Skandale exklusiv zu enthüllen. Er besteht vor allem auch darin, Fragen zu stellen, warum Skandale in diesem Land nicht nachgegangen wird. Warum Richter nicht ermitteln, warum sich Behörden oft als Leibwächter der Politik verstehen, denn als Hüter des Rechts. Als ich vor zwei Jahren in den Besitz eines Videos einer tödlichen Polizeiaktion im Stadtpark kam, als danach viele geschockt waren, dass untätige Beamte auf einem reglosen Afrikaner stehen, die Hände im Hosensack, da schrieb die Kronenzeitung: Auf dem Video sei „Nichts zu sehen!“ Die Schriftstellerin Elfriede Jelinek aber schrieb: „Man sieht das Nichtstun“.

Medien muss es auch um dieses „Nichtstun“ gehen, um die Ignoranz, die Kameraderie, den Corpsgeist, die

Untertänigkeit und Untätigkeit und auch um die Beißhemmung der Justiz, die auffallend oft dann eintritt, wenn es gegen Politiker oder gegen die eigenen Reihen geht. Da entsteht immer öfter der Anschein, dass brisante Fälle einfach „wegadministriert“ werden.

Lästige Fragen zu stellen ist eine unangenehme, eine riskante, eine bisweilen undankbare Aufgabe. Ich habe den Eindruck, dass Lästigkeit nicht immer die Karriere fördert. Wir sehen das ja jeden Tag: Interviews mit Mächtigen verkommen gerne zur Phrasendrescherei, weil nur wenige wirklich nachhaken wollen. Robert Hochner und Kurt Vorhofer würden wohl die Art, wie Politiker in diesem Land antworten dürfen, nicht durchgehen lassen.

Diese Demut vor angeblich Mächtigen, sie ist nicht geboten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellte in seinem berühmten „Sunday Times“-Urteil fest, dass wir Journalisten „Wachhunde der Demokratie“ sein müssen. Er sagte das, weil eine Zeitung dafür bestraft wurde, nachdem sie unabhängige Richter kritisiert hatte. Das sei keine Straftat, sondern geradezu die Pflicht der Presse, so das Menschenrechtsgericht. Die höchsten Richter Europas stellten damit klar, dass wir keine Schoßhündchen der Mächtigen sein sollen. Wir müssen bissig sein, aber nicht verbissen.

Oft wird dieser Tage von „Law and Order“ gesprochen. Doch diejenigen, die diesen Begriff in den Mund nehmen, pfeifen sie mitunter nicht selbst auf die Grundrechte, die jedes Recht determinieren? Sie wollen die Rechtszüge von Asylwerbern zu den Höchstgerichten ausschalten, sie verklagen Meinungen, die ihnen nicht passen, oder sie fordern Volksabstimmungen über höchsttrichterliche Erkenntnisse. Ich wünsche mir, dass wir den Begriff des „Law and Order“ in seiner ursprünglichen Idee verstehen: als Synonym für einen sozialstaatlich verfassten, liberalen Rechts-

staat mit Kontrollrechten – vor allem auch Kontrollrechten der Öffentlichkeit. Law and Order, das verlangt eben auch nach „checks and balances“. Wir Journalisten sind bewaffnet mit vielen Privilegien, haben erstaunlich weitgehende Rechte, dürfen – sofern Opfer das wollen – in Akten Einsicht nehmen, und so unters Amtskleid des Staates blicken. Die Verfassung schützt das Recht auf Information und vor Gericht dürfen wir über ihre Informanten schweigen wie Ärzte, Anwälte und Priester.

Wenn die Presse aber damit aufhört, ihr Ohr an die gepolsterten Türen des Staates zu legen, dann verdient sie auch diese grundrechtlich abgesicherten Privilegien nicht mehr. Dann werden Journalisten eines Tages zu Recht zu „Content-Managern“ degradiert werden, wie das so schön neomodisch heißt. Content-Manager, so werden Journalisten in einem der größten Verlagshäuser dieses Landes heute schon genannt.

Immer öfter wird beklagt, dass Journalisten auch mit der Schere im Kopf arbeiten müssen, dass keine „innere Pressefreiheit“ herrsche, dass Redakteure sich selbst zensurieren, weil sie Angst haben, ihre Karriere zu verbauen. Viel davon wird wohl auch vorauseilender Gehorsam sein. Auch Journalisten sind keine Helden. Doch viele Ängste sind berechtigt – ich erinnere nur an den Kurt-Vorhofer-Preisträger Gerhard Marschall, der ausgerechnet zu Beginn der Wende im Jahr 2000 von den Oberösterreichischen Nachrichten gekündigt wurde, weil er der neuen Regierung zu kritisch war. Wer mutigen Journalismus will, der muss auch dafür sorgen, dass die Meinungsfreiheit in den Redaktionsstuben gewährleistet ist. Dass Politiker nicht schamlos intervenieren können und dass die Werbewirtschaft nicht bis zum Redakteur vordringen kann, wenn ihr ein Bericht das Geschäft vermässeln könnte. Wenn diese Rahmenbedingungen nicht stimmen, dann können wir auch nicht mehr „unbestechlichem Journalismus“ auszeichnen.

Ich habe die wunderbare Chance bekommen, keine Schere im Kopf bereithalten zu müssen. Das ist keine Selbstverständlichkeit, sondern es ist auch meinen Kollegen, im speziellen der Politikredaktion des Falter und meinem Chefredakteur Armin Thurnher zu verdanken, der Journalismus auch als öffentliche Aufgabe und

nicht nur als privates Gewerbe versteht. Dass die Jury des Kurt-Vorhofer-Preises diese Vorstellung von Journalismus ehrt, dafür möchte mich ganz herzlich bedanken.

Florian Klenk hat diese Rede am 24. Mai 2005 in der Wiener Hofburg gehalten, nachdem er aus den Händen von Bundespräsident Heinz Fischer den Kurt-Vorhofer-Preis 2005 erhalten hat. Nach dem Prof. Claus Gatterer-Preis im Jahr 2002 ist Klenk (Jahrgang 1973) damit in jungen Jahren Träger bereits zweier bedeutender journalistischer Auszeichnungen.

Der promovierte Jurist Klenk hat seine journalistische Karriere beim „Kurier“ begonnen, seit 1998 schreibt er für den „Falter“. In ihrem einstimmigen Beschluss würdigte die Jury des Vorhofer-Preises „die Intensität und Qualität von Klenks Arbeit“. Klenk stehe in exponierter Weise für unbestechlichen Journalismus. „Er setzt sich insbesondere für die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien in der Strafjustiz und im Flüchtlingswesen ein und leistet damit einen wichtigen Beitrag zur Zivilgesellschaft“, heißt es in der Begründung der

Jury. Klenk sei „das selten gewordene Beispiel für kompetenten Aufdeckungsjournalismus bei gleichzeitiger stilistischer Sicherheit“ und lasse sich „von niemandem vereinnahmen“. Damit stehe er „für jungen Journalismus mit sozialer Verantwortung“. Tatsächlich ist Klenks Arbeit nicht nur von journalistischer Professionalität, sondern auch von hohem juristischem Sachverstand und einer – überall, aber gerade auch in den Medien – selten gewordenen Menschlichkeit gekennzeichnet.

Mit seiner beharrlichen Forderung nach der Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien hat sich Klenk bei Polizei und Justiz nicht nur Freunde gemacht. Das hängt auch damit zusammen, dass er in Sachen kritischer Beobachtung allein auf weiter Flur unterwegs ist. Die breite Würdigung, die Klenk in den letzten Jahren erfahren hat, sollte den journalistischen Nachwuchs ermuntern, sich einem engagierten, investigativen Journalismus zu verschreiben – es lohnt sich. In diesem Sinne gratuliert das Juridikum Florian Klenk sehr herzlich zum Kurt-Vorhofer-Preis 2005!

Oliver Scheiber

Impressum

juridikum

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

HerausgeberInnen

Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Iris Eisenberger, MSc. (LSE),
Dr. Ronald Faber, LL. M. (Yale),
Dr. Oliver Scheiber

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21
A-1070 Wien, Tel. 01/610 77,
Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589,
e-Mail: order@verlagosterreich.at,
<http://www.jusline.at>
Redaktionsassistentz: Mag. Peter Spevacek

Preis: Jahresabonnement Euro 37,-,
StudentInnenabonnement Euro 26,-,
Förderabonnement Euro 55,-,
exkl. Euro 9,90 Porto- und Versandkosten (Inland)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Univ.-Ass. Dr.
Daniel Ennöckl, ao. Univ.-Prof. Dr. Christian
Hiebaum, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Elisabeth Hödl, Matt-
hias C. Kettemann, Dr. Roland Kier, Univ.-Ass. Dr.
Konrad Lachmayer, Drⁱⁿ. Nora Melzer-Azodanloo,
MMag^a. Doris Obereder, Lukas Oberndorfer, Mag.
Michael Reiter, Mag^a. Judith Schachenreiter,
Mag^a. Marianne Schulze, ao. Univ.-Prof. Dr. Ale-
xander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer,
Mag. Thomas Sperlich, Mag^a. Alexia Stuefer,
Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria
Windhager

AutorInnen dieser Ausgabe:

Iris Eisenberger, Ronald Faber, Walter Geyer,
Christian Grafl, Wolfgang Gratz, Patricia Heindl,
Frank Höpfel, Christine Hovorka, Florian Klenk,
Cecilia Macón, Gerda Marx, Arno Pilgram, Nicolas
Raschauer, Walter H. Rechberger, Gregor Ribarov,
Michael Schoiswohl, Hans Valentin Schroll,
Richard Soyer, Wolfgang Wessely,
Werner Zips

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:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc

Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alterna-
tiver Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Iris Eisenberger, MSc. (LSE): Insti-
tut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Universität Wien, Schottenbastei 10-16,
1010 Wien, Tel.: 01/4277-35474,
Fax: 01/4277-35479;
iris.eisenberger@univie.ac.at
Dr. Ronald Faber, LL. M. (Yale):
ronald.faber@vfgg.gv.at

Dr. Oliver Scheiber; o.scheiber@chello.at

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

Thema Heft 3/2005

Rechtsethnologie

Ist Ungerechtigkeit komparationsfähig?

Zum Begriff der „extremen Ungerechtigkeit“ in § 10 Entschädigungsfondsgesetz

Walter H. Rechberger*

1. Einleitung

Dieser Vortrag ist gewissermaßen der dritte in einer Reihe, mit der sich die Wiener Rechtshistorische Gesellschaft des Themas der Entschädigung für sog. „Arisierungen“ und andere ungerechtfertigte oder zumindest ohne angemessene Entschädigung erfolgte Enteignungen durch das NS-Regime in Österreich angenommen hat. Die Tatsache, dass hier 2001 *Georg Graf* zum Thema „Arisierung und Rückstellung – ein aktuelles Problem der österreichischen Rechtsgeschichte“¹ und 2003 *Clemens Jabloner* zum Thema „Der juristische Einschlag der Historikerkommission“² gesprochen haben, gestattet es mir, auf lange Einleitungen zu verzichten. Es genügt an dieser Stelle, darauf hinzuweisen, dass sich Österreich weder seiner Verantwortung entzogen, noch vollständige Wiedergutmachung geleistet hat. Es wurde zwar – um *Jabloner* zu zitieren – „ein System der Rückstellung und Entschädigung aufgebaut, allerdings zögerlich und zäh und es war voller Lücken und Fallen“.

Es ist bemerkenswert, dass es erst im Jahr 2001 – also auf Initiative der schwarz-blauen Koalition – gelang, ein „Entschädigungsfondsgesetz“ (EFG – BGBl I 2001/12) zu schaffen, welches den (in § 1 erklärten) Zweck hat, die „umfassende Lösung offener Fragen der Entschädigung von Opfern des Nationalsozialismus für Verluste und Schäden“ zu erreichen, wenn auch – worauf

noch zurückzukommen sein wird – auf die Leistungen nach diesem Gesetz generell kein Rechtsanspruch besteht. Die Erlassung dieses Gesetzes war bekanntlich eine der Folgen der Sammelklagen gegen die Republik Österreich, die in den Vereinigten Staaten teils von ehemaligen Zwangsarbeitern, teils von Opfern von Vermögensentziehungen eingebracht worden waren. Aus diesem Grund sah sich Österreich dazu veranlasst, außergerichtliche Verhandlungen mit den Opferanwälten zu führen, die unter Vermittlung der Regierung der Vereinigten Staaten stattfanden. In der Folge wurde durch das Versöhnungsfondsgesetz (BGBl I 2000/74) für die ehemaligen Zwangsarbeiter eine Regelung geschaffen, während – als Folge der „umfassenden Einigung über die abschließende Regelung sämtlicher noch offener Restitutionsfragen mit der amerikanischen Regierung, den Opferverbänden und den Klagsanwälten“³ im sog. „Washingtoner Abkommen“ vom 17. Jänner 2001 – durch das Entschädigungsfondsgesetz eben der Problemkreis der Vermögensentziehung geregelt werden sollte.⁴

Bei den Leistungen nach dem Entschädigungsfondsgesetz ist nach ihrer Art zu unterscheiden: einerseits werden sie als *Entschädigung in Form von Geld* gewährt, andererseits als *Naturalrestitution*. Zahlungen können entweder im Forderungsverfahren oder im

Billigkeitsverfahren erwirkt werden. Das Forderungsverfahren hat strengere Beweisregeln und gilt nur für Verluste oder Schäden in bestimmten Vermögenskategorien. In den Fällen, in denen ein Forderungsverfahren nicht stattfinden kann oder mangels Erfüllung der Beweisstandards nicht erfolgreich verläuft, gewährt das Billigkeitsverfahren dennoch eine Leistung. Die Leistungen (unabhängig davon, ob sie im Forderungsverfahren oder im Billigkeitsverfahren gewährt werden) erfolgen durch einen eigens dafür eingerichteten Entschädigungsfonds.⁵

Bei diesem Fonds wurde ferner eine Schiedsinstanz eingerichtet, die Anträge auf *Naturalrestitution von öffentlichem Vermögen* im Einzelfall prüft und danach eine Empfehlung oder Ablehnung an den zuständigen Bundesminister abgibt, die entzogenen im öffentlichen Vermögen stehenden Vermögenswerte (zurück) zu übereignen.

Das Entschädigungsfondsgesetz schließt allerdings grundsätzlich Leistungen für Forderungen aus, die bereits *durch österreichische Gerichte oder Verwaltungsbehörden endgültig entschieden oder einvernehmlich geregelt* wurden (§§ 10 Abs 1, 15 Abs 1 Z 1, 28 Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 2, sowie 32 Abs 1 EFG), wahrt also die Rechtskraft von Entscheidungen bzw die Bereinigungswirkung von Vergleichen.

Freilich ist bekannt, dass die Nachkriegsregierungen – beginnend mit der provisorischen Regierung des Jahres 1945 – durchaus bestrebt waren, die Rückstellung möglichst einzuschränken. Die Wortmeldung des damaligen Innenministers *Oskar Helmer* in der Ministerratssitzung vom 9. November 1948 „Ich wäre dafür, daß man die Sache in die Länge zieht“ hat der britische Historiker *Robert Knight* als, diese Situation drastisch illustrierenden, Titel seines Buches über die Wortprotokolle der österreichischen Bundesregierung von 1945 bis 1952 über die Entschädigung der Juden gewählt.⁶ Dies äußerte sich nicht nur in der Verhandlungspoli-

*) Geringfügig überarbeitete und mit Fußnoten versehene Fassung eines Vortrags vor der Wiener Rechtsgeschichtlichen Gesellschaft am 8. März 2005 im Wiener Juridicum.

1) Vgl dazu *G. Graf*, „Arisierung“ und Restitution, JBl 2001, 746.

2) Vgl dazu *Jabloner*, Der juristische Einschlag der Historikerkommission, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft Bd 92 (2003) 23.

3) So der Bericht des Verfassungsausschusses zum Entwurf des EFG, 476 BlgNR 21. GP 2.

4) Zum Problemkreis der entzogenen Kunstwerke, der immer noch einer „umfassenden Lösung“ harret (vgl die Kritik von *Noll*, Fortschritt und Versäumnis – Kunstrückgabe in Österreich, Juridikum 2003, 31 ff), da das Entschädigungsfondsgesetz dafür nicht gilt (§ 1 Abs 2 letzter

Satz EFG), kann hier nicht Stellung genommen werden.

5) Vgl zum Entschädigungsfonds www.nationalfonds.parlament.gv.at.

6) *Knight*, „Ich bin dafür, die Sache in die Länge zu ziehen“² (2000) 146.

tik gegenüber den Alliierten,⁷ sondern auch im Widerstand gegen die bereits verabschiedeten Rückstellungsgesetze.⁸ Anfang der fünfziger Jahre nahm auch die Rechtsprechung eine zunehmend restriktive Haltung gegenüber den NS-Opfern ein.⁹

Diese Erkenntnisse führten zu einer Ausnahme von der genannten Regel: In besonderen Fällen kann nämlich trotz bereits entschiedener oder vergleichener Sache eine Leistung zuerkannt werden, wenn die darüber ergangene Entscheidung oder getroffene einvernehmliche Regelung eine „extreme Ungerechtigkeit“ dargestellt hat (§§ 10 Abs 2, 15 Abs 1 Z 2, 28 Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 2, sowie 32 Abs 2 Z 1 EFG). Im Billigkeitsverfahren kann eine Leistung überdies schon dann zugesprochen werden, wenn die Entscheidung oder Regelung bloß unzureichend war (§ 20 Z 1 EFG).

2. Zur „extremen Ungerechtigkeit“

2.1. Versuch einer Begriffsbestimmung

Der – unbestimmte – Begriff der Ungerechtigkeit, ganz zu schweigen von jenem der extremen Ungerechtigkeit, lässt sich in dieser Form in der österreichischen Rechtsordnung nicht noch einmal finden. Das mag zwar damit zusammen hängen, dass es sich um die Übersetzung eines von US-amerikanischen Opferanwälten in die oben erwähnten Verhandlungen eingebrachten Begriffs („extreme injustice“) handelt, ändert aber nichts daran, dass seine Bedeutung im Gesamtzusammenhang der *österreichischen* Rechtsordnung zu sehen ist.¹⁰

Wie jeder andere geht auch der österreichische Gesetzgeber nicht von der Unfehlbarkeit der zur Vollziehung seiner Gesetze berufenen Organe aus, was schon die generelle Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen eine behörd-

liche Erledigung zeigt. Auch der Verfassungsgesetzgeber rechnet durchaus mit der Möglichkeit von Fehlern des einfachen Gesetzgebers, weswegen verfassungsrechtlich eine Überprüfung von Normen durch den Verfassungsgerichtshof vorgesehen ist. Unüblich ist es jedoch hierzulande, dass der Gesetzgeber auf die „Ungerechtigkeit“ von Entscheidungen abstellt.

Beginnen wir bei der Suche nach einer Antwort auf die schwierige Frage, was denn nun mit „Ungerechtigkeit“ bzw. „Gerechtigkeit“ gemeint sei, etymologisch: Nach *Kluges* Etymologischem Wörterbuch der deutschen Sprache ist „gerecht“ gleichbedeutend mit „dem Rechtsgefühl entsprechend“,¹¹ was zwar – mE ganz zu Recht – die Subjektivität des Gerechtigkeitsbegriffs anspricht, im gegebenen Zusammenhang aber nicht entscheidend weiter hilft. Ob dem Gesetzgeber des EFG wirklich – so wie das *Graf* tut¹² – zu unterstellen ist, er sei davon ausgegangen, „das gebündelte Rechtsempfinden“ der drei Mitglieder des Antragskomitees bzw. der Schiedsinstanz reiche hin, „dem Begriff der extremen Ungerechtigkeit Sinn zu verleihen“, möchte ich dahingestellt lassen. Ergiebiger scheint mir jedenfalls der Grosse Duden zu sein, wo „gerecht“ als „Wertmaßstäben entsprechend“ erklärt wird,¹³ weil darin zum Ausdruck kommt, dass Gerechtigkeit mehr bedeutet als die Erfüllung des Buchstabens des Gesetzes. Ganz in diesem Sinne hat schon *Meissel* darauf hingewiesen, dass in den genannten Regelungen des EFG jedenfalls auch Entscheidungen angesprochen sind, die so nicht hätten ergehen dürfen, weil sie wesentlichen Wertvorstellungen des Gesetzgebers widersprechen.¹⁴ Allerdings wird in der Definition des Duden gar nicht notwendigerweise auf Werte der Rechtsordnung abgestellt, sondern durchaus auf *allgemeine Werte*. Geht man davon aus, so ist es nach EFG im Einzelfall Sache des Antragskomitees

bzw. der Schiedsinstanz, solche Werte zu finden – vorgegeben hat sie das Gesetz ja nicht. Gemeint sein können wohl nur die zur Zeit des Inkrafttretens des EFG „geltenden“ Werte; eine frühere Entscheidung oder einvernehmliche Regelung muss also *aus heutiger Sicht* den allgemeinen Wertmaßstäben nicht entsprechen. Wegen der Verwendung des Perfekt („dargestellt hat“) sind aber nur Umstände gemeint, die zum Zeitpunkt der (Rechtskraft der) Entscheidung oder der einvernehmlichen Regelung vorlagen.

Das Gesetz stellt allerdings auf eine „extreme“ Ungerechtigkeit ab, womit der Begriff der Ungerechtigkeit gesteigert und noch unklarer wird. Ist es schon schwer genug, „schlichte“ Ungerechtigkeit“ zu definieren, die offensichtlich – da stimme ich *Graf*¹⁵ durchaus zu – nicht zur Rückstellung führen soll, so kann man sich auch noch weiter fragen, ob „extreme“ Ungerechtigkeit nun den Superlativ oder bloß den Komparativ der Ungerechtigkeit darstellt. So ist „extrem“ nach *Meissel* „nicht als außergewöhnlich hohe Hürde zu sehen“, wenn auch eine „qualifizierte Rechtswidrigkeit“ vorliegen müsse.¹⁶ Die Materialien zum EFG stellen ausdrücklich auf „außergewöhnliche Umstände“ ab.¹⁷

Mag man es also – wie es mein Vortragstitel tut – mit einem Fragezeichen versehen, ob Ungerechtigkeit komparationsfähig ist, so ist die Beschränkung bzw. der Ausschluss der Möglichkeit zur Bekämpfung einer Entscheidung mithilfe von *Gravitätskriterien* hinsichtlich ihrer Mängel der österreichischen Rechtsordnung nicht fremd. So wird im Zivilprozess die Anrufung des Obersten Gerichtshofs grundsätzlich nur dann zugelassen, wenn die Entscheidung von einer Rechtsfrage abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt (§ 502 Abs 1 ZPO). Andere,

7) *Knight*, Ich bin dafür 41.

8) *Knight*, Ich bin dafür 43; *Jablöner*, Historikerkommission 24.

9) Vgl. *Jablöner*, Historikerkommission 24.

10) In diesem Sinne hat der OGH bereits ausgeführt, der Bund habe mit dem EFG „positiviert, was unter den guten Sitten bei der Lösung von Entschädigungs-

fragen zu verstehen ist“. Insofern reiche dessen „rechtliche Signalwirkung“ über den unmittelbaren Regelungsgegenstand hinaus (1 Ob 149/02 x = JBl 2003, 454, wo es um die Auslegung des Begriffs der „billigen Entschädigung“ gem. Art 24 Z 2 StV von Wien ging). Freilich könnte damit der (unscharfe) Begriff der extremen

Ungerechtigkeit noch zu einer unabhäbigen Vervielfachung der Unklarheiten führen.

11) *Kluge* (Hrsg.), Etymologischem Wörterbuch der deutschen Sprache²³ (1999) 316 (*Seebold*).

12) *Graf*, JBl 2001, 751.

13) Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in sechs Bänden, Bd III (1977) 1002.

14) *Meissel*, Unrechtsbewältigung durch Rechtsgeschichte, Juridikum 2003, 44; *Graf*, JBl 2001, 751.

15) *Graf*, JBl 2001, 748.

16) *Meissel*, Juridikum 2003, 43 f.

17) Vgl. AB 476 BlgNR 21. GP 3 und 4.

in diesem Sinne „schlicht“ rechtswidrige Entscheidungen der zweiten Instanz können beim OGH nicht angefochten werden.

Überhaupt kann eine Entscheidung nach Ablauf der entsprechenden Fristen nicht mehr bekämpft werden; die Rechtskraft, heißt es so schön, „heilt alle Wunden“. Freilich gilt das auch im Zivilprozess nicht absolut: Für besonders gravierende Fälle (womit vor allem Verfahrensfehler gemeint sind) sieht die ZPO besondere Rechtsbehelfe, vor allem die Nichtigkeits- und die Wiederaufnahmeklage vor, mit deren Hilfe (auch) noch rechtskräftige Entscheidungen beseitigt werden können. Schon *Meissel*¹⁸ hat hier zu Recht eine Parallele zur „extremen“ Ungerechtigkeit des EFG gezogen, aber – gleichfalls zu Recht – auch schon zumindest angedeutet, dass die qualifizierte *inhaltliche* Unrichtigkeit im Rahmen dieser Ungerechtigkeit eine weitaus größere Rolle spielt als bei den außerordentlichen Rechtsbehelfen nach der ZPO. Es kann in der Tat nicht zweifelhaft sein, dass diese „extreme“ Ungerechtigkeit sowohl materiellrechtliche als auch prozessuale Fehler einschließt.¹⁹

Vielleicht am deutlichsten wird die Vorstellung einer gesteigerten Unrechtmäßigkeit überall dort, wo der *ordre public* als Maßstab verwendet wird: Der nationale *ordre public* ist zunächst in § 6 IPRG angesprochen, nach dem eine Bestimmung des fremden Rechts nicht anzuwenden ist, wenn dies zu einem Ergebnis führen würde, das mit den *Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung* unvereinbar ist. Weiters ist nach § 81 Z 3 EO ausländischen Entscheidungen (die

Anerkennung und) Vollstreckbarerklärung zu versagen, wenn dies solchen Wertungen widersprechen würde, und letztlich ist nach § 595 Abs 1 Z 6 ZPO ein (österreichischer) Schiedsspruch aufgrund einer Aufhebungsklage aufzuheben, wenn er mit diesen Wertungen unvereinbar ist. Zugleich scheint mir hier auch die größte Ähnlichkeit mit der „extremen“ Ungerechtigkeit zu bestehen, weil es dem Gesetz in diesen Fällen *expressis verbis* um Grundwertungen geht, wie sie zweifellos auch vom EFG angesprochen werden. Dazu kommt, dass nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung die Vorbehaltsklausel nur dann durchschlägt, wenn es sich um ganz *unerträgliche* Verletzungen solcher Grundwertungen handelt,²⁰ was wohl inhaltlich einer „extremen“ Ungerechtigkeit zumindest sehr nahe kommt.

Beim internationalen *ordre public* und zum Teil auch im Europäischen Gemeinschaftsrecht²¹ kommt der Gedanke der Steigerung der Fehlerhaftigkeit noch dadurch besonders zu Ausdruck, dass von einem *offensichtlichen* Widerspruch zum *ordre public* die Rede ist: So hat die sog Haager Formel „*manifestement contre l'ordre public*“ nicht nur in eine Reihe von Haager Konventionen Eingang gefunden,²² sondern ist zuletzt auch in das Europäische Zivilprozessrecht übernommen worden. Die Bestrebungen der Kommission, die *ordre public*-Hürde bei der Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Europa in Zukunft zu beseitigen,²³ haben nämlich zu einer (weiteren) Einschränkung der Vorbehaltsklausel in der EuGVVO²⁴ geführt: Nach Art 34 Z 1 der VO

wird die ausländische Entscheidung nur (mehr) dann nicht anerkannt, wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung des Mitgliedsstaats, in dem sie geltend gemacht wird, „*offensichtlich* widersprechen würde“.²⁵

Aus aktuellem Anlass, nämlich der Entscheidung *Köbler gegen Österreich*, sei letztlich noch auf eine andere „Steigerungsvariante“ im europäischen Kontext hingewiesen: Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs führt ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht nur dann zur Staatshaftung, wenn er *hinreichend qualifiziert* ist.²⁶

Gemeinsam haben alle diese Fälle, dass das Gesetz selbst fehlerhaft zustande gekommenen Rechtsakten rechtliche Qualität verleiht bzw auch ein rechtswidriges staatliches Handeln nicht sanktioniert wird. Die Begründungen sind je nach Situation verschieden: Während für die eingeschränkte Erreichbarkeit des OGH dessen Leitfunktion ins Treffen geführt wird, letztlich aber immer die wirkliche oder vermeintliche Überlastung des Höchstgerichts den Ausschlag gibt, wird als Rechtfertigung für den grundsätzlichen Ausschluss der Bekämpfung rechtskräftiger Entscheidungen vor allem das Bedürfnis nach Rechtsfrieden genannt.²⁷

Sofern eben nicht *unerträgliche* Fehler passiert sind, gewährt die Rechtsordnung rechtskräftigen Entscheidungen Bestandsgarantie – was bis zu einem gewissen Grad auch für ausländische Entscheidungen und Schiedssprüche gilt. Bei den ersteren und beim fremden Recht geht es dazu um den Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Rechtsord-

18) *Meissel*, *juridikum* 2003, 43. (BGBl 512/1988).

19) *Meissel*, *juridikum* 2003, 43.

20) Vgl *Verschraegen* in *Rummel*² II/6 (2004) § 6 IPRG Rz 1; *Schwimmann*, *Internationales Privatrecht*³ (2001) 44; *ZfRV* 1987, 53 (*H. Hoyer*) = *IPRE* 2/98, 200; *JB* 1992, 189 = *IPRE* 3/60 = *ZfRV* 1991/11, 232 = *RdW* 1991, 75; *imolex* 2001/8 = *RdW* 2000/440; *ZfRV* 2003/29; *LGZ* Wien EFSlg 63.824, 75.820.

21) Vgl dazu *Reichelt*, *Ordre public und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, FS *Weißmann* (2003) 813.

22) Vgl etwa Art 4 Haager Unterhaltsstatutübereinkommen (BGBl 293/1961) und Art 20 Haager Kindesentführungsübereinkommen

23) Diese Hürde ist mit der Verordnung (EG) 85/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (EuVTVO), *AbIEG* L 143 vom 30.4.2004, erstmals abgeschafft worden. Vgl zu dieser – umstrittenen – Entwicklung *Kohler*, *Systemwechsel im europäischen Anerkennungsrecht: Von der EuGVVO zur Abschaffung des Exequatur*, in *P. Baur/Mansel* (Hrsg.), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht* (2002) 147.

24) Verordnung (EG) 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die

gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, *AbIEG* L 12/1 vom 16.1.2001.

25) Auch die österr Prozessrechtsgeschichte hat ein Beispiel für diese „Manifestement-Methode“ anzubieten: Nach der Stamfassung des § 16 des alten Außerstreitgesetzes aus 1854 konnte Rekurs an den OGH außer bei Nichtigkeit nur bei *offenbarer* Gesetz- oder Aktenwidrigkeit der zweitinstanzlichen Entscheidung erhoben werden. Freilich führte das zu einer höchst kasuistischen höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Begriff der „*offenbaren* Gesetzwidrigkeit“ (vgl

dazu etwa *A. Mayer*, *Zum Begriff der „offenbaren Gesetzwidrigkeit“* gemäß § 16 Abhandlungs-Patent, *JB* 1953, 402 ff).

26) Vgl *Köbler/Österreich*, *Rs* C-224/01, *Slg* 2003, I-10239; *Queen/H.M. Treasury, ex parte: British Telecommunications*, *Rs* C-392/93, *Slg* 1996, I-1631; kritisch dazu *Fischer/Köck/Karollus*, *Europarecht*⁴ (2002) Rz 891.

27) *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*² III (2004) § 411 Rz 13; *NZ* 2002/129; vgl auch *Fasching*, *Lehrbuch*² (1990) Rz 1535.

nungen bzw ihrer gerichtlichen Entscheidungen.²⁸

Nun fragt es sich in unserem Zusammenhang, ob irgendetwas davon auch für die Begründung der Beschränkung der Rückforderungsansprüche nach EFG auf den Fall der „extremen Ungerechtigkeit“ angewendet werden kann. *Prima facie* wäre am ehesten an die Rechtssicherheit zu denken, die aber durch Entschädigungen nach dem EFG weder formell noch materiell berührt wird: Die erörterten Entscheidungen und einvernehmlichen Regelungen bleiben nicht nur formell unberührt, sondern es geht auch materiell nur um *Leistungen des Staates* an die Geschädigten. Andere Rechtsunterworfenen (im Falle der Entschädigung im Forderungsverfahren oder im Billigkeitsverfahren) sind von diesen Leistungen nicht unmittelbar betroffen und der Staat selbst (im Falle der Naturalrestitution) ist nicht schutzwürdig, weil er ja die ungerechte Entscheidung erlassen und bisher von ihr profitiert hat.²⁹ Seinen Grund hatte die Beschränkung wohl in der Rahmenvereinbarung zwischen Österreich und den Vereinigten Staaten, die unter anderem vorsah, dass sämtliche in der Vergangenheit von der Republik Österreich durchgeführten Restitutions- und Entschädigungsmaßnahmen in vollem Umfange Berücksichtigung finden würden.³⁰ Letztlich führt das wieder zu der eingangs erwähnten Frage der Glaubwürdigkeit des österreichischen Entschädigungssystems nach dem 2. Weltkrieg zurück. Abgesehen davon erscheint mir aber die Beschränkung *aus der Sicht des Gleichheitssatzes fragwürdig*, weil ja nun derjenige, der seinen Anspruch frühzeitig geklärt sehen wollte, schlechter gestellt ist als derjenige, der damit zugewartet hat, um jetzt nach dem Entschädigungsfondsgesetz erstmals Ersatz zu verlangen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist das nicht das einzige verfassungsrechtliche Bedenken, das gegen die Regelungen des EFG erhoben werden kann.

2.2. Konkrete Fälle

2.2.1. Entscheidungen

Am leichtesten können *Entscheidungen* zulasten von Rückstellungswerbern als extrem ungerecht qualifiziert werden, in denen *die Rückstellungsgesetze selbst* krass unrichtig angewendet wurden. Es seien hier nur aus den von *Graf*³¹ und *Meissel*³² genannten Fällen zwei illustrative Beispiele erwähnt:

Mehrfach wurde der Begriff der „freien Verfügung“ im § 6 Abs 1 des 3. Rückstellungsgesetzes von der Rückstellungskommission falsch interpretiert.³³ Nach dieser Bestimmung hat ein geschädigter Eigentümer das, was er als Gegenleistung erhalten hatte, insoweit dem Entzieher zurückzustellen, als er es zu seiner freien Verfügung erhalten hat. Bei „Arisierungen“ musste der Kaufpreis allerdings in der Regel auf sog „Judensperrkonten“ eingezahlt werden, wurde also gerade *nicht* der freien Verfügung des geschädigten Eigentümers überlassen. Dennoch wurde in vielen Fällen entschieden, dass Zahlungen, die tatsächlich nie den geschädigten Eigentümer zugekommen waren, als zu deren freien Verfügung gelangt anzusehen seien³⁴ – ganz zweifellos eine extreme Ungerechtigkeit.

Das 3. Rückstellungsgesetz qualifiziert jede Veräußerung durch eine politisch verfolgte Person als „Entziehung“, sofern der Erwerber nicht beweist, dass die Veräußerung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre. Die Oberste Rückstellungskommission³⁵ hatte die Frage zu beurteilen, ob ein Jude, dem es gelang, seine Abstammung zu verbergen, einer politischen Verfolgung ausgesetzt war oder nicht. Sie entschied, dass in diesem Fall keine politische Verfolgung bestand, und „übersah“ damit, dass es ja gerade die politische Verfolgung durch den Nationalsozialismus war, die viele Juden dazu veranlasste, ihre Identität zu verheimlichen. Ich stimme *Graf* völlig zu,

wenn er dieser Entscheidung „extreme“ Ungerechtigkeit bescheinigt.

2.2.2. Vergleiche

Ein besonderes Problem stellen die vielen *Vergleiche* dar. Die oft anzutreffende Meinung, dass im Zuge der Rückstellung generell ungünstige einvernehmliche Regelungen getroffen wurden, ist zwar – wie *Jablonek* berichtet hat³⁶ – übertrieben, dennoch wurden oft für die Betroffenen nachteilige Vergleiche geschlossen, was nicht zuletzt daran lag, dass die Finanzprokurator, auch wenn an dem Anspruch eigentlich kein Zweifel bestehen konnte, die Verhandlungen mit voller Härte führte und als Druckmittel den „langen Atem des Staates“ einsetzte.³⁷

Bei einvernehmlichen Regelungen, also Vergleichen, spielt es grundsätzlich keine Rolle, dass einem Teil in Wahrheit mehr zustünde. Dies ist das Wesen eines Vergleichs, dass unter beiderseitigem Nachgeben eine Festlegung strittiger oder zweifelhafter Rechte erfolgt (§ 1380 ABGB). Aus diesem Grund ist die Bekämpfung eines Vergleichs wegen Verkürzung über die Hälfte auch nicht möglich (§ 1386 ABGB). Da solche Rechtsgeschäfte demnach geradezu typischerweise eine Diskrepanz zwischen dem wahren Wert einer Entschädigungsleistung und der Vergleichssumme beinhalten, kann diese Diskrepanz grundsätzlich keine extreme Ungerechtigkeit hervorrufen.

Allerdings hat die Schiedsinstanz für Naturalrestitution im bisher einzigen positiv entschiedenen Fall³⁸ ausgesprochen, dass eine solche Wertdiskrepanz einen Vergleich extrem ungerecht mache, da sie indiziere, dass „die einvernehmliche Regelung zum Teil auf einer objektiv unververtretbaren Anwendung der gesetzlichen Entscheidungsgrundlagen beruhte“. Die Rückstellungskommission hätte nämlich – so die Schiedsinstanz – auf Grund der üblichen Rückstellungspraxis eine für die Rückstellungswerber wesentlich günstigere Regelung verfügt. Diese

28) Vgl *von Hoffmann*, Richtlinien zu übersehen.

der Europäischen Gemeinschaft 30) Vgl AB 476 BlgNR 21. GP 1. und Internationales Privatrecht, 31) *Graf*, JBl 2001, 753.

ZfRV 1995, 45 ff (46). 32) *Meissel*, Juridikum 2003, 45. 29) Dies scheint *Graf*, JBl 2001, 33) Vgl ORK v. 30.09.1950, Rkv 751 bei seinen Überlegungen zur 404/50, JBl 1951, 138 und ORK Problematik der Rechtssicherheit v. 30.06.1951, Rkv 257/51, JBl

1951, 491.

34) Vgl näher *Graf*, JBl 2001, 753; *Meissel*, Juridikum 2003, 45; s auch *Jablonek*, Historikerkommission 25.

35) ORK Rkv 20/49, wiedergegeben von *Graf*, JBl 2001, 752.

36) *Jablonek*, Historikerkommission 26.

37) *Jablonek*, Historikerkommission 26.

38) Entscheidungsnummer

3/2003.

Sicht verwundert etwas, da es bei einem Vergleich keine „Anwendung von gesetzlichen Entscheidungsgrundlagen“ gibt; es handelt sich ja gerade *nicht* um eine behördliche Entscheidung, die in Vollziehung der Gesetze ergeht. Ein Vergleich fußt auf der Privatautonomie, also auf einem Willensentschluss. Dieser kann fehlgeleitet sein, aber eine falsche Anwendung eines Gesetzes ist dies deswegen noch nicht. ME hätte es sich die Schiedsinstanz leichter machen können, indem sie auf die besonders ausgeprägte Wertdiskrepanz, einen offensichtlichen Irrtum über die Vergleichsgrundlagen oder die Betrachtung aller Umstände in ihrer Gesamtheit abgestellt hätte. Im konkreten Fall hatte das Rückstellungsverfahren noch dazu unangemessen lange gedauert, da sich die sowjetischen Vertreter im Alliiertem Rat (dessen Genehmigung eine Rückstellung der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft benötigte, weil es sich dabei um Deutsches Eigentum handelte) restriktiv verhielten. Aufgrund der „*konsequent* restriktiven Haltung“ der sowjetischen Vertreter auch in anderen Verfahren hielt die Schiedsinstanz dies jedoch nicht für einen besonderen Einzelfall und schloss *deswegen* eine extreme Ungerechtigkeit aus. Was dabei mE übersehen wurde, ist der Umstand, dass die lange Dauer des Verfahrens gerade in diesem Einzelfall dazu beigetragen haben kann, dass sich die Rückstellungswerber mit einer, noch dazu extrem niedrigen Entschädigungszahlung abfinden ließen. Das Ergebnis dieser – wie gesagt bisher einzigen positiven – Entscheidung der Schiedsinstanz wird wohl keine Kritiker finden, ihre tragende Begründung, wonach die extreme Ungerechtigkeit des Vergleichs in der niedrigen Vergleichssumme in Hinblick darauf liegt, dass ein Entscheidungsorgan in Anwendung der Gesetzesbestimmungen zu einer für die Geschädigten wesentlich günstigeren Entscheidung gelangt wäre, vermag aber nicht voll zu befriedigen.

2.2.3. Gesetzliche Regelungen

Nicht abgeklärt ist, ob auch gesetzliche Regelungen selbst „ungerecht“ im Sinne der genannten Bestimmungen sein können.³⁹ Das Gesetz stellt auf eine Entscheidung oder einvernehmliche Regelung ab, die eine Ungerechtigkeit dargestellt hat. Wenn nun eine gesetzliche Regelung an sich schon ungerecht ist, so bleibt dieser Zustand durch die – wenn auch korrekte – Umsetzung derselben gleich. In beiden Fällen kommt es zum selben Ergebnis, nämlich einer ungerechten Entscheidung. Hätte der Gesetzgeber nur materiellrechtliche oder prozessuale Fehler erfassen wollen, hätte er nicht den absolut ungebräuchlichen Begriff „Ungerechtigkeit“ verwenden müssen, sondern etwa von „Gesetzwidrigkeit“, „Rechtswidrigkeit“ oder „Unrechtmäßigkeit“ sprechen können. Wenn Gerechtigkeit – wie schon in meinem Versuch einer Begriffsbestimmung angedeutet – mehr ist als Rechtmäßigkeit, dann ist aber auch Ungerechtigkeit mehr als Unrechtmäßigkeit. So wird ein *negativer Zustand* bezeichnet, egal ob dieser im Endeffekt Folge einer ungerechten Gesetzeslage oder einer rechtswidrigen Entscheidungsfindung war. Auch die Wortfolge „dargestellt hat“ stellt nicht darauf ab, dass eine korrekte Umsetzung des Gesetzes damals rechtmäßig und damit gleichzeitig gerecht war, sondern nur, dass die Ungerechtigkeit im Zeitpunkt der damaligen Entscheidung und nicht etwa im Zeitpunkt der Stellung eines Antrags nach dem Entschädigungsfondsgesetz vorliegen muss.

Dagegen könnte der Einwand erhoben werden, dass nach dem EFG – wie oben dargelegt – nur „in besonderen Einzelfällen“ eine Ausnahme gemacht werden soll, was wohl eine generelle Ungerechtigkeit von Gesetzen ausschließt.⁴⁰ Doch könnte der Gesetzgeber damit vor allem außerhalb des Verfahrens liegende Umstände (etwa das restliche Vermögen des Antragstellers im Zeitpunkt der in Frage stehenden

Entscheidung oder einvernehmlichen Regelung) gemeint haben, die in die Gesamtbetrachtung des als ungerecht erscheinenden Zustandes mit einfließen sollen. Gerade im Fall einer einvernehmlichen Regelung kann mE nur die *Betrachtung dieser Gesamtsituation* unter Einbeziehung auch außerhalb des Vergleichs liegender Umstände eine Ungerechtigkeit ergeben. Wäre die „Umsetzung des Gesetzes“ hier fehlerhaft verlaufen, würde dies die Gültigkeit des Vergleiches selbst beeinflussen (zB wäre der Vergleich ohnedies wegen Sittenwidrigkeit oder Ausübung von Zwang nichtig). Dann wären aber keine Fälle mehr denkbar, in denen die einvernehmliche Regelung eine extreme Ungerechtigkeit dargestellt haben könnte. Im Übrigen muss dieses „Gesamtbetrachtungsprinzip“ auch für Entscheidungen gelten, da das Gesetz Entscheidungen und einvernehmliche Regelungen gleich behandelt.⁴¹

Beispiele solcher möglicherweise ungerechten Gesetze lassen sich freilich nur schwer finden, da es ja auf den Einzelfall ankommt. Dennoch gibt es definitiv ungerechte generelle Regelungen; ein sogar besonders gravierendes Beispiel verdanken wir wiederum *Graf*: Nach § 12 Abs 1 des 3. Rückstellungsgesetzes ist der geschädigte Eigentümer an Mietverträge gebunden, die der Entzieher mit Dritten geschlossen hatte. Dabei wird in keiner Weise auf die Redlichkeit des Dritten abgestellt. Selbst das Zusammenwirken von Entzieher und Mieter, um den geschädigten Eigentümer (weiter) zu schädigen, ändert nichts an der Gültigkeit des Mietvertrags. Dazu kommt, dass die Anordnung des Gesetzes, wonach Mietverträge über bestimmte Zeit mit der Rückstellung zu solchen auf unbestimmte Zeit werden, die Kündigungsmöglichkeiten des geschädigten Eigentümers aufgrund des (damaligen) Mieterschutzes keineswegs verbesserten. *Graf* spricht – wie immer pointiert – von einer „kapitalen Rosstäuscherei“.⁴² Jedenfalls ist es aber eine extre-

39) Bejahend *Graf*, JBI 2001, 751; verneinend *Meissel*, Juridikum 2003, 44.

40) Insofern richtig *Meissel*, Juridikum 2003, 44.

41) Dass (nur) in § 32 Abs 2 Z 1

EFG allein die einvernehmliche Regelung genannt ist, stellt offenbar ein Redaktionsversehen dar: *Meissel*, Juridikum 2003, 43 FN 11.

42) *Graf*, JBI 2001, 754.

me Ungerechtigkeit, dem – vielleicht sogar im Wissen um den Entzug und die zukünftige Rückstellungspflicht des Eigentümers handelnden – Mieter eine günstigere Position zu verschaffen, als es sein Schutz erfordert.

Zusammenfassend bin ich der Auffassung, dass eine Entscheidung nicht nur dann eine Ungerechtigkeit darstellen kann, wenn sie vom Gesetz abweicht, sondern auch dann, wenn sie zwar das Gesetz korrekt beachtet, aber *insgesamt einen ungerechten Zustand* hergestellt hat. Nur dann ist nämlich eine Annäherung an das Ziel des EFG möglich, alle offenen Fragen der Entschädigung von Opfern des Nationalsozialismus umfassend zu lösen (§ 1 EFG). Insofern kann man eine Parallele zur Behandlung der Gleichheitswidrigkeit von Entscheidungen von Verwaltungsbehörden durch den VfGH ziehen: Ein Bescheid ist nicht nur dann gleichheitswidrig, wenn er dem Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt, sondern auch dann, wenn er sich auf ein gleichheitswidriges Gesetz stützt.⁴³

3. Andere Kritikpunkte

Lassen Sie mich mit ein paar Bemerkungen schließen, die die legistische Qualität des an sich so erfreulichen Entschädigungsfondsgesetzes betreffen. Ich habe schon angedeutet, dass die Voraussetzung der „extremen“ Ungerechtigkeit nicht den einzigen diskussionswürdigen Punkt dieses Gesetzes darstellt. So kann allen verfassungsrechtlichen Fragezeichen entgegengehalten werden, dass – was das Gesetz gleich zweimal sagt (§ 7 zweiter Satz und § 42 zweiter Satz EFG) auf Leistungen nach dem EFG *kein Rechtsanspruch* besteht. Und selbst wenn die Schiedsinstanz eine Empfehlung auf Naturalrestitution abgegeben hat, trifft den zuständigen Bundesminister – da es sich ja nur um eine Empfehlung handelt – „keine rechtliche Verpflichtung, der Empfehlung nachzukommen“.⁴⁴ Der Verfassungsausschuss betont im-

merhin, dass den Minister „aber wohl eine politisch-moralische Verpflichtung“ dazu treffe.⁴⁵ Nun muss man sich aber schon vor Augen halten, dass dieses Gesetz (auch) mit dieser Methode ein Unikat darstellt: Zuerst werden Voraussetzungen für die Zuerkennung von Leistungen formuliert, um diese Zuerkennung dann *expressis verbis* für nicht durchsetzbar zu erklären. Es scheint, als habe dem Gesetzgeber der Mut gefehlt, den eingeschlagenen Weg auch zu Ende zu gehen. Er riskiert damit, dass „extreme Ungerechtigkeit“ im Fall der Fälle bestehen bleibt und das Ziel der „umfassenden Lösung offener Fragen der Entschädigung von Opfern des Nationalsozialismus“ (neuerlich) verfehlt wird.

Ein weiterer Punkt: Als allgemeine Voraussetzung für Leistungen wird zwar bestimmt, dass es sich um einen Verlust oder Schaden handeln muss, der als Folge von oder im Zusammenhang mit Ereignissen während der Zeit des Nationalsozialismus entstanden ist. Für Naturalrestitutionen sind jedoch darüber hinaus nur solche Personen und Vereinigungen antragsberechtigt, die aus politischen Gründen, aus Gründen der Abstammung, Religion, Nationalität, sexuellen Orientierung, auf Grund einer körperlichen oder geistigen Behinderung oder auf Grund des Vorwurfs der so genannten Asozialität verfolgt wurden oder das Land verlassen haben, um einer solchen Verfolgung zu entgehen. Menschen, die wegen militärischer Interessen enteignet wurden, sah die Schiedsinstanz deswegen in ihrer ersten Entscheidung⁴⁶ nicht als antragsberechtigt an. Wiederum ist dieser Entscheidung zwar im Ergebnis zuzustimmen (war doch über diese Forderung bereits rechtskräftig und offensichtlich nicht extrem ungerecht entschieden worden), doch wird mit dieser gesetzlichen Einschränkung – sofern es sich tatsächlich um eine solche handelt und man nicht doch eine Analogie statt eines Umkehrschlusses für methodisch vertretbar hält, welcher Frage hier aber

nicht näher nachgegangen werden kann – von der bisherigen Rückstellungspraxis abgegangen und eine Lösung offener Fragen verhindert.⁴⁷ Vor allem aber stellt sich auch hier die *Frage der Gleichheitswidrigkeit*: Wären die Liegenschaften zum Stichtag nämlich nicht (mehr) „öffentliches Vermögen“ gewesen, so wären die Geschädigten im Forderungsverfahren durchaus antragsberechtigt.

Und zu guter Letzt noch ein, wie mir scheint, sehr gravierender Punkt, der gleichfalls die Naturalrestitution betrifft: Es geht um die schon mehrfach diskutierte Rechtssicherheit hinsichtlich der „in den Vereinigten Staaten am 30. Juni 2001 anhängigen Klagen gegen Österreich oder österreichische Unternehmen, die sich aus oder im Zusammenhang mit der Zeit des Nationalsozialismus oder dem zweiten Weltkrieg ergeben“. Von ihnen ist zunächst in § 2 EFG die Rede, also im ersten Teil des Gesetzes, der sich mit dem Allgemeinen Entschädigungsfonds beschäftigt. Über die Berechtigung des österreichischen Anliegens, vor Prozessen in den USA gefeit zu sein, *bevor* Zahlungen aus diesem Fonds geleistet werden, braucht wohl nicht diskutiert zu werden. Es stellt sich aber sehr wohl die Frage, ob zwischen diesen Klagen und der Naturalrestitution irgendein Zusammenhang herzustellen ist. Der 2. Teil des Gesetzes über die Naturalrestitution tut es – konsequenterweise, möchte ich hinzufügen – jedenfalls nicht. Im 3. Teil („In-Kraft-Treten und Schlussbestimmungen“) erklärt dann aber § 44 Abs 1 EFG, dass Leistungen (gemeint ist also: *alle* Leistungen) nach diesem Bundesgesetz erst erfolgen können, „nachdem die Klagen nach § 2 Abs 1 abgewiesen worden sind.“ Nun ist aber in der Tat keinerlei Zusammenhang zwischen der Naturalrestitution und den anhängigen oder überhaupt Klagen in den USA erkennbar, zumal wohl nicht einmal die theoretische Möglichkeit besteht, dass in den Vereinigten Staaten eine

43) Vgl VfSlg 10.303, 10.515, 10.767, 10.881, 10.994 ua; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ (2003) Rz 793; *Mayer*, Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ÖJZ 1980, 337 ff (343); OLG Wien ZAS 1987/14.

44) AB 476 BlgNR 21. GP 4; *Wilhelm*, Zur Naturalrestitution nach dem Entschädigungsfondsgesetz, *ecolex* 2004, 847 ff (847) sieht dieses Selbstbindungsgesetz deswegen als Teil der Privatwirtschaftsverwaltung.

45) Dennoch steht das Gesetz unter der Anforderung des Gleichheitssatzes, vgl *Wilhelm*, *ecolex* 2004, 850, der darauf hinweist, dass der Gleichheitssatz sogar einen klagbaren Anspruch schaffen könnte (mit Hinweis auf OGH 1 Ob 272/02 k; 10 Ob 23/03 k).

46) Entscheidungsnummer 1/2003.

47) Vgl dazu auch *Graf*, Schiedsinstanz erschwert Restitution: NS-Verfolgung vor der Enteignung nötig?, „Die Presse“ – Rechtspalorama vom 20. 10. 2003.

Klage auf Rückstellung einer in Österreich gelegenen Liegenschaft erhoben wird. Eine internationale Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte für Streitigkeiten, die Liegenschaften außerhalb des amerikanischen Staatsgebiets betreffen, ist ausgeschlossen.⁴⁸ Es ist aber auch keine andere Rechtfertigung dafür erkennbar, bei Vorliegen der Voraussetzungen mit der Leistung

zuzuwarten. Gerade bei den Verfahren zur Naturalrestitution wird das Fondsvermögen nicht belastet, sondern das Bundesvermögen (vgl § 37 EFG). Das Zuwarten mit der Erfüllung einer Leistung, die deshalb zugesprochen (hier: empfohlen) wurde, weil die Schiedsinstanz festgestellt hat, dass ihre bisher erfolgte Verweigerung extrem ungerecht war, bedeutet – fast möchte ich

sagen: naturgemäß – selbst wieder eine extreme Ungerechtigkeit!

*o. Univ.-Prof. Dr. h.c. Dr.
Walter H. Rechberger, Dekan
der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Wien;
walter.rechberger@
univie.ac.at.*

Krois

Die Restitution von Kunst- und Kulturgütern am Fall der Familie Rothschild

154 Seiten, geb., 3-7046-1655-9, € 25,29

- **Kunstraub und Sammelwut im Dritten Reich**
 - Der „Sonderauftrag Linz“ und seine Auswirkungen auf die österreichische Museumslandschaft
 - Der „Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg“
- **Verlagerungen und Bergungen von Kunstgegenständen**
 - Das Salzbergwerk Altaussee
 - „Rettung aus den Stollen“
- **Restititionen nach Kriegsende 1945**
 - Rückstellungen bis 1966. Rückstellungsgesetz
 - Ungeklärter Besitz. Auffangorganisationsgesetz/ Kunst- und Kulturgutbereinigungsgesetz
 - Die „Auktion Mauerbach“. Zweites Kunst- und Kulturgutbereinigungsgesetz
- **Die Familie Rothschild**
- **Verhandlungen um die Ausfuhr der Rothschildischen Kunstsammlungen nach dem Zweiten Weltkrieg**
 - Ausfuhrverbotsgesetz
 - Denkmalschutzgesetz
 - Restititionen und Nicht-Restititionen
- **Vom „Auslöser zur Auktion“**
 - Die Sammlung Leopold
 - Kommission für Provenienzforschung
 - BG über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen
 - Der Beirat
 - Die Erben
 - Die Auktion
 - Unberührte Problemfelder

KROIS

DIE RESTITUTION VON
KUNST- UND KULTURGÜTERN
AM FALL DER
FAMILIE ROTHSCHILD

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

VERLAG
ÖSTERREICH

48) Vgl dazu etwa *Hay*, US-amerikanisches Recht (2000) Rz 114; *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht³ (2003) 25.

Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! – Follow up

Christian Grafl, Wolfgang Gratz, Frank Höpfel, Christine Hovorka, Arno Pilgram, Hans Valentin Schroll, Richard Soyer

1. Einschätzung der Entwicklung seit der Veröffentlichung unserer Vorschläge (Mai 2004)¹

- Die Häftlingszahlen haben sich im heurigen Jahr auf hohem Niveau bei einer Belegung von rund 9.000 stabilisiert. Die weitere Entwicklung kann nicht genau vorhergesagt werden. Vorsichtig optimistisch stimmt die Entwicklung der polizeilichen Anzeigen. Diese sind im Zeitraum Jänner bis Ende Mai 2005 bundesweit um rund 4 % zurückgegangen, in Wien, das ja bei den Häftlingszahlen besondere Sorgen bereitet, sogar um 6 %. Der Häftlingsstand der Justizanstalt Wien-Josefstadt hat sich von rund 1.300 auf rund 1.200 reduziert – immer noch eine deutliche Überbelegung.
- Die Gesamtsituation lässt sich mit „Normalisierung der Überbelegung“ umschreiben. Dem Strafvollzug ist es nach vorübergehenden Problemen gelungen, manifeste Verschlechterungen im Vollzugsklima weitgehend abzufangen. Bei der Betreuung der Insassen durch Justizwachebedienstete wie durch die Betreuungsdienste ist allerdings eine merkliche Verdünnung eingetreten. Der Anteil der Unbeschäftigten hat sich erhöht, da es nicht möglich war, dem um fast 30 % gestiegenen Häftlingsstand eine entsprechende Ausweitung der Zahl der Arbeitsplätze gegenüberzustellen.
- Zusätzlich wird es schwieriger, die Entlassungen wirksam vorzubereiten.

Der Strafvollzug hat deutliche Züge eines Verwahrvollzugs bekommen, das Strafvollzugsgesetz kann nicht durchgängig eingehalten werden.

- Der Vollzugsstandard des Jahres 2001 war sowohl in Bezug auf die allgemeinen Haftbedingungen, wie auch gemessen an besonderen Behandlungs- und Resozialisierungsangeboten im internationalen Vergleich herzeigbar, aber nicht besonders aufwendig. Es wird im günstigsten Fall Jahre benötigen, ihn wieder annähernd zu erreichen.
- Der Anstieg des Standes an Insassen von rund 7.000 auf rund 9.000 innerhalb von 3 Jahren bedeutet nicht nur Überfüllung der Anstalten, sondern auch eine Erhöhung der Personal-Insassen-Relation von rund 1 zu 2 auf rund 1 zu 2,6. Solch eine Entwicklung bedeutet Dominanz von Verwahrvollzug. Daran ändern auch Neubauten nichts, da es völlig unrealistisch ist, dass die personelle Ausstattung völlig oder überwiegend durch neue Planstellen erfolgen wird. Der Großteil des Personals für einen Neubau muss vielmehr durch Umschichtungen derzeit vorhandener Planstellen erfolgen. Die somit von Personalkürzungen betroffenen Anstalten werden dann nicht mehr unter Überbelag, wohl aber unter noch stärkerem Personalmangel leiden. Die Qualität des Strafvollzuges in Österreich ist daher solange als unbefriedigend und mangelhaft einzuschätzen, als keine Reduzierung der Haftzahlen erfolgen wird. Eine Absenkung des

Überbelages ist nicht nur geboten, um einen zeitgemäßen und auf die Sicherheitsbedürfnisse der Gesellschaft Bedacht nehmenden Strafvollzug zu garantieren. Er bietet zudem einen willkommenen Anlass, auch ohne Überbelegung angezeigte Reformen in Angriff zu nehmen. Wir halten daher unsere Vorschläge vom Mai 2004 aufrecht.

- Unsere Vorschläge haben vor allem in den Bereichen *alternative Formen des Freiheitsentzuges* sowie *bedingte Entlassung aus der Freiheitsstrafe* zu einer regen Diskussion in der Fachöffentlichkeit und mehreren Veranstaltungen geführt. Besonders ist hier die Enquete „Moderner Strafvollzug – Sicherheit und Resozialisierung“ des BMJ im November 2004 hervorzuheben. Die überwiegende Mehrzahl der ReferentInnen und TeilnehmerInnen sprach sich für eine Neuregelung der bedingten Entlassung und für alternative Formen des Freiheitsentzuges im Sinne unserer Vorschläge aus.
- Im Bereich der Politik ist über alle Parteigrenzen hinweg eine Aufgeschlossenheit gegenüber gemeinnützigen Leistungen als Alternative zu kurzfristigen Freiheitsstrafen, insbesondere Ersatzfreiheitsstrafen, und gegenüber Electronic Monitoring erkennbar.
- Wir sind weiterhin der Auffassung, dass Electronic Monitoring lediglich als eine Möglichkeit des Vollzuges von Freiheitsstrafen eingesetzt werden sollte, nämlich bei kurzen Freiheitsstrafen sowie als eine Form der Entlassungsvorbereitung bei längeren Freiheitsstrafen. Als flankierende Maßnahmen für bedingte Entlassungen sind die bisherigen Möglichkeiten – Bestellung eines Bewährungshelfers und die Erteilung von Weisungen – unseres Erachtens vollauf ausreichend. Elektronisch überwachter Hausarrest *nach* bedingter Entlassung birgt die Gefahr in sich, dass zu restriktiver Spruchpraxis neigende Entlassungsgerichte nicht mehr Strafgefangene bedingt entlassen, sondern dem kleinen bereits bisher bedingt entlassenen Kreis von Strafgefangenen eine zusätzliche Überwachung auferlegen. Wie auch von Richterseite (Klaus Schröder in RZ 2004, 97) festgestellt

1) Die Kriminalpolitische Initiative derungen des hier abgedruckten ist im Mai 2004 mit einem ersten Follow up wurden am 17.6.2005 Thesenpapier an die Öffentlichkeit der Öffentlichkeit präsentiert. getreten; JRP 2004, 61. Die For-

wurde, besteht die Gefahr des netwidening, also der zusätzlichen strafrechtlichen Kontrolle.

- Das Bundesministerium für Justiz hat eine Arbeitsgruppe zur Realisierung gemeinnütziger Leistungen als Alternative zur Ersatzfreiheitsstrafe und in weiterer Folge möglicherweise auch zu kurzfristigen Freiheitsstrafen eingerichtet und betreibt Modellprojekte im Bereich Electronic Monitoring, die vor allem die technische Funktionstüchtigkeit ergeben haben.

- Eine im Herbst 2004 der Öffentlichkeit vorgestellte wissenschaftliche Untersuchung von A. Birklbauer und H. Hirtenlehner konstatierte ebenso wie die von uns veröffentlichten Zahlen (beruhend auf einer Studie von A. Pilgram) eine sehr ungleiche regionale Verteilung der bedingten Entlassung und schlug eine vermehrte Anwendung der bedingten Entlassung vor. Diese Expertisen führten aber bisher kaum zu geänderten Sichtweisen und Entlassungspraktiken der restriktiven Vollzugsgerichte.

- Die Studie von Birklbauer und Hirtenlehner ergab, dass innerhalb von zehn Jahren 60 % der bedingt entlassenen Sexualstraftäter und 57 % der bedingt entlassenen Raubstraftäter nicht neuerlich verurteilt wurden, während die Legalbewährung bei den urteilsmäßig entlassenen Sexualstraftätern nur bei 48 % und bei den urteilsmäßig entlassenen Raubstraftätern bei 35 % lag. Auch unter Berücksichtigung der zweifellos gegebenen Vorselektion sprechen die Zahlen jedenfalls nicht gegen eine sinnvolle Ausweitung der bedingten Entlassung. Der beachtliche Anteil unbedingt Entlassener ohne Rückfall zeigt das Potenzial für mehr bedingte Entlassungen.

- Die Studie ergab weiters, dass die Stellungnahmen der Justizanstalten im Entlassungsverfahren trotz einer um vieles liberaleren Einstellung treffsicherer waren als jene der Staatsanwaltschaften. Die Empfehlung der Autoren, die Justizanstalten verstärkt in die Entlassungsentscheidung einzubinden, bestärkt uns in unserem Vorschlag, die bedingte Entlassung in 1. und 2. Instanz im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit Senaten zuzuordnen, die aus einem Berufsrichter und zwei fachmännischen Laien aus den Berei-

chen Strafvollzug und Straffälligenhilfe zusammengesetzt sind.

- Die Enquete des BMJ zeigte, dass Österreich das einzige europäische Land ist, in dem generalpräventive Überlegungen in Entlassungsverfahren noch eine Rolle spielen. Wir sprechen uns daher weiterhin für einen Entfall generalpräventiver Voraussetzungen für bedingte Entlassungen aus.

- ÖVP, SPÖ, Grüne und vom BZÖ Bundesministerin Karin Miklantsch treten – in unterschiedlichem Umfang – für eine Neugestaltung der bedingten Entlassung ein. Bundesministerin Miklantsch hat eine diesbezügliche Regierungsvorlage angekündigt.

- Electronic Monitoring wie auch gemeinnützige Leistungen erfordern eine intensive sozialarbeiterische Betreuung, um erfolgreich zu sein. Alternative Formen der Freiheitsstrafe und durch Bewährungshilfe bzw. Weisungen unterstützte bedingte Entlassungen sind deutlich billiger als Haftplätze. Der Ausbau von Alternativen zur Haft in geschlossenen Anstalten bringt jedoch entsprechende Anlaufkosten mit sich und führt zu größeren Kostenverringerungen im Strafvollzug erst nach einer Anlaufphase. In der gegebenen budgetären Situation ist es nicht zu erwarten, dass einerseits eine größere Anzahl zusätzlicher Haftplätze und andererseits kriminalpolitische Innovationen gleichzeitig finanziert werden können.

- Der geplante Bau einer zusätzlichen Justizanstalt in Wien mit über 500 Haftplätzen ist durchaus hinterfragenswert. Er wäre nach sehr optimistischen Prognosen Ende 2008, realistischerweise erst 2009 abgeschlossen. Die von uns vorgeschlagenen Maßnahmen im Bereich bedingter Entlassung und alternativer Vollzugsformen könnten bereits heuer zu greifen beginnen und somit eine raschere Entlastung des Strafvollzuges bedeuten.

- Vor allem aber bedeuten sie – und hierin sehen wir uns durch internationale Erfahrungen und österreichische Forschungsergebnisse bestätigt –
 - die Vermeidung von Kosten, die keinen zusätzlichen Sicherheitsgewinn und somit keinen Nutzen stiften,
 - den Anschluss der österreichischen Strafrechtspflege an innovative internationale Entwicklungen,
 - keineswegs eine Verschlechterung der Sicherheitslage der Bevölkerung,

- eine deutliche Verbesserung der Chancen von Straffälligen auf soziale Rehabilitation

- und somit insgesamt mehr Sicherheit durch weniger Haft.

- Wir bedauern, dass die – durchaus konstruktiven – Diskussionen über alternative Formen des Freiheitsentzuges und bedingte Entlassung bisher nicht zu legislativen Maßnahmen geführt haben. Wir halten eine rasche Umsetzung unserer Vorschläge vom Mai 2004 für erforderlich.

2. Maßnahmen zur Absenkung der Zahl ausländischer Häftlinge

Der Anteil von Insassen der Strafvollzugsanstalten mit ausländischer Staatsbürgerschaft steigt in den letzten Jahren beständig. Für diejenigen unter ihnen, die keinen Wohnsitz oder sonstigen sozialen Bezugspunkt (Arbeit, Verwandte etc) in Österreich haben, ist eine Resozialisierung im Inland mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Mangels ausreichender Kontrollmöglichkeiten in Österreich wirkt sich dies zumeist auch auf eine bedingte Entlassung hemmend aus.

Für diese Personengruppe sollten daher andere Lösungsmöglichkeiten erwogen werden, um die Haft im Inland zu verkürzen.

2.1. Inhaftierte EU-Bürger ohne soziale Anknüpfungspunkte in Österreich

Bei Strafgefangenen, welche die Staatsbürgerschaft eines anderen EU-Staates besitzen und keine sozialen Bezugspunkte zu Österreich aufweisen, wäre die Übernahme der Strafvollstreckung durch den Heimatstaat des Inhaftierten anzustreben (§ 54 EU-JZG iVm § 76 ARHG). Die komplizierten Mechanismen dafür sollten zumindest auf der Ebene der Mitgliedstaaten der EU vereinfacht werden. Die dazu bestehenden Bestrebungen in der EU wären spätestens während der kommenden Ratspräsidentschaft Österreichs zu forcieren.

2.2. Inhaftierte Ausländer ohne legalen Aufenthalt in Österreich

2.2.1. Ausgangssituation

Auch nicht kriminelle Ausländer, die sich ohne legalen Aufenthaltstitel im Inland befinden, leben in illegalem

Milieu ohne Chance auf eine minimale soziale Integration. Insbesondere dürfen sie legal nicht arbeiten und können keinen ordentlichen Wohnsitz begründen.

In der Praxis zeigt sich, dass es zu Kriminalität von illegal im Inland aufhältigen Ausländern kommt, weil diese mittellos sind, in Österreich ohne legale Unterstützung auskommen müssen und vielfach keine andere Möglichkeit sehen, ihren notdürftigen Lebensunterhalt zu bestreiten (siehe hierzu im näheren unten Punkt 3).

Dazu kommt, dass die gerichtliche Praxis bei bedingten Entlassungen von Ausländern selbst bei Ansätzen einer Integration in Österreich (etwa Betreuung durch karitative Organisationen) höchst restriktiv agiert. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass eine soziale Integration von illegal in Österreich befindlichen Fremden so gut wie aussichtslos ist. Abgesehen von den Sprachbarrieren können flankierende Maßnahmen für eine bedingte Entlassung dieser Personen, etwa die Sicherung eines Arbeitsplatzes und einer Wohnung, schon auf Grund gesetzlicher Verbote nicht realisiert werden. Dementsprechend ist auch eine Betreuung nach der Entlassung durch einen Bewährungshelfer schon mangels Durchführbarkeit einer regelmäßigen Kontaktaufnahme sehr schwer möglich.

Der Überfüllung der Gefängnisse sollte daher auch mit Maßnahmen begegnet werden, welche spezifisch auf die Zielgruppe der illegal in Österreich aufhältigen Fremden abstellen. Die Kriminalpolitische Initiative knüpft dabei an Vorschläge an, die EStA Walter Geyer anlässlich seines Vortrags bei der Enquete des Bundesministeriums für Justiz zur bedingten Entlassung erstattete.²

2.2.2. Vorschlag zur Novellierung des Strafvollzugsgesetzes

Die kriminalpolitische Initiative schlägt vor, einen § 4a StVG einzuführen, der die Anliegen des Fremdenrechts mit denen eines geordneten Strafvollzugs verbindet und zur Entlastung der Haftbelagsituation beitragen kann.

a) Dem StVG wird nachstehender § 4a eingefügt:

„Vorläufiges Absehen vom Strafvollzug wegen Abschiebung

§ 4a. (1) Soll der Verurteilte auf Grund eines rechtskräftigen Aufenthaltsverbotes, welches über ihn wegen einer Straftat, derentwegen er eine Freiheitsstrafe verbüßt, in seinen Heimatstaat abgeschoben werden, so kann vom weiteren Vollzug der über ihn verhängten Freiheitsstrafe vorläufig abgesehen werden, sobald der Verurteilte die Hälfte der über ihn verhängten Freiheitsstrafe, im Fall einer lebenslangen Freiheitsstrafe fünfzehn Jahre verbüßt hat, er der Vollstreckung der Abschiebung in seinen Heimatstaat unwiderruflich zustimmt und einer Abschiebung keine anderen Hindernisse entgegenstehen. § 46 StGB bleibt davon unberührt.

(2) Kehrt der abgeschobene Verurteilte in das Bundesgebiet zurück, so ist der Rest der über ihn verhängten Strafe zu vollziehen.

(3) Wird vom Vollzug einer Reststrafe bis zu drei Jahren vorläufig abgesehen und kehrt der Verurteilte drei Jahre lang nicht in das Bundesgebiet zurück, so gilt die Reststrafe als bedingt nachgesehen (§ 46 Abs 1 StGB). Die Probezeit beträgt drei Jahre. Gleiches gilt, wenn vom Vollzug einer Reststrafe von mehr als drei Jahren vorläufig abgesehen wird und der Verurteilte fünf Jahre lang nicht in das Bundesgebiet zurückgekehrt ist; im Fall eines vorläufigen Absehens vom Restvollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe tritt eine bedingte Nachsicht erst ein, wenn der Verurteilte zehn Jahre lang nicht in das Bundesgebiet zurückgekehrt ist. Die Probezeit beträgt jeweils drei Jahre.“

b) In-Kraft-Treten und Außer-Kraft-Treten

Die Bestimmung des § 4a StVG tritt mit 1. 9. 2005 in Kraft und mit 1. 9. 2010 außer Kraft.

Der im Fall der „unerlaubten Rückkehr“ (Abs 2 des Vorschlags) drohende ungesäumte Vollzug der Reststrafe wäre im Hinblick auf den vorläufigen Charakter der Maßnahme nach Abs 1 („vorläufiges Absehen vom Vollzug“) zeitlich angemessen zu begrenzen. Ein

solcher Restvollzug sollte daher – in Anlehnung an die Rahmenbedingungen des § 48 Abs 1 StGB – nur innerhalb von drei Jahren (bei einer mehr als dreijährigen Reststrafe innerhalb von fünf Jahren, bei einer ursprünglich verhängten lebenslangen Freiheitsstrafe innerhalb von zehn Jahren) zulässig sein. Nach Ablauf dieser Frist ohne Rückkehr nach Österreich sollte die Reststrafe – ähnlich dem § 40 SMG – automatisch als für eine Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen gelten.

2.2.3. Vorteile eines solchen § 4a StVG

Den ausländischen Häftlingen ohne Aufenthaltsgenehmigung in Österreich droht nach der Entlassung regelmäßig eine Abschiebung auf Grund eines Aufenthaltsverbotes. Die Vollziehung dieser fremdenpolizeilichen Maßnahme scheitert aber sehr oft daran, dass die Personaldaten des Häftlings nicht gesichert sind und sich daher der vom Verurteilten angegebene Heimatstaat weigert, den aus der Haft Entlassenen zurückkehren zu lassen, weil dessen Staatsbürgerschaft nicht feststeht. Tatsache ist, dass derzeit bei einem erheblichen Teil der illegal in Österreich aufhältigen Ausländer im Strafvollzug eine nach Strafende verfügte Abschiebung nicht vollstreckt werden kann, weil die Identität unklar ist oder eine falsche Identität vorliegt.

Zum anderen ist in solchen Fällen eine soziale Festigung des Fremden in seinem Heimatstaat eher zu erreichen als unter den einer Reintegration kontraproduktiv entgegenstehenden Bedingungen im Inland.

Ziel sollte daher sein, den ausländischen Verurteilten zu einem kooperativen Verhalten bei dessen Rückführung in sein Heimatland zu bewegen.

Unter der Voraussetzung einer (nicht mehr widerrufbaren) Zustimmung zur Abschiebung und einer Mithilfe bei der Sicherung des Vollzugs, insbesondere durch Bekanntgabe der richtigen Personaldaten, die für die Zustimmung des Heimatstaates bei der Abschiebung notwendig sind, sollte daher dem Häftling eine Möglichkeit geboten werden, bereits nach Verbüßung der Hälfte der

2) Vgl den Abdruck des Vortrags von Walter Geyer in diesem Heft.

verhängten Freiheitsstrafe entlassen zu werden.

Ab diesem (auch für eine bedingte Entlassung nach § 46 Abs 1 StGB frühestmöglichen) Zeitpunkt ist in aller Regel den Präventionsbedürfnissen bereits ausreichend Rechnung getragen: Die Bereitschaft des Verurteilten, sich aus dem Kriminalität verursachenden Umfeld des unerlaubten Aufenthalts im Inland heraus zu begeben und auf eine Fortsetzung der Illegalität zu verzichten, ist vielmehr als Indiz für eine Reintegrationswilligkeit zu interpretieren und rechtfertigt es, auf den weiteren Vollzug der Strafe zu verzichten.

Als Konsequenz der bloß bedingt unter der Auflage der Einhaltung des Aufenthaltsverbots erfolgten Entlassung müsste eine auf das Inland beschränkte Ausschreibung des Verurteilten zur Verhaftung ergehen, um sicherzustellen, dass der Verurteilte im Fall der Rückkehr nach Österreich unter Verstoß gegen das Aufenthaltsverbot neuerlich in den Strafvollzug überstellt wird.

Wenn der Betreffende daher trotz Aufenthaltsverbot wieder nach Österreich kommt, kann seine Identität leicht festgestellt werden. Er wird sofort wieder in Strafhaft übernommen und hat in der Folge auch den Rest der Freiheitsstrafe zu verbüßen. Ungeachtet dessen wird aber in diesem Fall zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung nach § 46 StGB erfüllt sind.

Im Fall einer solchen unerlaubten Rückkehr kann der Verurteilte nach Verbüßung der (allenfalls gesamten) Freiheitsstrafe leichter als bisher wieder abgeschoben werden, weil seine Identität geklärt ist und der Heimatstaat einer neuerlichen Rückführung kaum etwas entgegen setzen könnte.

Es ist durchaus zu erwarten, dass ein Teil der in den Anwendungsbereich dieses § 4a StVG fallenden Fremden bei der vorgeschlagenen diversionsähnlichen Vorgangsweise kooperativ wäre. Generell ist allerdings bei dem komplexen Bereich der illegal in Österreich aufhältigen, kriminell gewordenen Ausländer keine durchschlagende und auf alle Fälle anwendbare Lösung erzielbar. Es kann nur auf eine Reduzierung des Problems durch Optionen hingearbeitet werden, die zumindest

einen erheblichen Teil der Zielgruppe erfassen.

2.2.4. Alternative zu Sonderregelungen betreffend die bedingte Entlassung

Eine Lösung durch den vorgeschlagenen § 4a StVG ist einer Regelung mittels neuer Bestimmungen bei der bedingten Entlassung für Ausländer vorzuziehen, da

- bei einem Teil der in Frage kommenden Personen aufgrund ihrer kriminellen Vorbelastung diese für eine bedingte Entlassung nicht in Frage kämen,
- eine Weisung, Österreich nicht mehr zu betreten, bedenklich erschiene,
- Weisungen allgemein, wenn sie nicht befolgt werden, nur selten zu einem Widerruf der bedingten Entlassung führen.

Zusätzliche Argumente für die Einführung eines § 4a StVG sind:

- Bei Ausländern ohne Aufenthaltsverfestigung in Österreich läuft der Strafvollzug auf einen reinen Verwahrvollzug hinaus. Es ist höchst problematisch, wenn man bei Freiheitsstrafen nur auf Abschreckung setzen kann. Dies hat allgemein eine vergiftende Wirkung auf den Strafvollzug.
- Üblicherweise genießen Ausländer konsularischen Schutz. Häufig haben illegal nach Österreich eingereiste, inhaftierte Ausländer solchen Schutz nicht, oder er wird vom Heimatstaat nur unzulänglich wahrgenommen, oder der Inhaftierte nimmt einen solchen Schutz nicht in Anspruch. Deshalb sollte die Justiz in Verbindung mit den Fremdenbehörden die Kontaktaufnahme mit dem Heimatstaat forcieren.

2.2.5. Zu erwartende positive Nebeneffekte

- Das Wesen des vorgeschlagenen § 4a StVG bedingt, dass eine entsprechende Kommunikation und Kooperation zwischen Justiz und fremdenpolizeilichen Behörden zustande kommt. Die bei Anwendung des § 4a StVG notwendige Zusammenarbeit würde auch den fremdenpolizeilichen Zielsetzungen eher zum Durchbruch verhelfen.
- Eine derartige Koordination zwischen Strafjustiz und Fremdenbehörden wird auch zu einer besseren Verknüpfung der berührten Rechtsgebiete beitragen. Der Oberste Gerichtshof hat schon vor Jahren in der Entscheidung

15 Os 155/96 den Gesetzgeber auf seiner Ansicht nach „*der Rechtssicherheit abträgliche Koordinationsschwierigkeiten zwischen Gericht und Fremdenbehörde*“ hingewiesen, die nach Erlassung eines Aufenthaltsverbots vor Strafantritt für den Rechtsunterworfenen zu einer sinnwidrigen Pflichten-kollision führen kann.

2.2.6. Befristung des Gesetzes

Um die Wirkung dieser Gesetzesänderung auch entsprechend bewerten zu können, wird eine bloß befristete Geltung des § 4a StVG vorgeschlagen. Vor Auslaufen der Regelung wäre daher im Parlament zu diskutieren, ob diese Bestimmung unverändert und ohne Befristung in den Rechtsbestand übernommen werden soll.

2.2.7. Zuständigkeit

Für ein Vorgehen nach § 4a StVG sollte – wie bei der bedingten Entlassung – ein Senat zuständig (Vollzugsgericht iSd § 16 StVG und nicht das erkennende Gericht nach § 7 StVG) sein, der aus einem Berufsrichter und zwei fachqualifizierten, aus dem Bereich des Strafvollzugs und der Sozialarbeit kommenden Laienrichtern besteht. In eben dieser Besetzung sollte auch ein darüber befindender Rechtsmittelsenat zusammengesetzt sein.

3. Strafjustiz und Strafvollzug büßen für die österreichische Migrationspolitik – Die beste Kriminalpolitik ist eine andere Migrationspolitik

Migrationspolitik ...

- Wie es alle Staaten tun, reguliert auch Österreich Migration. Dies geschieht hierzulande jedoch auf eine spezifische Art und Weise: Weil Einwanderung vor allem als Bedrohung des sozialen und kulturellen Systems verstanden wird, ist Migrationspolitik defensiv und restriktiv. Migration wird im Prinzip nur nach Maßgabe des Arbeitsmarktbedarfs zugelassen, Bedürfnisse von MigrantInnen stellen kein Kriterium der Migrationspolitik dar. Nur in einem Punkt müssen (nach internationalem Recht) Nöte von MigrantInnen berücksichtigt werden: wenn Asylschutz vor Verfolgung gebraucht wird.
- Es gibt dennoch Migration, die sich dieser Rason nicht fügt. Es ist Migrati-

on, die aus der Sicht der MigrantInnen gute und legitime Gründe hat, aus der Sicht der Verwaltung hingegen irregulär ist. Über die Größenordnung und die Schattierungen irregulärer Migration (durch illegale Einreise, Überziehen des regulären Aufenthalts, Verletzung des Erwerbs- und Beschäftigungsverbots) besteht Unklarheit. Als Faktum und Konsequenz von ungleichen Lebenschancen in einer global offenen Welt sollte sie aber zur Kenntnis genommen werden.

- Das Asylrecht bietet den Anknüpfungspunkt, individuelle Migrationsgründe vorzubringen – als Fluchtgründe formuliert. Asylansuchen sind als Versuche zu verstehen, die fremdenrechtliche Anerkennung individueller Notlagen zu erreichen. Nicht-reguläre MigrantInnen haben gar keine andere Möglichkeit, als ihr Glück als Asylwerber zu versuchen, um auf diesem Weg einen regulären Status zu erreichen. Ihre Migrationsgründe mögen dabei aus asylrechtlicher Sicht (nach gegenwärtig gültiger internationaler und nationaler Rechtsauffassung) oft nicht ausreichen. Asylanträge deshalb generell unter „Betrugsverdacht“ zu stellen, ist jedoch unangemessen. Ein großer Teil der AsylwerberInnen ist Opfer von Verhältnissen, auf die das Asylrecht abstellt. Man kann aber die Asylanträge anderer auch als Versuch lesen, sich der Rechtslage anzupassen, ein Integrationserfordernis zu erfüllen.

- Diese Ventilfunktion erfüllt das Asylrecht nicht nur in Österreich. Dass die Asylverfahren hierzulande ungewöhnlich lange dauern, liegt nicht am besonders entwickelten Rechtsschutz, sondern an der defizitären Verfahrensorganisation, der quantitativ und qualitativ unzulänglichen Personalausstattung der Behörden, welche die Anfechtbarkeit von Entscheidungen zur Regel werden lässt.

- Zur Illustration: In den Jahren 2002 und 2003 sind beim Unabhängigen Bundesasylsenat (UBAS) 22.000 Verfahren angefallen und 11.000 abgeschlossen worden. Der Rückstau an Geschäftsfällen ist dadurch auf 23.000 angewachsen. Nur etwa die Hälfte der Entscheidungen der Bundesasylämter wird vom UBAS inhaltlich bestätigt. In ca. 2.000 Fällen wurde gegen Bescheide des UBAS schließlich Beschwerde bei den Höchstgerichten eingelegt.

- AsylwerberInnen sind sozial nur rudimentär bis unterversorgt und zugleich von Möglichkeiten der regulären Selbstversorgung weitgehend ausgeschlossen, weil beim Zugang zum Arbeitsmarkt benachteiligt. Aufgrund der Länge der Verfahren hält dieser Zustand oft jahrelang an.

- Aber auch mit raschen negativen Asylbescheiden, welche die Regel sind, sind die Probleme noch nicht gelöst. Viele Menschen bleiben auch dann in Österreich. Sie können nicht einfach „abgeschafft“ werden, wenn ihnen Menschenrechtsverletzungen und Gefahr für Leib und Leben drohen (Re foulment-Verbot) oder weil ihre Herkunftsländer (z.B. mangels gesicherter Identität) die Aufnahme verweigern. (So wurden etwa in Wien im Jahr 2004 an 518 Staatsbürgern aus Nigeria mit rechtskräftigem Aufenthaltsverbot nur 13 Abschiebungen vollzogen.) Menschen dieser Kategorie fristen eine rechtlich widerwillig geduldete, besonders prekäre soziale Existenz. Das neue Fremdenrecht wird ihre Lage weiter verschärfen, indem es weiteren Ausschluss von öffentlicher Sozialhilfe vorsieht.

- Gegenüber irregulär Aufhältigen wird eine Zero-Tolerance-Politik geübt. Sie sieht lediglich „Bekämpfung“ vor und denkt nicht auch an Wege aus der Illegalität, an Strategien zu ihrer Prävention oder an Rechte in der Illegalität. Nur in seltensten Ausnahmen wird ein Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen gewährt.

- Die Migrationspolitik setzt hier auf den Entzug möglichst aller Perspektiven und die Verschlechterung der Lebensbedingungen. Paradigmatisch dafür ist die Verlängerung der Schubhaft. Sie macht aus dem irregulären Aufenthalt de facto ein Verbrechen, konnten doch Haftstrafen von mehr als sechs Monaten bisher nur für Kriminaldelikte und nur von Gerichten verhängt werden.

Die empirischen Befunde – auch jene bezüglich der bedingten Entlassung – legen jedenfalls nahe:

- Ein möglichst sparsamer Einsatz von Freiheitsstrafen als strafrechtliche Sanktion ist in weiten Bereichen der Kriminalität ohne Sicherheitsverlust möglich.

- Dies erspart viel Geld – Haft ist sowohl an sich wie von den Folgekosten her die teuerste aller strafrechtlichen Sanktionen.

- Dies reduziert menschliches Leid, das die Freiheitsstrafe nun einmal für die Inhaftierten und die ihnen nahe stehenden Personen bedeutet, auf das unbedingt notwendige Maß.

... und ihre Kriminalitätskosten

- Irreguläre MigrantInnen kommen mit mehr oder weniger vagen Vorstellungen ins Land, bessere Lebens- und Erwerbschancen vorzufinden. Mögen sie nun über ihre begrenzten realen Perspektiven von vornherein aufgeklärt oder getäuscht sein, klar ist, dass die Lebensbedingungen von AsylwerberInnen wie von irregulär Aufhältigen die „Beschäftigungs- und Sozialprojekte“ der Organisierten Kriminalität für manche der Betroffenen zur Hoffnung werden lassen – ungeachtet der alles andere als idealen „Arbeitsbedingungen“. Wenn sich z.B. das normale Gast- und Unterhaltungsgewerbe als verschlossen herausstellt, bleibt oft nur noch das Sex-Business, wenn der reguläre Straßenhandel keine Aussicht bietet, das Drogengeschäft. (Nicht allen MigrantInnen steht die Wahl heimzukehren frei.)

- Restriktive Migrations- und Arbeitsmarktpolitik nähren den schwarzen (Arbeits-)Markt mit allen unerwünschten wirtschaftlichen Begleiterscheinungen.

- Perspektivlosigkeit entfremdet MigrantInnen von der Aufnahmegesellschaft, lässt Normbrüche weniger schlimm, ja gerechtfertigt erscheinen. Wenn es für die eigene Zukunft ja ohnedies gleichgültig ist, wie man sich moralisch verhält, hat das Folgen für die soziale Identität. Zur objektiven Notwendigkeit der Existenzsicherung auf illegalem oder kriminellem Weg tritt dann die subjektive Seite der Kriminalisierung: Zur sozialen Abdrängung in den Untergrund kommt ein entsprechend abweichendes Selbst- und Gesellschaftsverständnis hinzu.

- Tatsächlich sind die Zahlen polizeilich ermittelter Straftäter in Österreich zwischen 2001 und 2003 um insgesamt 12 % gewachsen, die Anzahl der Straftäter fremder Nationalität um 24 %, davon solcher im Status des Asylwerbers bzw. des irregulär Aufhältigen um 48 %. Der Zuwachs an ermittelten Straftätern geht zu 54 % auf Österreicher zurück, zu 46 % auf Fremde, davon wieder zur Hälfte auf Asylwerber/irregulär Aufhältige und Touristen (14 bzw. 10 von

46 %). Es muss aber auch hinzugefügt werden, dass es große Gruppen von AsylwerberInnen gibt, die strafrechtlich nicht auffällig werden.

- Der Anteil Gefangener fremder Staatsbürgerschaft am Durchschnittsbelag der österreichischen Justizanstalten ist zwischen den Jahren 2001 und 2003 von 31 auf 45 % gestiegen. Der Zuwachs an Hafttagen zwischen 2000 und 2002 geht zu 38 % auf das Konto bzw. zulasten von ÖsterreicherInnen und zu 44 % auf das von Personen aus schwarzafrikanischen Ländern.

Was es braucht:

- Eine praktische Reorganisation des Asylverfahrens (durch Personalaufstockung und Qualifikation), damit Verfahren fair und schnell Klarheit und Sicherheit bringen.
- Weniger Voraussetzungen bzw. Schikanen für AsylwerberInnen, um zu einer guten Grundversorgung und besserem Arbeitsmarktzugang zu kommen.
- „Sozialpolitik“, soziale Mindestrechte (Sozialhilfe, Gesundheitsversorgung, schulische Erziehung von Kindern) und Rechtshilfe auch für irregulär Aufhältige.
- Mehr Verständnis für wirtschaftliche Fluchtmotive, eine „Entkriminalisierung“ irregulärer Wanderung, darauf aufbauend die
- Anerkennung von faktischer sozialer Integration bei der Zuerkennung von Aufenthaltsrecht: Wer einen Jobnachweis erbringt, wer soziale/familiäre Beziehungen aufgebaut hat, wer in diesem Sinne Bürgschaften für gesellschaftliche Integration vorweisen kann und sich legal verhalten hat, soll Legalisierungschancen eingeräumt bekommen.
- Schließlich verstärkte Rückkehrberatung und -hilfen, um Personen ohne Aufenthaltsrecht aus Abhängigkeitsverhältnissen zu befreien und ihre notwendige Kooperation für eine erfolgreiche Repatriierung zu erreichen.

Die VerfasserInnen der Kriminalpolitischen Initiative sind: Univ.Prof. Dr. Christian Grafl, Universität Wien, Institut für Strafrecht und Kriminologie; Univ.Prof. Dr. Wolfgang Gratz, Fortbildungszentrum Strafvollzug; Univ.Prof. Dr. Frank Höpfel, Universität Wien, Institut für Strafrecht und Kriminologie;

DSA Christine Hovorka, Sozialarbeiterin; Univ.Do. Dr. Arno Pilgram, Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie; Hon.Prof. Dr. Hans Valentin Schroll, Richter des Obersten Gerichtshofs; Univ.Do. Dr. Richard Soyer, Rechtsanwalt. Der Inhalt der Initiative gibt unsere persönliche Meinung wieder.

Zu klein oder zu voll?

Walter Geyer

Die Errichtung einer zweiten großen Haftanstalt in Wien scheint beschlossen zu sein. In der wissenschaftlichen und auch politischen Debatte wird der veränderten Kriminalität und der Differenzierung zwischen in Österreich integrierten und nicht integrierten Personen zu wenig Beachtung geschenkt. Eine Diskussion über Alternativen zur Freiheitsstrafe wie Ausweitung der gemeinnützigen Leistungen, bedingten Entlassungen, Abschiebungen und Strafvollstreckungen im Herkunftsstaat findet gleichfalls kaum statt, hier hinkt Österreich immer deutlicher der Entwicklung im Ausland nach. So bleibt die Frage offen: gibt es tatsächlich zu wenig Haftplätze oder bloß zu viele Häftlinge?¹

Drastisch geänderte Kriminalität

Allein in den letzten vier Jahren ist der Anteil an ausländischen Häftlingen in Österreichs Justizanstalten von 28 % am 1. 1. 2000 auf 42,8 % am 21. 10. 2004, also um beinahe 50 Prozent auf rund 3.700 Personen gestiegen. Das ist eine dramatische und tiefgreifende Veränderung gleichsam des Fundamentes, auf dem die Justiz ar-

beitet und Entscheidungen trifft. Die Unterscheidung zwischen Inländern und integrierten Ausländern einerseits und dem wachsenden Anteil an nicht integrierten Ausländern andererseits betrifft das gesamte Strafverfahren und ist in allen Stadien des Verfahrens bedeutend. Die Justiz ist hier vor eine neue Herausforderung gestellt, für deren Bewältigung die Unterstützung durch die Wissenschaft notwendig wäre. Auf Basis dieser jüngsten Entwicklungen erscheint Selbstverständliches plötzlich fragwürdig im Sinne von würdig, neu hinterfragt zu werden. Was bedeuten unsere Vorstellungen und Methoden zur Resozialisierung, wenn die Betroffenen kein Aufenthaltsrecht in Österreich haben und unsere Sprache nicht verstehen? Wenn bei einem immer größer werdenden Teil von ihnen Berufsausbildung, Vermittlung von Arbeitsplätzen und Wohnmöglichkeiten von vornherein genauso wenig in Frage kommen wie Bewährungshilfe als Hilfe zur Bewährung in der Freiheit?

Fragwürdige Haftentscheidungen

Die Unterscheidung zwischen in Österreich integrierten und nicht integrierten

1) Der Beitrag ist eine überarbeitete Fassung eines Referats bei der Enquete „Moderner Strafvollzug – Sicherheit und Resozialisierung“ am 8./9. November 2004 im Bundesministerium für Justiz.

Verdächtigen spielt in der täglichen Praxis der Strafjustiz eine gewaltige Rolle. Bereits am Beginn vieler Verfahren, wenn im Journaldienst über Haft oder Nicht-Haft entschieden werden muss, gibt es vielfach den Ausschlag, ob der Verdächtige Inländer oder zumindest integriert ist oder nicht integrierter Ausländer ohne festen Wohnsitz. Haftentscheidungen sind jeden Tag mehrfach zu fällen und wirken sich auf das gesamte weitere Verfahren aus.

Eine Gleichbehandlung von integrierten und nicht integrierten Personen scheint in fast keinem Verfahrensstadium möglich. Sieht die Justiz von einer Untersuchungshaft bei nicht integrierten Ausländern ab, bedeutet das in vielen Fällen den Verzicht auf Strafverfahren und Strafverfolgung, also eine ungerechtfertigte Besserstellung. Die Entscheidung für die Untersuchungshaft bedeutet wiederum eine Schlechterstellung im Vergleich zu Inländern, die in einen ähnlichen Verdacht geraten. Dieses Auseinanderklaffen setzt sich nach Anzeigeerstattung bei der Entscheidung der Anklagebehörden über das weitere Vorgehen nahtlos fort. Wie kann, von

wenigen Ausnahmefällen abgesehen, bei nicht integrierten Personen ein Diversionsverfahren sinnvoll durchgeführt werden, wie können Geldbußen vorgeschlagen, gemeinnützige Leistungen vermittelt oder ein Ausgleich mit dem Opfer angeregt werden, wenn bereits die Zustellung eines Diversionsanbotes am Fehlen eines Aufenthaltsortes scheitert?

Beim Fällen des Urteils steht die Justiz bei nicht integrierten Ausländern vor dem nächsten Dilemma: Entweder eine zur Gänze bedingte Strafe auszusprechen, wie es bei einem integrierten Täter sachgerecht wäre – dort mitunter aber nur gleichzeitig mit Bewährungshilfe oder Weisungen, die bei nicht integrierten Tätern wiederum gar nicht möglich sind – und sich den Vorwurf einzuhandeln, die Untersuchungshaft in Fällen verhängt zu haben, die eine unbedingte Strafe nicht rechtfertigen. Oder eine teilbedingte Strafe auszusprechen und die Zeit der Untersuchungshaft als unbedingten Strafteil anzurechnen. Dann wird der Vorwurf laut, dass Ausländer tendenziell strenger bestraft werden als Inländer. Der Kriminologe Arno Pilgram hat eine starke Steigerung

teilbedingter Strafen nachgewiesen, wodurch die Möglichkeiten bedingter Entlassungen deutlich reduziert werden. Keine leichte Wahl also.

Bedingte Entlassung: Integrierte Ausländer = Inländer

Bei der bedingten Entlassung sind integrierte ausländische Staatsbürger gleich wie Inländer zu behandeln. Zwischen diesen Personengruppen gibt es keinen Unterschied, weder bezüglich der Prognose noch der Erfolgsaussichten resozialisierender Maßnahmen während des Strafvollzuges oder im Rahmen der bedingten Entlassung.

An dieser Stelle ein Exkurs zur praktischen Handhabung der bedingten Entlassung: Seit Jahrzehnten gehen Österreichs Gerichte so vor, dass bedingte Entlassungen nach zwei Dritteln der Haftzeit bei Erstvollzügen fast immer stattfinden, Entlassungen nach der Hälfte nur in Ausnahmefällen, bei Zweit-, Dritt- oder Vielfach-Vollzügen kommt eine bedingte Entlassung für die Praxis überhaupt nicht mehr in Betracht und in besonders gravierenden Fällen, etwa bei lebenslanger Freiheitsstrafe,

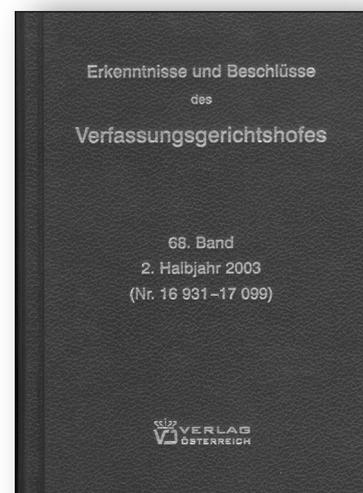
Erkenntnisse und Beschlüsse des VfGH, Amtliche Sammlung

Die vom Verfassungsgerichtshof edierten Erkenntnisse und Beschlüsse. Die für die Weiterentwicklung der Rechtsprechung so wichtige Amtliche Sammlung finden Sie nur beim Verlag Österreich.

Ein MUSS in der Bibliothek jedes Rechtsanwalts und Notars.

Erkenntnisse und Beschlüsse des VfGH, besonders sorgfältige Edition, dunkelgrünes Kunstleder.
Lieferbar ab Band 24 (1959)

- 67. Band**/1. Halbjahr 2002, 1288 Seiten, geb., € 276,-
- 67. Band**/2. Halbjahr 2002, 1322 Seiten, geb., € 292,-
- 68. Band**/1. Halbjahr 2003, 1240 Seiten, geb., € 274,-
- 68. Band**/2. Halbjahr 2003, 1425 Seiten, geb., € 316,-
- 69. Band**/1. Halbjahr 2004, 1416 Seiten, geb., € 314,-



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

VERLAG
ÖSTERREICH

muss ohnedies dem Justizministerium berichtet werden. Diese pauschalierende Vorgangsweise geht auf die Schwierigkeiten bei den vom Gesetz geforderten Prognoseentscheidungen zurück. Natürlich ist das schematische Unterstellen künftigen Wohlverhaltens bei erstmaliger Straftat genauso falsch wie die schematische Annahme des Gegenteils bei wiederholter. Wie aber kann vorhergesagt werden, was jemand im nächsten Jahr machen wird, oder im übernächsten oder in drei Jahren? Vermehrt sind Stimmen aus Wissenschaft und Praxis zu hören, die seriöse Prognosen für unmöglich halten; besonders im Bereich mittelschwerer Delikte mit der besonders großen Zahl an inhaftierten Verurteilten könne die Justiz demnach genauso gut würfeln statt Prognosen zu erstellen, es würde keinen Unterschied machen.

In der Praxis schließen die Gerichte aus der Vergangenheit auf die Zukunft, sie prüfen, welches Leben der Betroffene bisher geführt hat, und beantworten so die Frage, wie er es künftig führen wird. In ihre Entscheidungen beziehen sie ein Argument ein, das wenig greifbar und schon gar nicht messbar ist, das der Generalprävention.

Sie existiert, auch wenn sie noch keinen gesehen hat und exakt beschreiben könnte. Jeder hat eine Meinung zur Generalprävention, die sich so beharrlich jeder wissenschaftlichen Nachweisbarkeit entzieht. Tatsächlich festmachen lässt sich die Generalprävention in einzelnen Bereichen der Strafjustiz, etwa den gesetzlichen Strafrahmen oder den tatsächlich verhängten Strafen, wohl nicht. Hohe Strafrahmen, die nie angewendet werden, weil die Aufklärungsquoten so gering sind, können genauso wirkungslos sein, wie eine drakonische Strafe im Einzelfall. Die Strafjustiz insgesamt entfaltet wohl eine gewisse abschreckende Wirkung, die sich aus sehr vielen Details ergibt, unter denen das schnelle Verhängen der Untersuchungshaft auch eine Rolle spielt. Die Vorstellung und Erwartung einer generalpräventiven Wirkung existiert in den Köpfen der Rechtsanwender vermutlich ziemlich unabhängig davon, ob sie im Strafvollzugsgesetz oder im Strafgesetzbuch angeführt ist oder nicht, sodass eine Änderung des Gesetzes nicht unbedingt zu einer Änderung der Praxis führen muss.

Liberale Türkei?

Möglicherweise besteht auch ein Zusammenhang zwischen der Strafpraxis und der Praxis der bedingten Entlassung, indem bei der Bestimmung der Strafhöhe bewusst oder unbewusst Wahrscheinlichkeit und Ausmaß einer bedingten Entlassung antizipiert werden. Vermutlich verhält es sich hier ähnlich wie bei kommunizierenden Gefäßen, sodass ein Herabsetzen der Latte für bedingte Entlassungen gegen den Willen eines guten Teils der Richter zu einer strengeren Strafpraxis führen könnte. Vielleicht muss man auch internationale Vergleiche über die Häufigkeit der bedingten Entlassung in Österreich und im Ausland unter diesem Gesichtspunkt sehen, also unter Berücksichtigung unterschiedlicher Strafpraxen. Wenn etwa bedingte Entlassungen nach der Hälfte der Strafzeit in der Türkei die Regel oder jedenfalls wesentlich häufiger als in Österreich sind, dann stellt sich die Frage, ob die Türkei wirklich um so viel liberaler ist, oder ob sich dieser Umstand einfach dadurch erklärt, dass die Strafen in der Türkei drakonisch sind.

In diesem Zusammenhang ist eine Zahl aus dem Sicherheitsbericht bemerkenswert, nämlich die so genannte Gefangenenquote, die angibt, wie viele Personen sich pro 100.000 Einwohner in einem Land in Haft befinden. Sie ist für Österreich ziemlich exakt die gleiche wie für Deutschland und liegt im EU-Durchschnitt. Spitzenreiter ist England mit einer um rund 30 % höheren Quote, obgleich dort bedingte Entlassungen angeblich wesentlich häufiger stattfinden. An dieser Stelle ist auch auf die Kriminalitätsentwicklung in Österreich insgesamt zu verweisen. Die Gesamtzahl aller strafbaren Handlungen betrug 1989 rund 423.000, vierzehn Jahre später, 2003, waren es rund 640.000. Bei Verbrechen im technischen Sinn war die Entwicklung mit einer Steigerung um mehr als 50 % allein in den letzten drei Jahren ähnlich.

Zur Sicherheit bedingt entlassen?

Diese Zahlen sollen nicht als Argument gegen vermehrte bedingte Entlassungen gelten. Wenn man aber – wie der Autor – für mehr bedingte Entlassungen in Österreich eintritt, darf man die Augen nicht vor der Realität einer stark steigenden Kriminalität verschließen. Es geht

darum, sich mit diesen Zahlen auseinanderzusetzen und zu begründen, dass trotz dieser Entwicklung die Sicherheit durch einen Ausbau der bedingten Entlassungen nicht gefährdet wird, klug angewendet sogar erhöht wird. Ohne auf einzelne im Zusammenhang mit einer möglichen Reform der Bestimmung über die bedingte Entlassung gemachten Vorschläge einzugehen, sollte jedenfalls als Ziel angestrebt werden, dass bedingte Entlassungen nach zwei Drittel der Straftat Standard werden, wengleich bestimmte Personen, etwa gefährliche Sexual- und Gewalttäter, davon ausgeschlossen werden müssten.

Im Eck:

Die gemeinnützige Leistung

Zur Erreichung dieses ambitionierten Ziels wäre der Ausbau der Institution der gemeinnützigen Leistung sinnvoll. Gemeinnützige Leistungen sind derzeit nur im Rahmen der Diversion, also nur anstatt einer Bestrafung möglich, wären aber in bestimmten und keineswegs kleinen Bereichen eine gute Alternative zur Freiheitsstrafe.

Die Erfahrungen mit gemeinnützigen Leistungen in Wien sind durchaus positiv, und zwar sowohl in Jugend- als auch Erwachsenenstrafsachen. Der Anwendungsbereich könnte wesentlich größer als derzeit sein, ist aber durch das Korsett der Diversion stark eingeschränkt. Bezüglich der Art der Tätigkeit ist die Bandbreite bei gemeinnützigen Leistungen beträchtlich, sie reicht von qualifizierten Arbeiten, die eine Berufsausbildung voraussetzen, bis zu ganz einfachen körperlichen Beschäftigungen. In Wien vermittelt der Verein Neustart derzeit Leistungen an rund dreißig Einrichtungen, die Wiener Jugendgerichtshilfe verfügt ebenfalls über ein umfangreiches Angebot.

Gerade wegen dieser beträchtlichen Bandbreite ist auch der in Betracht kommende Personenkreis groß, jedenfalls deutlich größer als für Freigänge, die einen Arbeitsplatz und damit auch höhere Anforderungen bei den zu vermittelnden Personen voraussetzen. Verurteilte, insbesondere Insassen von Haftanstalten, sind tendenziell aus dem sozial angepassten Leben bereits ausgestiegen oder sie sind dabei auszuweichen. Jugendstrafsachen betreffen zu einem guten Teil Jugendliche, die ihre

Ausbildung abgebrochen haben, nicht mehr in die Schule gehen und zu früh, oft gegen den Willen überforderter Eltern, von daheim ausgezogen sind. Gemeinnützige Leistungen sind hier wie eine Brücke zur Normalität, sie verpflichten, wieder regelmäßig etwas zu tun, in das soziale Gefüge bzw. in das Arbeitsleben zurückzukehren oder zum ersten Mal einzusteigen, sie können das Selbstwertgefühl fördern und das Umfeld, den Bekannten- und Freundeskreis, verändern. Gemeinnützige Leistungen haben ein enormes Potential.

Weniger Haft und zugleich mehr Sicherheit?

Gemeinnützige Leistungen können die Gefängnisse entlasten, ohne die Sicherheit zu gefährden. Sie stellen zunächst eine sinnvolle Alternative zu allen Ersatzfreiheitsstrafen dar. Ersatzfreiheitsstrafen sind Sanktionen für Taten, von denen auch die Justiz meint, dass Haftstrafen nicht angemessen sind. Im Grunde werden hier Personen eingesperrt, weil sie zu wenig Geld (zur Bezahlung der Geldstrafe) haben; es handelt sich um eine Art Bestrafung der

Armut. Ersatzfreiheitsstrafen könnten praktisch zur Gänze durch gemeinnützige Leistungen substituiert werden, ohne dass die Sicherheit der Bevölkerung in irgendeiner Weise gefährdet würde. Dadurch könnte jährlich rund 1400 Personen ein Gefängnisaufenthalt und den Steuerzahlern die Finanzierung von mehr als 40.000 Hafttagen erspart werden.

Schwitzen statt Sitzen

Ähnliches gilt für kurzfristige Freiheitsstrafen, also Freiheitsstrafen im Bereich bis zu sechs Monaten. Täter, die zu keiner höheren Strafe verurteilt wurden, sind nicht wirklich gefährlich, sie sind keine Mörder, keine Vergewaltiger, keine Räuber und auch keine Einbrecher. Ihnen kann ohne Beeinträchtigung der Sicherheit das Angebot gemacht werden, statt der Verbüßung einer Haft gemeinnützige Leistungen zu erbringen, statt der Gesellschaft also weitere Kosten durch Bereitstellen von Haftraum und Justizwachepersonal zu verursachen etwas Sinnvolles zum Nutzen der Gemeinschaft zu leisten und so gleichsam den Fehler, den sie begangen ha-

ben, wieder gut zu machen. Hier ist der betroffene Personenkreis und damit das Potenzial für „Schwitzen statt Sitzen“ (Copyright Maria Fekter) noch größer.

Aber auch bei einem guten Teil der längeren Freiheitsstrafen sollten gemeinnützige Leistungen einen fixen Platz haben, und zwar im Rahmen der Entlassungsmaßnahmen, vor und gleichsam als Übergang zur bedingten Entlassung bzw. als Teil davon. Die Eingliederung von Haftentlassenen in den Arbeitsprozess ist schwierig, die Vermittlung von Arbeit im Rahmen eines Freiganges wegen der Situation am Arbeitsmarkt und/oder der Persönlichkeit der Betroffenen, ihrer mangelhaften Ausbildung und eingeschränkten Verlässlichkeit oft nicht möglich. Hier könnten gemeinnützige Leistungen einem wesentlich größeren, am Arbeitsmarkt zunächst kaum chancenreichen Personenkreis durch sinnvolle Beschäftigung den Übergang in die Freiheit und zu einem straffreien Leben erleichtern. So könnte ein Teil der Strafe gleichsam als Regelfall vor und im Rahmen einer bedingten Entlassung durch gemeinnützige Leistungen substituiert werden.

Jurbooks

1010 Wien, Wollzeile 16



Am kürzesten Weg zwischen
Innenstadt und Justizzentrum



**Die erste Adresse für
alle juristischen Bücher**

- **Recht & Steuern**
mehr als 10.000 Titel auf über 300 m²
- **Bestell- und Versandservice**
 - Express-Zustellung
(Wien 3 Stunden, andere Bundesländer 1-2 Tage)
 - Ansichtsexemplare
 - Stammkonditionen
 - portofreier Versand
- **www.jurbooks.at**
Die Online-Buchhandlung
für juristische Bücher

Montag bis Freitag 9-19 Uhr

Bestellservice:
Tel.: 01-512 48 85 • Fax: 01-512 06 63
Web: www.jurbooks.at • Mail: order@jurbooks.at

www.jurbooks.at

So könnte aber auch eine wesentlich größere gesellschaftliche Akzeptanz für eine vorzeitige Entlassung in Fällen erreicht werden, in denen die Betroffenen sich zum wiederholten Mal in Haft befinden, früher bereits bedingt entlassen worden waren, trotzdem wieder rückfällig wurden und in denen eine positive Prognose kaum mehr begründet werden kann. Sie würden dann eben nicht einfach bedingt entlassen, sondern einen Teil der Strafe durch gemeinnützige Leistungen verbüßen. Bewähren sie sich bei dieser besonderen Form des Arbeitslebens, so ist auch die Wahrscheinlichkeit künftigen Wohlverhaltens größer und eine bedingte Entlassung argumentierbar.

Eine Art Zwangsarbeit?

In Diskussionen wird gelegentlich behauptet, gemeinnützige Leistungen seien eine Art Zwangsarbeit, in wesentlich größerem Umfang könnten sie gar nicht vermittelt werden. Zu dem ersten, dem Totschlagargument des Arbeitslagers durch die Hintertür: Natürlich ist unter gemeinnütziger Leistung immer eine freiwillige Leistung zu verstehen, ein Angebot, um eine Freiheitsstrafe zu vermeiden. Natürlich kann und soll niemand dazu gezwungen werden, natürlich hat jeder das Recht, von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch zu machen, so wie es letztlich auch jeder in der Hand hat, gerichtliche Weisungen zu befolgen oder den Kontakt zu einem Bewährungshelfer zu halten oder nicht. In Ländern wie Großbritannien oder der Schweiz wurde diese dort längst selbstverständliche Sanktion auf strafbares Verhalten jedenfalls noch nie mit Zwangsarbeit verglichen. Nach Auskunft der in Wien als Vermittler agierenden Einrichtungen gäbe es genug Beschäftigungsmöglichkeiten für eine starke Ausweitung gemeinnütziger Leistungen.

Am Beispiel Schweiz

Welchen Stellenwert und welches Ausmaß solche Leistungen haben können, zeigt ein Blick in die Schweiz. Zuletzt wurden dort 34 % von insgesamt 12.000 Jugendstraftaten mit Arbeitsstrafe (=gemeinnützigen Leistungen) sanktioniert. In absoluten Zahlen sind das rund 3.800 Arbeitsleistungen, die von der Justiz in der Schweiz vermittelt wurden. Wieso soll Vergleichbares in Österreich un-

möglich sein? Hier schlummert noch ein beträchtliches Potenzial, das man nicht aus prophylaktischer Ängstlichkeit sterben lassen sollte.

Die zweithäufigste Sanktion in Jugendstrafsachen stellt bei unserem westlichen, nicht gerade im Geruch eines anarchistischen Revolutionsstaates stehenden Nachbarn der Verweis in rund 30 % der Fälle dar, während die als Einsperrung bezeichnete Haftstrafe – bedingte und unbedingte zusammen – nicht einmal 10 % ausmacht.

Nicht integrierbare Ausländer, die unbekannte Größe

Nun zu denjenigen ausländischen Verurteilten, die nicht integriert sind bzw. nicht integrierbar sind, in der Regel schon deswegen, weil sie sich nicht legal in Österreich aufhalten, hier daher auch nicht arbeiten dürfen, vielfach unsere Sprache weder sprechen noch verstehen und mitunter praktisch keine Beziehung zu Österreich haben, außer dass sie bei der Begehung von strafbaren Handlungen betreten worden sind. Zur Größe dieses Personenkreises liegt kein Zahlenmaterial vor; die Zahlen des Justizministeriums unterscheiden nur zwischen Österreichern und Nicht-Österreichern, treffen aber bei Fremden keine weitere Differenzierung zwischen integrierbaren (in der Regel mit Aufenthaltsrecht) und nicht integrierbaren (in der Regel ohne Aufenthaltsrecht). Derzeit werden jedenfalls Angehörige von rund 100 verschiedenen Nationalitäten in Österreichs Haftanstalten angehalten. Soweit aus rechtlichen Gründen, vor allem mangels einer Aufenthaltsberechtigung, vielfach aber zusätzlich auch aus faktischen Gründen jeder Versuch einer Resozialisierung, eines Zurückholens in die Gesellschaft unmöglich ist, sollte eine Übernahme der Strafvollstreckung durch das Heimatland versucht werden, eine Rückführung dorthin, wo solche Bemühungen zumindest nicht von vornherein aussichtslos sind. Hier wird man gewiss stark differenzieren müssen, weil die rechtlichen Beziehungen zu den einzelnen Herkunftsländern so unterschiedlich sind, wie die Länder selbst. Bereits diejenigen, von denen sich jeweils mehr als 40 Angehörige hier in Haft befinden, weisen stark unterschiedliche Standards und rechtliche Beziehungen zu Österreich auf – etwa Nigeria, Deutschland,

Moldawien, Jugoslawien, Rumänien, Georgien, Italien, Türkei, Polen, Bosnien, Ungarn, Tschechien, Slowenien -, sodass ein einheitliches Vorgehen nicht möglich ist.

Strafvollstreckung im Herkunftsstaat

Bei manchen Staaten wird eine Übernahme der Strafvollstreckung am Fehlen eines Übereinkommens scheitern, bei anderen an rechtsstaatlichen Garantien. Gelegentlich auch an einer gewissen Überheblichkeit der österreichischen Justiz, wenn sie Ersuchen gar nicht stellen will, weil ihr der andere Staat im Strafvollzug oder bei bedingten Entlassungen zu liberal erscheint.

Die Europäische Union bekennt sich zum Grundsatz der Strafvollstreckung durch den Heimatstaat. Welchen Sinn macht auch die längere Anhaltung eines Polen in einem finnischen Gefängnis und umgekehrt, wenn jeder Versuch einer Resozialisierung bereits an der Sprachbarriere scheitern muss? Grundsätzlich akzeptieren daher die Mitgliedsstaaten der EU das Prinzip des Strafvollzugs im Heimatland. Bloß: Zwischen grundsätzlich und tatsächlich kann ein beträchtlicher Unterschied bestehen. Im Rahmen der EU-Präsidentschaft könnte Österreich einiges dazu beitragen, dass aus netten Sonntagsreden handfeste Wochentagspraxis wird.

Was aber tun bei nicht integrierten bzw. nicht integrierbaren Ausländern ohne Aufenthaltsrecht, bei denen eine Übernahme der Strafvollstreckung nicht in Frage kommt? Es wäre vermessen so zu tun, als gäbe es auf diese Frage eine Antwort, die das Problem ein für alle Mal löst. Möglichkeiten, es zu verkleinern, bestehen aber allemal. In der Regel handelt es sich bei dieser Gruppe von Verurteilten um Personen, gegen die sowohl ein Aufenthaltsverbot als auch ein Bescheid über die Abschiebung bestehen. Damit liegen völlig unterschiedliche staatliche Entscheidungen von unterschiedlichen Behörden mit geradezu gegensätzlichem Inhalt vor. Einerseits die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, wonach sich der Betroffene nicht in Österreich aufhalten darf und in sein Heimatland abzuschieben ist, andererseits die Entscheidung der Justiz, dass er eine Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, was seinen Aufenthalt im Inland voraussetzt.

Integration auf der falschen Seite des Flusses

Wie passen diese Entscheidungen zusammen, welche ist zuerst zu vollziehen und wer bestimmt dies? Wenn ein moderner Vollzug mit Vorbereitung des späteren Lebens nicht möglich ist, die Haft sich auf das bloße Einsperren reduziert, dann ist eine Strafverbüßung gleichsam bis zum letzten Tag wenig sinnvoll. Auch die Zeit der Haft bewirkt eine Art Integration, allerdings eine unerwünschte, auf der falschen Seite des Flusses. Derjenige, der vielleicht erst kurz vor seiner Verhaftung in Österreich eingereist ist und hier niemanden kennt, knüpft jetzt Kontakte, gliedert sich in die besondere Population der Haftanstalten ein und überlegt sich unter diesen Umständen sein Leben nach der Entlassung. Grundsätzliche Unmöglichkeit von Resozialisierung in Verbindung mit der Gefahr zunehmender Integration in ein kriminelles Milieu mit Fortdauer der Haft sprechen dafür, die Vollstreckung des Aufenthaltsverbots durch Abschiebung nicht bis zum Ende der Strafverbüßung aufzuschieben, sondern vorzuziehen. Nach

vorliegenden Studien senken Abschiebungen durchaus die Rückfallsquoten.

Vorläufiges Absehen vom Strafvollzug

Die gegensätzlichen Entscheidungen einerseits der Justiz auf Vollstreckung von Strafen im Inland, andererseits der Verwaltungsbehörden auf Abschiebung der Betroffenen aus Österreich in ihre Heimatstaaten könnten auf zwei Arten aufeinander abgestimmt und zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels eingesetzt werden. Möglich wäre eine analoge und ergänzende Bestimmung zu § 4 StVG, wonach schon derzeit vom weiteren Vollzug einer Strafe im Inland abgesehen werden kann, wenn der Verurteilte an eine ausländische Behörde ausgeliefert wird. Kehrt er wieder in das Bundesgebiet zurück, ist die Strafe weiter zu vollziehen. In der Praxis bewährt sich diese Bestimmung, wenngleich der Anwendungsbereich nicht allzu groß ist. Sie könnte leicht auf diejenigen Fälle ausgedehnt werden, in denen ein Aufenthaltsverbot zu vollstrecken ist. Soweit es nicht des unverzüglichen weiteren Vollzugs

bedarf, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken, wäre dann eben auch zur Vollstreckung eines Aufenthaltsverbotes vom weiteren Strafvollzug abzusehen – vorläufig, weil im Falle der Rückkehr nach Österreich die restliche Strafe zu vollstrecken wäre. Dass die Gefahr einer Rückkehr nach Österreich äußerst gering ist, liegt auf der Hand, weil die sofortige Verhaftung zur weiteren Strafverbüßung droht. Eine derartige Regelungstechnik wäre sehr flexibel, das vorläufige Absehen könnte von einer bestimmten Mindestdauer des bisherigen Vollzugs abhängig gemacht, aus generalpräventiven Erwägungen vielleicht bei manchen Deliktgruppen generell ausgeschlossen werden.

Bedingte Entlassung wegen Abschiebung

Gegen dieses sehr pragmatische und zur Senkung der Haftzahlen gerade in dem wachsenden Bereich ausländischer Häftlinge schnell wirksame Modell gibt es Bedenken. Ein gravierender Einwand betrifft die Ungerechtigkeit in Form der Ungleichbehandlung, wenn an einer Tat

Zeder Mediengesetz

Stand: Novelle 2005, 180 Seiten, br., 3-7046-4737-3, € 35,-

Mit 1. Juli 2005 ist die bisher umfangreichste Novelle des seit 1982 geltenden Mediengesetzes in Kraft getreten. Das MedienG ist nun ausdrücklich auf elektronische Medien anwendbar.

Die Textausgabe soll die Anwendung und das Verständnis der neu gefassten Bestimmungen erleichtern. Die Änderungen des Gesetzestextes sind durch Unterstreichung gekennzeichnet. Im Anschluss an die geänderten Bestimmungen sind die relevanten Materialien – unter Angabe der Seite und daher zitiert – abgedruckt. Einleitend wird ein kurzer Überblick über die Neuerungen gegeben.



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

VERLAG
ÖSTERREICH

Inländer und nicht integrierbare Ausländer beteiligt waren und die einen in der Regel zumindest zwei Drittel der Strafe absitzen müssten, bevor sie bedingt entlassen würden, während die anderen durch eine jederzeit mögliche Abschiebung bevorzugt wären. Dem könnte durch eine andere Regelungstechnik Rechnung getragen werden, wenn Aufenthaltsverbot und Abschiebung im Rahmen der bedingten Entlassung berücksichtigt werden, als Umstand, der eine bedingte Entlassung zum selben Zeitpunkt auslöst und rechtfertigt wie bei integrierten Verurteilten. Günstige Zukunftsprognosen bei aufenthaltsverfestigten Personen würden bei nicht integrierten Verurteilten durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen gleichsam ersetzt werden.

Wenn solche Maßnahmen Voraussetzung für die bedingte Entlassung wären, könnte eine illegale Rückkehr nach Österreich unter Missachtung des Aufenthaltsverbotes einen Grund für einen Widerruf der bedingten Entlassung darstellen, vergleichbar mit der Missachtung von Weisungen oder dem Entziehen des Einflusses des Bewährungshelfers.

Gerechtigkeit und Gleichbehandlung

Gerechtigkeit ist kein (Straf-)Rechtsbegriff. Wer im Standardwerk der Strafjuristen, der Großen Manzschens Ausgabe des Strafgesetzbuches nachschlägt, wird im Stichwortverzeichnis nicht fündig. Gerechtigkeit ist im Ge-

setz nicht vorgesehen, der Gleichheitsgrundsatz schon, er bezieht sich aber nur auf Gleiches und eröffnet so einen beachtlichen Spielraum. Integrierte und nicht integrierbare Personen können im Strafverfahren nicht schlechthin gleich behandelt werden. Kaum vermeidbare Ungleichbehandlung beginnt bereits bei der Untersuchungshaft, sie endet beim Strafvollzug. Bemühungen um Resozialisierung, Berufsausbildung, Arbeitsvermittlung und Bewährungshilfe sind nur bei integrierbaren Personen möglich, insofern werden sie begünstigt. Dafür müssen sie sich nach einer bedingten Entlassung auch tatsächlich bewähren, bei einem Rückfall besteht die Gefahr des Widerrufs. Nicht integrierbaren Verurteilten kann weder Arbeit noch Wohnung vermittelt werden, nach ihrer Abschiebung im Falle der bedingten Entlassung ist dafür das Widerrufs-Risiko gering und mehr theoretisch, weil ihr „Wohlverhalten“ während der Probezeit in der Heimat nicht überwacht wird. Letztlich sollte nicht der untaugliche Versuch einer künstlichen Gleichbehandlung unternommen, sondern die Unterschiede berücksichtigende, vergleichbare Reaktionen mit möglichst ähnlicher Gesamtauswirkung angestrebt werden.

Abschließend noch ein Wort zu jenen nicht integrierbaren ausländischen Verurteilten, die nicht abgeschoben werden können, sei es, weil über ihr Aufenthaltsrecht noch nicht rechtskräftig entschieden wurde – Stichwort: offene Asylverfahren –, sei es,

weil nach ablehnender Entscheidung eine Abschiebung aus tatsächlichen Gründen nicht in Frage kommt. Diese Menschen müssten zumindest einen eingeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt haben, zumindest ihren Lebensunterhalt sollten sie verdienen dürfen. Das ist nicht nur ein Gebot der Menschlichkeit sondern auch der Vernunft und Sicherheit, weil jedes Vertreiben in die Illegalität sich unvermeidbar auf die Kriminalitätsentwicklung auswirkt. Legale Einkünfte zu verweigern ist Anstiftung zu illegalen. Und ein Verstoß gegen das Grundrecht des Menschen, sich durch Arbeit den Lebensunterhalt zu verdienen.

Zusammenfassung

Die Zahl strafbarer Handlungen steigt stark, ebenso die Zahl der Häftlinge in den Justizanstalten. Dagegen könnte man einiges tun: Bei integrierbaren Verurteilten durch gemeinnützige Leistungen gleichzeitig Haftzeiten vermeiden und die Chancen auf Wiedereingliederung erhöhen. Bei Ausländern die Verbüßung der Strafe im Heimatland forcieren und, sofern dies nicht möglich ist, bei nicht integrierbaren Fremden mit der Vollstreckung von Aufenthaltsverboten nicht bis zum Ende der Strafhaft zuwarten.

*Walter Geyer ist Gruppenleiter der Staatsanwaltschaft Wien und für alle Jugendstrafsachen zuständig;
walter.geyer@justiz.gv.at.*

Kuddelmuddel in der Parteienlandschaft

Patricia Heindl

Nachdem ein Großteil der FPÖ-Abgeordneten ihre Abspaltung von der freiheitlichen Partei und die Gründung einer eigenen politischen Partei „BZÖ Bündnis Zukunft Österreich“ verkündet hatten, wollten SPÖ-Klubobmann Josef Cap und GenossInnen vom Präsidenten des Nationalrates, Andreas Khol, wissen, wie viele politische Parteien derzeit im Nationalrat vertreten sind, wie sie heißen und über wie viele Mandate sie jeweils verfügen¹.

Was ist los in der Parteienlandschaft? Warum wird im Rahmen einer parlamentarischen Anfrage nach Fakten gefragt, die zum Basiswissen von Mittelschülern zählen?

Nach der Gründung des BZÖ brach große Verwirrung aus, wer nun Anspruch auf Parteienförderung hat, wer Mitglieder in Ausschüsse und Kommissionen entsenden kann, wem das Eigentum der FPÖ zusteht, wer für die Schulden haftet, wer Vertragspartner abgeschlossener Verträge ist usw. Sowohl die Parteienförderung, als auch die Finanzierung der politischen Akademien steht jeder „im Nationalrat vertretenen politischen Partei, die über mindestens fünf Abgeordnete (Klubstärke) verfügt“ zu. Auch das Nominierungsrecht für zahlreiche Ausschüsse, Kommissionen, Beiräte wie auch der VolksanwältInnen stellt auf das Mandatsverhältnis der im Nationalrat vertretenen politischen Parteien ab². Wer aber ist nun die „im Nationalrat vertretene politische Partei, die über mindestens fünf Abgeordnete (Klubstärke) verfügt“? Ist es die (Rest)FPÖ? Ist es das neu gegründete BZÖ, in dem der Großteil der Abge-

ordneten des freiheitlichen Parlamentsklubs vertreten ist? Sind es beide? Ist es keine?

Eindeutiger Parteibegriff?

Im österreichischen Parteienrecht muss zwischen drei Parteibegriffen unterschieden werden: erstens der politischen Partei im Sinne des Parteiengesetzes, zweitens der Wahlpartei im Sinne der Nationalrats- und Landtagswahlordnungen und drittens der Parlamentspartei oder Fraktion/Klub³. Normalerweise bilden diese Identitäten in der politischen Praxis eine Einheit: Die politische Partei erstellt aus ihren Reihen einen Wahlvorschlag und bildet damit die Wahlpartei; aus dieser gründet sich nach dem Einzug in das Parlament die gleichnamige Parlamentspartei, der Klub. Doch es geht auch anders: Immer wieder kandidieren auf Wahllisten politischer Parteien auch parteiunabhängige Personen; bei Konflikten innerhalb eines Klubs kommt es vor, dass Abgeordnete aus ihrem Klub austreten und – jedenfalls bis zum Ende der Legislaturperiode – als „wilde Abgeordnete“ im Parlament bleiben.

LIF und BZÖ – Herausforderungen für das Parteienrecht

1993 kam es zum parteirechtlichen Supergau: 5 Abgeordnete der FPÖ traten nach Differenzen mit dem Parteivorsitzenden Jörg Haider aus der politischen Partei und dem Parlamentsklub der FPÖ aus und gründeten unter der Führung von Heide Schmidt die politische Partei und den Klub: das Liberale Forum LIF.

Ja, dürfen's denn das? Dürfen sich Abgeordnete von ihrer Partei und ihrem

Klub trennen und innerhalb der Legislaturperiode eine eigene politische Partei und einen eigenen Klub bilden? Dass man sich von einer politischen Partei und einem Klub auch wieder trennen kann, ist unbestritten. Auch was die Gründung der politischen Partei betrifft, ist die Sache klar: Wird eine Satzung, die den wenigen Anforderungen des § 1 ParteienG genügt, in einer periodischen Druckschrift veröffentlicht und im Innenministerium hinterlegt, dann ist damit die politische Partei gegründet⁴.

Was aber die Bildung des Parlamentsklubs „Liberales Forum“ betrifft, war die Frage schon viel umstrittener. Das war nicht nur eine öffentlich heftig diskutierte, sondern auch verfassungsrechtlich intensiv debattierte und begutachtete Frage. Für Heinz Fischer, den damaligen Präsidenten des Nationalrats, der nach § 7 GoGNR eine Klubbildung zur Kenntnis zu nehmen hat, war es die schwierigste Entscheidung der Legislaturperiode⁵. Die Geschichte hat gezeigt, dass sie das dürfen. Das Liberale Forum wurde als eigener Parlamentsklub anerkannt und erhielt das Nominierungsrecht für Ausschüsse sowie die Klubförderung⁶.

Und nun das BZÖ: Wieder treten Abgeordnete – diesmal sogar fast alle – aus ihrer Herkunftspartei FPÖ aus und gründen eine eigene politische Partei. In dem Fall handelt es sich sogar um eine Regierungspartei. Anders als beim Liberalen Forum verkündeten jedoch die Neo-BZÖ-Abgeordneten, keinen neuen Klub zu gründen, sondern gemeinsam mit der einzigen verbliebenen FPÖ-Abgeordneten im freiheitlichen Parlamentsklub zu bleiben und diesen auch nicht umzubenennen. Und sie verhehlen auch nicht, dass dies vor allem auch finanzielle Gründe hat.

Bewegen sich diese Vorgänge im Rahmen des Parlamentarismus? Sind sie vom geltenden Parteienrecht gedeckt? Welche Konsequenzen hat das? Nun, auf die erste Frage ist mit dem freien Mandat zu antworten. Die zweite

1) 31/JPR 22. GP.

2) So § 2 ParteienG, § 1 Abs 1 Z 3 PublizistikförderungsG, Art 55 Abs 3 B-VG für den Hauptausschuss, Art 148g B-VG für die Volksanwaltschaft und zahlreiche andere Bestimmungen.

3) Siehe näher *Kostelka*, Politische Parteien in der österrei-

chischen Rechtsordnung, in FS Floretta (1983) 37 und *Heindl*, Die politische Partei im Verfassungsrecht – Parteiendemokratie, Parteibegriffe und Parteienfreiheit (Diss Wien 2002).

4) Die Anforderungen an eine Parteigründung sind so gering, dass es in Österreich über 700

politische Parteien geben dürfte. Ob diese Parteigründungen alle auch zulässig und rechtswirksam erfolgt sind, wird anlässlich der Sitzungshinterlegung nicht geprüft, sondern hätte jedes staatliche Organ im Rahmen der bei ihm anhängigen Verfahren oder zu setzenden Maßnahmen – zB

Auszahlung der Parteienförderung – incidenter zu prüfen; vgl VfSlg 9648.

5) *Fischer*, Das Liberale Forum als parlamentarische Fraktion, JRP 1993, 3.

6) Nicht jedoch Mitteln aus der Parteien- und Akademieförderung; vgl unten.

und dritte Frage zeigt die Lücken und Unklarheiten des geltenden Parteienrechts.

Das freie Mandat in einer Parteiendemokratie

In der aktuellen Diskussion um die Gründung des BZÖ und deren politischen wie rechtlichen Konsequenzen werden Lobgesänge auf das freie Mandat gehalten. Das freie Mandat ist unbestritten ein Eckpfeiler einer parlamentarischen Demokratie – gerade auch einer Parteiendemokratie. Der in Art 56 B-VG verankerte Grundsatz setzt einer zu engen Bindung der Abgeordneten an ihre Partei und ihren Klub verfassungsrechtliche Grenzen. Er schützt sie vor zu scharfen Disziplinierungsmaßnahmen und garantiert, dass auch der/dem parteiunabhängigen Abgeordneten die grundlegenden parlamentarischen Rechte zukommen.

Doch zwischen freiem Mandat und Parteiendemokratie besteht auch ein Spannungsverhältnis. Die Verfassungsrechtsordnung betont einerseits die Freiheit und Selbständigkeit jeder/jedes einzelnen Abgeordneten – auch und gerade gegenüber ihrer/seiner Partei und Fraktion. Andererseits weist sie den Parteien und Fraktionen eine wichtige Rolle im politischen Willensbildungsprozess zu und knüpft die Ausübung parlamentarischer Rechte und die finanzielle Förderung an Klubs und Parteien.

Mit diesem Spannungsverhältnis muss die Verfassungswirklichkeit umgehen. Das heißt dann eben, dass „Klubdisziplin“ zwar zulässig und in einer Parteiendemokratie auch ein wesentlicher Faktor ist; rechtlich einklagbaren „Klubzwang“ gibt es aber nicht. Das heißt auch, dass ein Parteiausschluss einer/eines Abgeordneten nicht zum Mandatsverlust führt und dass die in der Vergangenheit von den Parteispitzen gern verwendeten „Blankoverzichtserklärungen“ der Abgeordneten rechtlich unwirksam sind. Das heißt aber auch, dass finanzielle Förderungen und parlamentarische Rechte eng an die Klubs gebunden sind; ein/e parteiunabhängige/r Abgeordnete/r daher einen sehr engen parlamentarischen und finanziellen Handlungsspielraum besitzt.

Gegen die Klubbildung des LIF wurde vor allem eingewendet, dass Abgeordnete derselben wahlwerbenden Partei nur einen einzigen Klub gründen dürften und die LIF-Abgeordneten dieses Recht bereits mit dem Beitritt zum freiheitlichen Parlamentsklub konsumiert hätten. Das Mandat gehöre eben nicht nur der/dem einzelnen Abgeordneten, sondern auch ihrer/seiner Wahlpartei⁷. Ist eine Gründung eines eigenen Klubs innerhalb der laufenden Legislaturperiode nicht ein „Betrug“ an den WählerInnen, die doch die FPÖ gewählt haben? Dem wurde vor allem das freie Mandat entgegengehalten sowie die Tatsache, dass sich nach § 7 GoGNR auch Abgeordnete unterschiedlicher Wahlparteien mit Zustimmung des Nationalrats zu einem Klub zusammenschließen können und dies aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen daher auch für Abgeordnete derselben Wahlpartei, aus der man ja bis zum Ende der Legislaturperiode nicht austreten kann, möglich sein muss⁸.

Auch beim BZÖ stellen sich abgesehen von der demokratiepolitischen Diskussion ähnliche rechtliche Fragen: Die Gründung einer eigenen politischen Partei BZÖ ist unbestritten zulässig. Auch dass die nunmehrigen BZÖ-Abgeordneten weiterhin als „freiheitlicher Parlamentsklub“ agieren, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Doch welche Konsequenzen hat dies?

Offene Fragen im Parteienrecht

Klar ist jedenfalls: die rechtlichen Bestimmungen sind in einigen wichtigen Punkten unklar. Die Fragen werden in der Praxis zwar gelöst: die Klubbildung des LIF wurde anerkannt; es erhielt die Klubförderung, nicht jedoch die Parteien- und Akademieförderung, da es bei den letzten Wahlen nicht kandidiert hatte und daher nicht als „im Nationalrat vertretene politische Partei“ angesehen wurde. Höchstgerichtlich entschieden wurde diese Frage jedoch nie⁹. Und auch beim BZÖ fand man eine salomonische Lösung: das BZÖ erhält aus denselben Gründen wie das LIF weder Parteien- noch Akademieförderung und kann nur für parlamentarische Zwecke

auf die Klubförderung des freiheitlichen Parlamentsklubs greifen.

Das Parteienrecht sollte hier klarer formuliert werden. Dies betrifft nicht nur § 7 GoGNR, die Rechtsgrundlage für die Bildung von Parlamentsklubs, sondern auch all diejenigen Bestimmungen, die die politische Partei und den parlamentarischen Klub fälschlicherweise als rechtlich ident ansehen und damit in Situationen, in denen einmal nicht der Regelfall sondern der – rechtlich zulässige – Ausnahmefall eintritt, dass nämlich politische Partei, Wahlpartei und Klub keine Einheit bilden, zu rechtlichen Unklarheiten führen.

Die Forderung nach Bereinigung dieser Unklarheiten ist nicht nur der Wunsch nach mehr Klarheit und „Ästhetik“ im Parteienrecht, sondern eine dringende Notwendigkeit. Die Parteienlandschaft wird beweglicher. Fragen, wie sie schon beim LIF und nun wieder beim BZÖ aufgetreten sind, und die sich auf Landesebene potenzieren, werden sich in Zukunft noch häufiger stellen. Hier sollten die rechtlichen Regelungen eindeutig sein.

Und wenn der Gesetzgeber schon dabei ist, könnte er auch gleich an die Verbesserung der mangelhaften Transparenz- und Finanzkontrollregelungen für politische Parteien gehen und sich auch Gedanken um ein innerparteiliches Demokratiegebot machen. Nicht jede Diskussion sollte mit dem Argument, das Parteienrecht sei eine besonders sensible Materie und die Parteienfreiheit würde keine Änderungen erlauben, im Keim erstickt werden. Ja, das Parteienrecht ist eine sensible Materie. Reformen in diesem Bereich sollten von einer möglichst breiten Mehrheit getragen werden und müssen auf dem Grundsatz der Parteienfreiheit basieren. Parteienrecht ist aber auch insofern eine sensible Materie, als es um die Spielregeln des parlamentarischen Lebens geht und hier der Gesetzgeber daran gemessen wird, welche Regeln er sich selbst gibt.

*Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Patricia Heindl,
Institut für Verfassungs- und
Verwaltungsrecht der Wirt-
schaftsuniversität Wien;
patricia.heindl@wu-wien.ac.at.*

7) Winkler, Rechtsfragen der Bildung eines Klubs im Nationalrat, JBl 1993, 279.

8) Fischer, JRP 1993, 3.

9) Der VfGH entschied inhaltlich gegen die Entscheidung des Nationalrats-Präsidenten, dass die Finanzierung der FPÖ wegen des Klubbildung anerkannt wird, ein-Austritts der 5 Abgeordneten. Die gebrachten Beschwerden wies der

VfGH mangels Bescheidcharakter zurück; VfSlg 13.640, 13.641 und 13.642.

Vorwort

Iris Eisenberger

„*We must remember!*“ Wo das nationale Recht seine Grenzen hat und ein Staat sich von einem Unrechtsregime zu einem demokratischen Rechtsstaat entwickelt, ist das „Erinnern“ oft die einzige Möglichkeit, mit vergangener Unterdrückung, Menschenrechtsverletzungen oder staatlicher Gewalt umzugehen. So unterschiedliche Staaten wie Südafrika, Argentinien, Afghanistan oder die Ukraine haben diesbezüglich kein leichtes Erbe angetreten. Der Umgang mit dieser schweren Bürde der Vergangenheit verlangt neben klassisch-rechtlichen Antworten auch nicht-rechtliche Lösungsansätze. Schließlich geht es um nicht weniger als um die Schaffung von Gerechtigkeit und Verantwortlichkeit in einer Gesellschaft, in der mitunter die ganze Bevölkerung entweder Opfer, Täter oder Mitwisser eines Unrechtsregimes war.

Das aus dem anglo-amerikanischen Raum kommende junge Wissenschaftsgebiet „transitional justice“ beschäftigt sich aus dem Blickwinkel verschiedenster Disziplinen mit diesen

Problemstellungen. Dabei treffen so unterschiedliche Fachgebiete wie die Rechtswissenschaften, die Politikwissenschaft, die Wirtschaftswissenschaften, die Geschichtswissenschaften, die Psychologie, die Philosophie oder die Kunstwissenschaften aufeinander. Das sollen auch die folgenden Beiträge illustrieren. Sie zeigen das breite Spektrum von „transitional justice“ auf: von Wahrheitskommissionen über Kriegsverbrechertribunale bis zu Gedenkstätten, Reparationen und institutionellen Reformen.

So wurden weltweit über 50 Wahrheits- und Versöhnungskommissionen eingerichtet, um in staatlichen Umbruchsituationen die Bewältigung der Verbrechen autoritärer Regime mit anderen Mitteln als jenen des traditionellen Strafrechts zu erreichen. *Werner Zips* wählt exemplarisch die Südafrikanische Wahrheitskommission, und stellt die Frage, ob solche Kommissionen für Gerechtigkeit sorgen können. Sein Fazit: „Es kommt drauf an.“ Ein dauerhafter Erfolg könne nur dann gewährleistet werden, wenn im Vorfeld auf breiter Basis gleichberechtigt über die Art und Weise der Aufarbeitung von Menschenrechtsverletzungen entschieden werde.

Mit der Kraft von Gedenkstätten im gesellschaftlichen Versöhnungsprozess beschäftigt sich *Cecilia Macón*. Sie widmet

Dearing/Haller (Hg.)

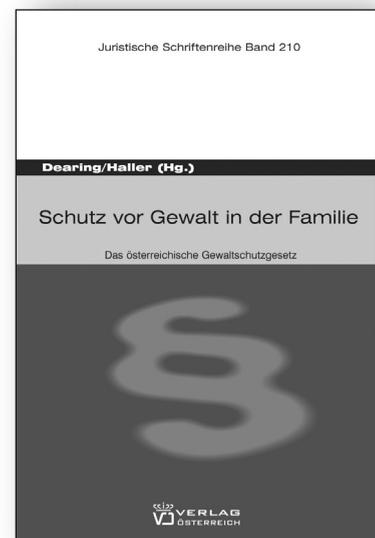
Schutz vor Gewalt in der Familie

Das österreichische Gewaltschutzgesetz

2005, 390 Seiten, br., 3-7046-4732-2, € 43,-

Mit dem Inkrafttreten des Gewaltschutzgesetzes am 1. Mai 1997 sind in Österreich Reformmaßnahmen Realität geworden, die zu einer Umwälzung der institutionellen Antwort auf Gewalt in der Familie geführt haben.

Die Beiträge von Dearing zum polizeilichen Part, von Sorgo zur Rolle der Interventionsstellen und von Schrott zur Arbeit der Familiengerichte sind aus einer Innenperspektive verfasst und werden deshalb sinnvoll von einer kritischen Würdigung der Reformmaßnahmen durch Haller ergänzt. Alle AutorInnen greifen dabei auf die Erfahrungen von vielen Jahren der Befassung mit einschlägigen Fragestellungen zurück.



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

cs122
 VERLAG
 ÖSTERREICH

ihren Beitrag dem Erinnerungspark in Buenos Aires, Argentinien, und spricht dabei selbst von einer Analyse des Versagens. Der Park sollte sowohl an das Verschwinden von rund 30.000 Menschen während der argentinischen Diktatur zwischen 1976 und 1983 erinnern, als auch zur Aussöhnung beitragen. *Macón* zufolge sind Perioden der „transition“ einzigartig in ihrer Spannung zwischen Kontinuität und Diskontinuität. Einerseits werden sie vom Willen zu einem Neubeginn getragen, andererseits sind sie von der historischen und politischen Verantwortung zur Wiedergutmachung und Bestrafung gekennzeichnet. Der Gedenkpark in Buenos Aires leugnet jedoch diese Spannung, indem er die Vergangenheit ablehnt, um die Gegenwart zu legitimieren.

Dem Thema der Vergangenheitsbewältigung und Verfassungsentstehung in Afghanistan sind die Beiträge von *Michael Schoiswohl* und *Gregor Ribarov* gewidmet. *Schoiswohl* zeigt, dass Vergangenheitsbewältigung im Nachkriegsafghanistan aus Stabilitätsgründen nur in kleinen Schritten möglich ist. Zu groß sei die Gefahr, das „Feuer der Gewalt“ wieder zu entfachen. Das Fundament sei jedoch mit der Ausgrenzung jener Kräfte, „die sich in der Vergangenheit durch Brutalität und Verachtung der Menschenrechte ausgezeichnet haben“, gelegt. Daran anschließend behandelt *Ribarov* die Bedeutung des internationalen Verfassungsrechtes im Transitionsprozess Afghanistans. Die internationale Gemeinschaft könne sowohl bei der Etablierung neuer Staatsstrukturen als auch bei der Einführung internationaler Menschenrechtsstandards eine wichtige Hilfestellung bieten. Dabei werde dem internationalen Verfassungsrecht etwa bei der Entscheidung staatsrechtlicher Streitigkeiten angesichts fehlender Judikatur eine entscheidende Rolle zukommen.

Iris Eisenberger und *Gerda Marx* widmen sich der Frage des „transitional constitutionalism“. Sie beleuchten dabei verfassungsrechtliche Fragestellungen in Zeiten des gesellschaftlichen und staatlichen Umbruchs, wie nach dem Zusammenbruch des Kommunismus in den osteuropäischen Staaten. Ein besonderer Einfluss kommt hier westeuropäischen Verfassungskonzepten zu, nicht zuletzt infolge des Strebens dieser Staaten in die Europäische Union. Anhand der richterlichen Unabhängigkeit sowie der Informationsfreiheit in der postkommunistischen Ukraine zeigen *Eisenberger* und *Marx* exemplarisch die Probleme eines solchen Reformprozesses auf.

Schließlich widmet sich *Ronald Faber* den Fragen der Wahrheit und Gerechtigkeit aus historischer Perspektive. In das Zentrum seiner Überlegungen stellt er „Österreichs vergessene 1918er-Kommission“, in der er einen frühen Anlauf zu einer Wahrheitskommission sieht. Diese Kommission erforschte zwischen 1918 und 1922 Kriegsverbrechen und andere schwere Verfehlungen österreichisch-ungarischer Generäle während des Ersten Weltkrieges. Die Ergebnisse der Kommission sollten die Grundlage für strafgerichtliche Sonderverfahren vor dem OGH liefern. *Faber* stellt der Kommission ein ambivalentes Zeugnis aus: So konnte sie zwar Klarheit über die geschichtlichen Ereignisse schaffen, persönliche oder institutionelle Verantwortlichkeit für die von der Armee begangenen Menschenrechtsverletzungen konnte sie jedoch nicht erreichen. Der Kommission sei aber jedenfalls eine bemerkenswerte emanzipative und revolutionäre Rolle in der neu gegründeten Republik zu attestieren.

Ein Resümee, das jenen Mut machen könnte, die den beschwerlichen Weg der Vergangenheitsbewältigung noch vor sich haben.

Sparen Sie Ihre wertvolle Zeit, lassen Sie die JUSLINE für sich recherchieren!

Geben Sie einfach mitten aus Ihrer Konferenz die gesuchte Firma oder Liegenschaft per Webformular, E-Mail oder auch Anruf bekannt, Sie erhalten umgehend die entsprechenden Auszüge gemailt oder gefaxt. Diesen Service gibt es nur bei JUSLINE.



Firmenbuch-, Gewerberegister- und Grundbuchauszüge sowie Meldeauskünfte

www.jusline.at

JUSLINE ist offizielle Verrechnungsstelle für Grundbuch und Firmenbuch, sowie Service-Provider für das Zentrale Melderegister. Bei den Komfortabfragen (siehe oben) erhalten Sie die Auszüge von Montag bis Donnerstag von 8 Uhr - 17 Uhr und Freitag von 8 Uhr - 16 Uhr umgehend zugesandt, Abfragen an Wochenenden werden innerhalb der ersten beiden Arbeitsstunden des nachfolgenden ersten Werktages bearbeitet.

JUSLINE GmbH, 4690 Schwanenstadt, Tel. 07673-6457 **Service for Professionals.**

jusline.at

*Mandela beware!
Mind you share out wi (our) share!
Over 400 years, dem no care!
Who is going to pay for all the black blood shed?
Who is going to pay for all the Soweto children dead?
Freedom now! Or face the gun!
Negotiating for what belong to you,
could never be a noble thing to do...
Sitting and talking while blacks die every day
Going 'round and 'round, trying a peaceful way...
Mutabaruka, Beware!¹*

1. Einleitung: wer sagt, was wahr und gerecht ist?

Lassen sich Wahrheit und Gerechtigkeit vermählen? Ist das ein rechtlicher, politischer, ethischer oder rituell-religiöser Akt? Gibt es Wahrheit und Gerechtigkeit überhaupt im Singular? Könnten sie aus der Pluralität der lebensweltlichen Perspektiven, Weltbilder, Interessenlagen, ethisch-religiösen Empfindungen und Befindlichkeiten durch einen allgemeingültigen Imperativ (ein „Universalrecht“) – kategorisch oder nicht – heraus geschält werden? Geht das nur durch ein a priori, dessen Gültigkeit auf der elitären Kraft der philosophischen Einsicht (be)ruht? Hätte ein derartiges Urteil jemals die Chance auf Anerkennung oder müsste es erst wieder auf eine wie auch immer gestaltete „Supermacht“ zurückgreifen? Handelt es sich dabei nicht logischerweise um Selbstgerechtigkeit/Ungerechtigkeit im Gewand von Gerechtigkeit und im vorgespilten Besitz der absoluten Wahrheit? Sind Wahrheit und Gerechtigkeit daher nichts anderes als kontingente Herrschaftsansprüche und Gewaltanmaßungen? Lässt sich über Wahrheit und Gerechtigkeit daher allenfalls streiten oder Krieg führen („diskutieren“ im engeren Sinn²), aber niemals nur sprechen und beraten? Und falls doch, können sich Menschen auf das eine wie das andere verständigen und einigen? Oder bleibt es der Verfügungsgewalt von Lebenden entzogen und an eine imaginierte naturrechtliche Unabänderlichkeit gebunden? Vielleicht sogar auf einen (oder mehrere) göttliche/n Willen verwiesen? Oder sind Wahrheit und Gerechtigkeit vielmehr aufeinander angewiesen? Als Voraussetzungen, die Recht erst begründen und legitimieren können? Sind Wahrheit und Gerechtigkeit damit gar untrennbar? Und beginnt das Recht, jedes Recht, erst dort, wo die Pluralität der Wahrheiten und Gerechtigkeiten zu einer von allen akzeptierten Konsensformel kondensiert wurde? Die erst dann „be-rechtigt“ ist, aus der Zustimmung das Recht auf Zwang abzuleiten?³ Rechtspositivisten haben diese Sorgen nicht und sind dafür – zumindest zu Beginn eines solchen Artikels – durchaus zu beneiden.

Unter anderem auch, weil die Aufgabenstellung, einen kurzen Beitrag zum Verhältnis von Wahrheitskommissionen zur (transitionalen) Gerechtigkeit zu verfassen, angesichts der Menge an publizierten und unpublizierten Standpunkten und Perspektiven fast nur scheitern kann. Warum ich es trotzdem

versuche, diesem sich seit Jahrtausenden ausbreitenden und verästelnden Diskursuniversum ein paar Gedanken hinzuzufügen, hat mit zwei Interessen zu tun: einem theoretischen, nämlich den Gerechtigkeitsbegriff kritisch im Rahmen einer empirischen Rechtsanthropologie zu nutzen; sowie dem praktischen, auf die Gefahren einer letztlich doch noch scheiternden Versöhnung in Südafrika, die an Wahrheit und Gerechtigkeit orientiert war, hinzuweisen. Letzteres ist mit einer persönlichen Betroffenheit verbunden. Seit einigen Jahren habe ich meine Forschungsinteressen an rechtlichen und politischen Fragestellungen von der Karibik und Westafrika auf das südliche Afrika ausgedehnt. Weit gehend im Windschatten des Weltinteresses geht hier ein politisches Experiment der sozia-

Die Flüchtigkeit des Regenbogens

Wahrheitskommissionen als Wege zur Gerechtigkeit

Werner Zips



len Transformation vonstatten, das mit Sicherheit gravierende Auswirkungen im globalen Kontext haben wird. Scheitert der beeindruckende Versuch der partizipatorischen Integration im Neuen Südafrika, werden von der lokalen Bruchstelle mit hoher Wahrscheinlichkeit Schockwellen ausgehen, die allegorisch gesprochen mit dem Tsunami im Indischen Ozean vergleichbar sein könnten.

2. Aussöhnung im Transitionsprozess der Nationsbildung

Wahrheit und Gerechtigkeit sind die beiden Achsen, um die in Südafrika etwas in Gang gesetzt werden sollte, das weltweit für beinahe unmöglich gehalten wurde: aus der Perversion eines Staatswesens des institutionalisierten Rassismus einen friedlichen Prozess des „nation-building“ einzuleiten, an dessen Ende der Rassismus und mit ihm vielleicht sogar die Konstruktionen von Rassen überhaupt, mit ihren unvermeidbar diskriminierenden Tendenzen, zu Grabe getragen werden sollten. Im Mittelpunkt dieses Transitionsprozesses – von *governance*, nicht so sehr von *justice* – stand eine Wahrheitskommission, die *Truth and Reconciliation Commission* (TRC), die ich exemplarisch (nicht repräsentativ) für andere Wahrheitskommissionen und vergleichbare Institutionen des Übergangs in diesem Beitrag behandeln möchte. Dahinter stand das unerklärte Ziel, den früheren Machthabern Süd-



1) Auf der CD *Melanin Man*, 1994 Revolver Records. 2) Von lat *discutio*: zerschlagen, zertrümmern.

3) Siehe zu diesen und noch mehr Fragen zur Gerechtigkeit auch das Sonderheft „Was ist gerecht?“ des Journal für Philosophie: der blaue reiter, Nr 19 (1/04).

afrikas und der Welt eine Lehre über die Jahrhunderte lang unterdrückten Kompetenzen von afrikanischer (kommunikativer) Vernunft, demokratischem Verständnis und ethischer Menschlichkeit zu erteilen. Wenn es gelänge, aus der krassen Segregation in Schwarz und Weiß („Apartheid“) mit eigener Kraft eine vielfarbige Einheit und Einigkeit zu bilden, könnte dem arroganten, selbstgefälligen und unzulässig paternalistischen westlichen Entwicklungsdiskurs zur Demokratisierung handlungsmächtig widersprochen werden. Was unter dem nachweislichen Einfluss der ehemaligen Kolonialmächte in so vielen afrikanischen Staaten dramatisch scheiterte (die „Demokratische“ Republik Kongo, Ruanda, Angola, Mocambique können für eine ganze Reihe weiterer Beispiele stehen), sollte ausgerechnet am Ort des wohl längsten systematischen Verbrechens gegen die Menschlichkeit im 20. Jahrhundert Erfolg haben. Dafür steht die Metapher des Regenbogens.⁴

Während bei den nach absoluten Opferzahlen größeren Verbrechen gegen die Menschlichkeit im vergangenen Jahrhundert – wofür Auschwitz, Dachau, aber auch Hiroshima und Nagasaki einige paradigmatische Namen darstellen – eine aktive Vergangenheitsbewältigung weitgehend ausblieb, nahm das Neue Südafrika dieses schmerzliche und risikoreiche Unternehmen in Angriff. Nach zehn Jahren Transformationsprozess zu einer geeinten, auf der Basis von Gleichheit, Gerechtigkeit und Frieden organisierten Rechtsgemeinschaft stellen sich viele die Frage nach dem derzeitigen Zwischenstand dieses ehrgeizigen Projekts. Wie könnte eine derartige Bilanz zwischen Erreichtem und Verfehltem aussehen? Vielleicht erwartungsgemäß fällt der Befund für die meisten SüdafrikanerInnen, aber auch für weniger betroffene BesucherInnen des Landes, ambivalent aus. Aus meiner persönlichen Wahrnehmung mehrerer Aufenthalte in Südafrika im Zeitraum der letzten acht Jahre erscheint mir die Hartnäckigkeit überkommener rass(ist)ischer Deutungen und Haltungen eklatant. Unterschiedlicher könnten die Perspektiven der einzelnen ethnischen Gruppierungen des euphemistisch und optimistisch zur „Rainbow Nation“ erklärten Neuen Südafrika kaum sein. Dabei kommt eine Mehrheit von Weißen, die mir bei zahlreichen, zugegebenermaßen zufälligen Begegnungen ihre Rassentheorien und Selbstbemitleidungen ob der veränderten Situation aufdrängten, nicht gerade gut weg. Hingegen könnte ich kein einziges vergleichbares Erlebnis von Angehörigen der früher diskriminierten Gruppe berichten. Wäre es nicht eindeutig wider das bessere Wissen gültiger sozialer Rassismustheorien, würden entsprechende Erlebnisse eine Generalisierung und sogar Essentialisierung entsprechender Geisteshaltungen nahe legen. Diese Eindrücke sind bestimmt nicht repräsentativ, zeigen aber vielleicht im alltagsweltlichen Kontext, dass zur Aussöhnung und Integration alle Beteiligten

gefordert sind. Ob in diesem Sinn die Wahrheits- und Versöhnungskommission überfordert war?⁵

3. Die Vision einer neuen Gesellschaft: Versöhnung durch Wahrheit

Nicht viele haben am Vorabend der ersten freien Wahlen in Südafrika auf einen friedlichen Übergang gesetzt. Für eine skeptische Haltung (die ich teilte) sprach, dass die dafür notwendige Bereitschaft zum Vergeben und zur Versöhnung angesichts der Gräueltaten während der offiziellen, rechtlich verankerten Apartheid⁶ und der Jahrhunderte langen Praxis von Völkermord, Versklavung, Zwangsarbeit und allen erdenklichen Formen der Diskriminierung, eine geradezu übermenschliche moralische Größe voraus setzte. Eine Bereitschaft zur Vergebung, die vielleicht von einigen herausragenden Persönlichkeiten wie Nelson Mandela oder Desmond Tutu erwartet werden konnte, aber wohl kaum von einer großen Bevölkerungsmehrheit. Für die meisten Weißen in Südafrika war soviel an menschlicher Größe ebenfalls unvorstellbar. Nicht wenige rechneten mit Vergeltung und Racheakten nach der Machtübernahme im Jahr 1994. So berichtete mir ein Bekannter aus Johannesburg, dass er sich wie fast alle seine Freunde, mit Munition eingedeckt, in seinem Haus verbarriadiert hatte, um bei etwaigen Attacken gegen sich und seinen Besitz, nach den ersten freien Wahlen vom 26.-28. April 1994, „wenigstens so viele wie möglich mit zu nehmen“. Zu seiner Überraschung fand er sich am Abend des 28. April in einer spontanen Straßenfeier zum Wahlsieg des *African National Congress* (ANC) wieder, zu der ihn feiernde Schwarze und sympathisierende Weiße eingeladen hatten.

Schon vor diesen Parlaments- und Präsidentenwahlen waren die Weichen zu einem Integrationsprozess gestellt worden, der nicht auf einseitigen Gesetzesakten beruhte, sondern auf einer gleichwertigen Teilnahme aller Betroffenen.⁷ In der schwierigen und Gewalt geladenen Zeit der Verhandlungen zwischen Mandelas ANC und De Klerks NP (*National Party*) sowie der *Inkatha Freedom Party* (IFP) und anderen Parteien erlaubte nur der normative Diskurs über die neue Verfassung, eine tragfähige Basis für die angestrebte (Übergangs-)Regierung der Nationalen Einheit zu bauen.⁸ Erst nach dem offiziellen Ende der Verhandlungen über eine neue Verfassung erhielt ein technisches Komitee den Auftrag, einen Paragraphen zur von der National Party verständlicherweise gewünschten Amnestie für Menschenrechtsverletzungen und andere Verbrechen während der Apartheid aus zu arbeiten. Dieser Nachtrag erhielt den Titel „Nationale Einheit und Versöhnung“, welcher sich teilweise im 1995 erlassenen Gesetz zur Einrichtung der Wahrheits- und Versöhnungskommission wieder fand. Während aber zumindest die National Party auf eine Art Amnestiemechanismus in Form einer Strafflosigkeitsgarantie

4) Das Bild steht allerdings auch für eine ephemere Himmelserscheinung, deren Anblick oftmals so kurz ist, dass die Zeit nicht einmal für eine Momentaufnahme reicht.

5) Vgl. *Bacher*, Der Beitrag von Wahrheitskommissionen zur Friedenskonsolidierung und dauerhaften Versöhnung: das Beispiel Südafrika (2004).

6) Die in einer Vielzahl von Einzelgesetzen ab

1945 stufenweise normiert wurde und damit die rassistischen Haltungen der weißen Minorität in Gesetzestexte fasste; vgl. *Wolf*, Versöhnung in Südafrika (2003) 24-27.

7) Darin zeigt sich ein wichtiger Unterschied zu den beispielsweise in Österreich geläufigen Ansätzen, die einen Gesetzesakt als „Integrationsvertrag“ benennen, und so die doppelte Bedingung des Euphemismus und der

legistischen Fiktion, im Sinne einer bewusst Wahrheitswidrigen Annahme der Wirklichkeit, erfüllen.

8) Vgl. beispielsweise *Wilson*, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa* (2001) 6: „Constitutionalism became the compromise arrangement upon which the ANC and NP could agree a ‘sufficient consensus’.“

hoffte, erhielt die *Truth and Reconciliation Commission* nur die Kompetenz, in besonderen Fällen und unter spezifischen Voraussetzungen von einer Strafverfolgung abzusehen.⁹ Ihr Motto „Versöhnung durch Wahrheit“ schuf einen Weg, aber keinen Automatismus zum Verzicht auf Strafe in Form von vergeltender Gerechtigkeit.

Aus der Geschichte des Freiheitskampfes geht aber klar hervor, dass retributive Gerechtigkeit bei sehr vielen zivilgesellschaftlichen Kräften eine zentrale Bedeutung einnahm. Diese hatten ihr eigenes „Gerechtigkeitssystem“, als Alternative zu den rassistischen gerichtlichen und polizeilichen Apartheidinstitutionen, geschaffen, um Sanktionsmöglichkeiten gegen wirkliche und vermeintliche Kollaborateure zu kontrollieren. Nach dem Ende der Apartheid erhofften sie sich eine Legitimation dieser „Volksgerichte“. Viele, vor allem jugendliche Kader aus dem Kreis der *Comrades*, ertrugen die hohen Verluste an Menschenleben, aber auch die mentalen und psychischen Kosten der permanenten Erniedrigungen und Diskriminierungen nur im Hinblick auf eine baldige Wendung des Blattes. Und darunter verstanden sie, wie zahlreiche SympathisantInnen im Ausland – beispielsweise der in der Präambel zitierte Bürgerrechtsaktivist, Sozialphilosoph und Reggae-Star Mutabaruka – eine radikale Umverteilung von Sanktionsgewalt, Macht, Herrschaft und Besitzverhältnissen. Das belegt ein weiterer Textauschnitt aus dem eingangs zitierten Gedicht, der den Geist einer widerständigen, auf Abrechnung und Vergeltung drängenden Jugend recht zutreffend paraphrasieren sollte:

*Azania when? Who is enemy, who is friend?
Azania plan, take back the lan’!
And the time will come, when blacks will rule
But will it be only a talk and a tool?
Disguised in blackness doing his best
Apartheid disguised in African blackness
Mandela beware! Mind you share out we share!¹⁰*

Angesichts solcher, nur allzu verständlicher Haltungen einer ansehnlichen Bevölkerungsgruppe bedurfte es schon eines sehr hohen Legitimationsaufwandes, um einen Transformationsprozess auf den umstrittenen Werten der Wahrheit und restaurativen Gerechtigkeit aufzubauen und durch die TRC umzusetzen. Der Königsweg zu diesem Ziel war die (Re)Konstruktion eines panafrikanischen Gerechtigkeitsbegriffs und der damit angeblich verwobenen Werte der Versöhnung, des Vorranges der Gemeinschaft vor den Rechten des Einzelnen, des sozialen Friedens vor dem Prinzip der „gerechten Strafe“, der Menschenwürde, Solidarität und der kommunikativen Vernunft der Konsensorientierung. Für die-

se und ähnliche Dimensionen wurde ein afrikanischer Begriff gefunden: *Ubuntu*, den vor allem der von Nelson Mandela eingesetzte Vorsitzende der Wahrheitskommission, der ehemalige anglikanische Erzbischof Desmond Tutu, prägte.¹¹

„*Ubuntu* says I am human only because you are human. If I undermine your humanity, I dehumanize myself. You must do what you can to maintain this great harmony, which is perpetually undermined by resentment, anger, desire for vengeance. That’s why African jurisprudence is restorative rather than retributive.“¹²

4. Mission Impossible

Von den vielen möglichen Lesarten dieser Konstruktion einer essentiell afrikanischen Rechtsprechung als restaurativ scheint mir jene am meisten argumentatives Gewicht zu besitzen, die auf den historischen und globalen Zusammenhang Bezug nimmt. Danach ging es den führenden ProponentInnen rund um Madiba („Vater der Nation“) Mandela nicht nur um den Aufbau einer neuen Gesellschaft aus einer der monströsesten Verzerrungen einer staatlichen sozialen Gemeinschaft, dem Afrikaander Apartheidstaat.¹³ Sondern auch, und vielleicht sogar vor allem, um die Verbreitung einer nachhaltigen Botschaft an die Welt. Ihr Kern bestand in der Unhaltbarkeit jeglicher rassistischer Doktrinen, aber auch in den zu widerlegenden Thesen der westlichen Modernisierung, die sich um die Sprachspiele der Unterentwicklung ranken. Mit diesem „discourse of lack“¹⁴ wird so genannten „Entwicklungsländern“ unter anderem vorgehalten, dass sie kein „richtiges“ Recht (Rechtsstaatlichkeit oder *rule of law*), keine ordentliche Politik (Mehrparteiendemokratie) und Ökonomie (liberalisierte Marktwirtschaft) sowie wahre Religion (Christentum) besäßen. Nach zehn Jahren zurückgelegtem Weg zum Ziel dieser „Mission Impossible“ – einer Transformation des systematischen Menschenrechtsverletzungsstaates zur „Regenbogennation“ – sind die Erfolge jedoch unleugbar.¹⁵ Auch wenn es nur wenige bemerken oder gar zugeben wollen, hat der rechtlich verordnete Weg des Verstehens statt Rache, der Wiedergutmachung (Reparation) statt Vergeltung, des *ubuntu* statt rechtlicher Diskriminierung Rechtsgeschichte geschrieben. Im 200. Todesjahr von Immanuel Kant hat sich eine Gesellschaft vielleicht erstmals in der nicht besonders erfolgreichen Geschichte (seit) der Aufklärung ein Gesetz gegeben, das den kategorischen Imperativ von einem a priori der Moral auf das gesatzte Recht einer selbst gegebenen und demokratisch legitimierten Verfassung gestellt und in Folge von den tönernen Füßen des Sollens auf den harten Boden der Alltagsrealität „herab geholt hat“. ¹⁶ Ihr Terrain wurde zu einem Gutteil von der TRC und ihren Diskursen der Versöhnung auf der

9) Durch den „Promotion of National Unity and Reconciliation Act“, Nr 34, der die TRC gegen Ende 1995 etablierte;
www.doj.gov.za/trc/legal/act9534.htm.

10) Mutabaruka, *Beware*, auf der CD *Melanin Man*, 1994 Revolver Records.

11) Siehe dazu genauer Wilson, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa* (2001) 9-13.

12) *Desmond Tutu*, Mail and Guardian vom 17. März 1996.

13) Allein die Selbstbezeichnung als „Afri-

kaander“ enthüllt neben dem selbstgefälligen Pioniergeist auch den Versuch, den Titel der Okkupation durch ein *ius solis* zu legitimieren und sich so zu den besser und sogar einzig berechtigten Landherren zu machen.

14) Vgl zu diesem Begriff: *Nader*, *The Americanization of Law*, in: *Griffiths/K von Benda-Beckmann/F von Benda-Beckmann* (eds), *Mobile Law, Mobile People* (2005).

15) Siehe dazu *Sauer*, 1994 – 2004: Zehn Jahre Freiheit in Südafrika (1994) 4, Indaba 41/04.

16) Dass diesem historischen Durchbruch nicht genügend Achtung geschenkt wird, hat wohl auch mit dem Krieg gegen den Terror und für die Beibehaltung der (gar nicht so) Neuen Weltordnung zu tun, die für entsprechende Ablenkung sorgt, vor allem auch weil dieser globale Feldzug schon rein statistisch klar für den exponentiellen Zuwachs an Terror sorgt, durch den er sich (zur Freude der Waffenindustrie) in einem *Circulus vitiosus* legitimiert.

Basis von Wahrheiten besetzt. Am neu eingerichteten Staatsfeiertag, dem ersten *Day of Reconciliation* am 16. Dezember 1995 traf sich erstmals die TRC und erhielt in Desmond Tutus Eröffnungsrede ein programmatisches Konzept der Heilung eines verwundeten Volkes.¹⁷ Damit sollte die Transition zu einer beispielgebenden Kultur der Menschenrechte aus einer Praxis der Menschenverachtung gefördert und begleitet werden, wie Wilson zusammenfasst:

„The Truth and Reconciliation Commission (1995–2001) was the archetypal transitional statutory body created to promote a 'culture of human rights' in South Africa. It was a key mechanism to promote the constitutionalist political order and the reformulation of justice in human rights talk as restorative justice.“¹⁸

Demgemäß erhielt die Idee der Menschenrechte eine kulturelle Dimension und Prägung durch eine historische ethnische Erfahrung (der Unterdrückung). Im scharfen Kontrast zum nur vorgeblich aufgeklärten modernen Recht der Europäer, die sich selbst zu Afrikaandern erklärt hatten, um den Landdiebstahl zu vertuschen und ihre Herrschaftsansprüche durch die Rechtstraditionen des Roman-Dutch law zum Durchbruch zu verhelfen, entwickelten die neuen Institutionen des Verfassungsgerichtes (Constitutional Court) und der TRC ein genuin Afrikanisches Recht der Vergebung, Nächstenliebe, Menschlichkeit und des Mitgeföhls. Durch diese (Re)Konstruktion sollten die „wilden Formen“ der Gerechtigkeit durch Vergeltung, wie sie von den politischen Kadern in der Apartheid-Ära gegen Kollaborateure des Alten Regimes und des Verrats Verdächtige praktiziert wurden – z.B. durch die grausam abschreckende Methode des „necklacing“ (der Umhängung eines brennenden Autoreifens) – delegitimiert werden, ohne die Unterstützung der Freiheitskämpfer zu verlieren. Insofern sollte das afrikanische Rechtsverständnis *ubuntu* die Menschenrechtsprozesse gewissermaßen über das reduktionistische (europäische) Verständnis einer retributiven Gerechtigkeit hinaus auf die moralisch höhere afrikanische Ordnung der Vergebung und Versöhnung, i.e. der restaurativen Gerechtigkeit, empor heben.

Diese Essentialisierung der Afrikanischen Vorstellung und Praxis eines „gerechten Rechts“ besitzt durchaus Entsprechungen in anderen Teilen des Kontinents und der Afrikanischen Diaspora. Sie findet sich beispielsweise im zentralen Symbol des Ashanti-Königtums im heutigen Ghana wieder: der riesige Königsschirm, unter dem judizielle, legislative und administrative Entscheidungen gefällt werden, steht wie der frühere Versammlungsbaum für Kühle, Überlegtheit, rationale Prozeduren der Entscheidungsfällung auf der Basis der besseren und besten Gründe, der Unparteilichkeit, Öffentlichkeit und Partizipation der gesamten Gemeinschaft der Lebenden, Toten und Ungeborenen – als Ausdruck des unbestreitbaren Prinzips der Nachhaltigkeit.¹⁹

Aber diese symbolistisch vermittelten Maßstäbe für ein „gerechtes Recht“, soll heißen eine gerechte Recht(sprechungs)spraxis, erhielten im Falle der TRC noch eine stark religi-

ös-christliche Komponente. Damit verbindet sich freilich die Gefahr, nicht das geschehene Unrecht zu einer Haftung für den zugefügten Schaden und damit zur Chance eines Neubeginns (der gestörten Beziehung) zu transformieren, sondern ein Recht des Einzelnen innerhalb einer Gemeinschaft von Geschädigten auf dem Altar der sozio-psychischen Heilung zu opfern. Wenn solchermaßen aber „das Recht“ zur (gottgewollten) Moral gewandelt wird, bedeutet das nur für die Gläubigen einen Gewinn an – eben – „Glaubwürdigkeit“. Für eine Mehrzahl von „gewöhnlichen Sterblichen“ bedingt das vielmehr einen Verzicht auf rechtliche Vergeltung als einen möglichen Weg zur Versöhnung. Ein derartiger Verzicht würde aber wenigstens ihre vorherige Zustimmung benötigen, was – im Prozess der Verfassungsgebung, wie oben skizziert – nur ungenügend geschah. Nicht alle vermögen oder wollen – wie Vater Mandela – die Größe aufzubringen, nach 27 geraubten Lebensjahren in einer winzigen Zelle auf der Gefangeneninsel Robben Island, zu verzeihen und die Ideen der Freiheit, Gleichheit und „Geschwisterschaft“ (statt der als *gender-based* erkannten Brüderlichkeit) zu propagieren und diese gleichzeitig zu leben.²⁰ Vielleicht entspricht es auch gar nicht den primären Zielen einer Mehrheit, der Welt zu demonstrieren, dass man den eigenen Idealen von Revolution und Aufklärung nicht in den Rücken fallen müsse. Bei weitem nicht allen Schwarzen SüdafrikanerInnen ging es darum, einen Präzedenzfall für die Vereinbarkeit von Revolution, Versöhnung und Menschenrechten zu schaffen. Denn dieser Großmut hat einen hohen Preis, dessen Hauptlast die Ärmsten und am stärksten Betroffenen tragen müssen. Sie werden nämlich auf später vertröstet, sowohl was den Ersatz für erlittenes Unrecht als auch die Früchte ihres hohen Einsatzes (oftmals von Leben und Gesundheit) angeht.

Darauf bezieht sich die scharfe Warnung eines Mutabaruka (wie eingangs zitiert) vor einem Ausverkauf der rechtmäßigen Ansprüche und Anteile (wie etwa an zuvor gestohlenem Land) oder die analytische Kritik der Wahrheits- und Versöhnungspolitik Südafrikas durch den Sozialanthropologen Richard A. Wilson. Um seinen Vorwurf der prozeduralen Nachahmung eines Gerichts durch den Amnestie-Prozess der TRC, ohne Anwendung der üblichen rechtlichen Regeln und Standards, adäquat verstehen zu können, gilt es, sich die deutsche Doppelbedeutung des vorgehaltenen „compromise of justice“ zu vergegenwärtigen. Danach geht es nicht bloß um einen sozialen Kompromiss zwischen ehemaligen Feinden, sondern auch um den zweiten Bedeutungsgehalt des englischen „*to compromise oneself*“ oder „*to compromise one's principles*“, nämlich sich selbst zu kompromittieren, seinem Ansehen zu schaden, oder seinen Prinzipien untreu zu werden. Denn die Polarisierung zwischen den unterschiedlichen Positionen einer retributiven (als revanchistisch-europäisch gebrandmarkten) Gerechtigkeit und einer restaurativen (als höherwertig Afrikanisch stilisierten) Gerechtigkeit spielt unnötigerweise die eine Funktion von Gerechtigkeit gegen die andere aus:

17) Siehe auch *Desmond Tutu, No Future Without Forgiveness* (1999) 87.

18) *Wilson, Politics* 13.

19) Vgl *Zips, Das Stachelschwein* erinnert

sich: Ethnohistorie als Praxeologische Strukturgeschichte (Anthropologie der Gerechtigkeit I 2003); sowie *ders, Gerechtigkeit* unter

dem Mangobaum. Rechtsanthropologische

Forschung zu einer Insel des Rechts (Anthropologie der Gerechtigkeit II 2003.

20) Siehe dazu *Mandela, Der lange Weg zur Freiheit* (1994).

„Creating a polarity between 'African' *ubuntu*/reconciliation on the one hand and 'Western' vengeance/retributive justice on the other closes down the space to discuss fully the middle position – the pursuit of legal retribution as a possible route to reconciliation in itself. The constitutional right of citizens to due justice, to pursue civil claims against perpetrators, is taken away by amnesty laws, which preclude both criminal and civil prosecutions. This was justified in terms of a uniquely African form of compassion, or *ubuntu*. By combining human rights and *ubuntu*, human rights come to express compromised justice and the state's abrogation of the right to due process.“²¹

**5. Beurteilung statt Verurteilung:
Das (Sprach-)Spiel der Mörder**

Unzählige, oftmals ergreifende Filme, Bücher und Berichte erweckten den Eindruck, dass viele der freiwillig vor der TRC aussagenden Täter vor allem das eigennützige Ziel der Straflosigkeit durch Amnestie verfolgten.²² Damit stehen sie auch im deutlichen Widerspruch zu jüngeren Entwicklungen der internationalen Menschenrechte, etwa der Einrichtung von internationalen Straftribunalen (wenngleich diese als Ad Hoc Tribunale noch stark unter dem Beigeschmack der „Siegerjustiz“ leiden) und eines Internationalen Strafgerichtshofes, die ein Weltstrafrechtsprinzip vor Augen haben.²³ Von den drei Komitees, die zur TRC gehörten, namentlich das *Human Rights Violations Committee*,²⁴ das *Reparations and Rehabilitation Committee*²⁵ und das *Amnesty Committee*,²⁶ blieben vor allem die Entscheidungen des Amnestie-Komitees höchst umstritten. Obwohl sie zum Unterschied der „Persilschein“-Amnestien in Chile, Argentinien und El Salvador auf Grund genauer rechtlicher Vorgaben erfolgten, widersprachen sie nach einer breiten öffentlichen Meinung (der während der Apartheid Diskriminierten) den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit und verrieten den Gedanken der individuellen Strafverfolgung bei schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen, als Grundvoraussetzung einer demokratischen Transition des vorherigen Unrechtsstaates.

Für die Antragsteller auf Begnadigung und Strafverfolgungsfreiheit genügte es somit, ihre Taten offen zu legen,

sich der öffentlichen Beurteilung – statt einer gerichtlichen Verurteilung – unter voller Preisgabe ihrer Identität zu stellen und die Involvierung ihrer Vorgesetzten zu dokumentieren. Dann konnten sie einer strafrechtlichen Sanktion durch individuelle Amnestie entgehen. Reue oder das bloße Zeigen von Schuldgefühlen waren keine Voraussetzung. Wer die Bilder von emotionslos ihre Morde, Folterungen und andere Verbrechen schildernden Antragstellern, in der Gegenwart der nächsten Verwandten ihrer Opfer, miterlebt hat, konnte sich der Erschütterung auch aus der „zeitlichen und räumlichen Distanz“ der nicht unmittelbar Betroffenen kaum entziehen. Ihre Fassungslosigkeit, Enttäuschung und Wut war nur allzu begreiflich. Was es für die Mütter, Väter, Eheleute und Kinder aber bedeutet haben mag, die stundenlangen Schilderungen der größten Menschenrechtsverletzungen an ihren Angehörigen mit zu hören und dann gegebenenfalls einen im Falle einer Begnadigung sichtlich erleichterten, wenn schon nicht feiernden Täter zu erleben, bleibt kaum nachvollziehbar. Dem behaupteten Afrikanischen Heilungspotential einer kommunikativen Verständigung entsprach das jedenfalls nur in seltenen Idealfällen.²⁷ Zu offensichtlich bedienten sich die (in vielen Fällen bereits gerichtlich verurteilten) Täter des Verfahrens, um durch Geständnis-Sprachspiele von längst juristisch Bewiesenem ihre Freiheit zu erwirken. Zweifellos stand diese „religiös-theologische“ Kultur der (möglichen) Straflosigkeit im Geiste der Versöhnung aber im eklatanten Widerspruch zum Gedanken des Weltstrafrechtsprinzips einer *universal jurisdiction*, die auf die innerstaatlichen Bedürfnisse der Nationsbildung, der Zusammensetzung einer stabilen Regierung und des sozialen Friedens weniger Rücksicht nehmen muss. Insofern spiegelt die Gleichung „Menschenrechtsgerechtigkeit ist gleich wiederherstellende Gerechtigkeit ist gleich Afrikanische Gerechtigkeit“²⁸ religiöse Gebote, die zur dynamischen Rechtsentwicklung im Bereich der individuellen strafrechtlichen Verantwortung für schwere Menschenrechtsverletzungen in einem Spannungsverhältnis stehen.²⁹

Im Modus der Beichte und Absolution gingen im Ritual der Versöhnung vor der Wahrheitskommission, nach Auffassung vieler innerstaatlicher KritikerInnen des TRC-Prozesses, die „irdischeren“ Konzeptionen von Gerechtigkeit, Recht,

21) *Wilson*, Politics 11.

22) Vgl beispielsweise *Burger*, Freund und Mörder, in: Die Zeit 7. April 2004, 59.

23) Dass die Unterzeichnung des Rom-Statuts zu dessen Einrichtung vor allem von jenen Staaten verweigert, bzw wie im Fall der USA zurückgezogen wird, die sich selbst der Delikte seines Zuständigkeitsbereichs (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Verbrechen der Aggression) verdächtigen, liegt nach Kriterien einer Logik der Praxis nahe. Siehe dazu genauer *Nowak*, Einführung in das Internationale Menschenrechtssystem (2002) 318. Vgl zur Logik der Praxis: *Bourdieu*, Entwurf einer Theorie der Praxis, auf der Grundlage der kabyrischen Gesellschaft (1976); sowie *Bourdieu/Wacquant*, An Invitation to Reflexive Sociology (1992).

24) Mit über 21000 Befragungen im öffentlichen Raum und teilweise sogar Live-Übertragungen im Fernsehen, leistete dieses Komitee einen großen Beitrag zur Aufklärung der Apartheid-Verbrechen. Vgl *Truth and Reconci-*

liation Commission South Africa, Report. Vols 1-5 (1998); <http://www.struth.org.za/>.

25) Nach den Empfehlungen des Komitees für Reparationen sollten rund 22000 Verbrechenopfer staatliche Schadenersatzzahlungen erhalten, wofür allerdings der politische Wille und vielleicht auch die finanziellen Bedeckungsmöglichkeiten fehlten, sodass schließlich Khulumani, die Selbsthilfegruppe für Apartheidopfer, am 12. November 2002, vertreten durch den US-Anwalt Michael Hausfeld die Angelegenheit selbst in die Hand nahm und Klage gegen 21 internationale Konzerne, Banken und Großunternehmen einreichte, die mit dem Apartheid-Regime kooperiert und damit gegen die Menschenrechte verstoßen haben (darunter Barclays National Bank, British Petroleum, Credit Suisse, Daimler Chrysler, Deutsche Bank, Exxon Mobil, Ford, General Motors, IBM, Shell oder UBS). Vgl *Schwikowski*, Khulumanis Weg nach New York, Tages-Anzeiger, 13. November 2002. Diese Klage trug dem Faktum Rechnung, dass der TRC-Prozess die

Institutionen der Apartheid ebenso wie die internationale Komplizenschaft völlig ungeschoren davon kommen ließ.

26) In diesem Komitee gingen über 7000 Anträge ein, die zu insgesamt 849 Begnadigungen und 5392 definitiven Ablehnungen bis zum Stichtag des 1. November 2000 führten. Um Amnestie zu empfangen, musste der Antragsteller ein politisches Motiv der Tat glaubhaft machen, zu einer lückenlosen Aufklärung des Verbrechens beitragen, die Befehlskette darlegen und die Tat zwischen 1. Mai 1960 und 10. Mai 1994 begangen haben. Siehe: www.doj.gov.za/trc/amntrans/index.htm.

27) Siehe zu diesem Anliegen der Heilung: *Wahrheits- und Versöhnungskommission Südafrika*, Das Schweigen gebrochen: Geschichte – Anhörungen – Perspektiven (2000).

28) *Wilson*, Politics 11.

29) Siehe dazu ausführlich *Nowak*, Einführung 307-323 (mit weiter führenden Literaturangaben).

Ordnung und Fairness unter.³⁰ Dadurch arbeitete die Wahrheitskommission in benevolenter Absicht doch einer bei den Weißen Südafrikas verbreiteten Mischform von Versöhnung als Ablehnung und Selbstfreisprechung in die Hände, die einem unverändert in zahlreichen Alltagsgesprächen begegnet.³¹ Auch aus diesem Grund scheint mir die binär-dualistische Polarisierung zwischen den gedachten Oppositionen eines restaurativen, auf die Wiederherstellung eines Ganzen abstellenden „Afrikanischen“ Gerechtigkeitsmodells und eines retributiven, auf Vergeltung und Strafe beruhenden „Europäischen“ Gerechtigkeitsmodells, wie es der Wahrheitskommission zugrunde lag, irreführend und letztlich fallibel.

6. Alternative Konzepte von Gerechtigkeit

Anstatt die bestehenden Konzepte einer wiederherstellen, vergeltenden, ausgleichenden, verteilenden usw. Gerechtigkeit gegeneinander auszuspielen und für die Legitimation eines Kooperations-, Sozialvertrags-, Fairness- oder Tauschmodells zu verwenden, könnte ein prozeduralistisch-diskurstheoretischer Ansatz einen alternativen und rekonstruktiven Maßstab für die analytische Beurteilung von gelingender, empirisch zu beobachtender Gerechtigkeit anbieten.³² Frei nach dem Motto „keine Ahnung was Gerechtigkeit ist, aber wie Ihr dort hinkommt, ist klar“, beschränkte sich eine solche Kategorie von Verfahrensgerechtigkeit auf das demokratische Prinzip der Selbstgesetzgebung und gleichen Teilnahme aller an der souveränen Entscheidungsfindung. Denn die ethisch „bescheidene“ Verfahrensvorstellung von Gerechtigkeit erlaubt eine begründbare Kritik jeder einseitigen Inanspruchnahme von Gerechtigkeit, indem sie deren willkürliche Verwendung offen legt. Zu den streitbaren Ahnherren einer „Gott gewollten“, „absolut moralischen“ und insofern autoritären Gerechtigkeit steht ein Maßstab von Gerechtigkeit im Widerspruch, der an die legitimierende Kraft der zwanglosen Einigung zur argumentativen Herstellung eines Konsenses auf der Basis von kritisierbaren Geltungsansprüchen anknüpft. Aus der empirischen Perspektive dieses diskurstheoretischen Gerechtigkeitsbegriffs, der auf einem Konzept der kommunikativen Rationalität beruht, erscheinen die Inanspruchnahmen der Gerechtigkeit für strategische politische Ziele als Ausdruck von grenzenloser Willkür.³³

Als Bezugspunkt der Hinterfragung von Legitimität in nationalen, internationalen und transnationalen politischen Kontexten eignet sich eine neutrale Vorstellung von Gerechtigkeit, die auf einer Verfahrensethik beruht, nämlich auf der (ethischen Mindestanforderung der Einhaltung einer) Prozedur einer Meinungs- und Willensbildung, die alle potentiell von einer Entscheidung Betroffenen in den Entscheidungsfin-

dungsprozess involviert. In dieser normativ entlasteten Rekonstruktionsweise politischer Entscheidungen und Handlungen liegt ein Maßstab der empirischen sozialwissenschaftlichen Kritik und nicht primär eine Sozialutopie. Dieser kritische Parameter übt einen argumentativen Verhaltensdruck zu einem Perspektivenwechsel aus, der dazu auffordert, sich in die Lage des jeweils anderen zu versetzen. Darin äußert sich freilich nur eine der alltäglichen Kommunikationsvoraussetzungen für verständigungsorientiertes soziales Handeln.³⁴

7. Conclusio

Können Wahrheitskommissionen also für Gerechtigkeit sorgen? Die einzig mögliche, wenngleich vielleicht für manche unbefriedigende Antwort ist: es kommt darauf an. Nur wenn andere Aspekte eines diskursdemokratischen Verfahrens, auf der Basis von, mit Argumentationsprozessen gestützten, rationalen Geltungsansprüchen zutreffen, besteht die berechtigte Chance, dass die flüchtigen Momente der Versöhnung zu einer dauerhaften und durch Menschenrechte und Gleichheitsrechte stabilisierten sozialen Integration verdichtet werden. Erst wenn die Gleichursprünglichkeit von Menschenrechten und Demokratie durch ein solches Verfahren der gleich berechtigten Teilnahme aller an der juridisch-moralischen Entscheidungsfindung über den Umgang mit (selbst schweren und systematischen) Menschenrechtsverletzungen gewährleistet wird, hat der komplexe Anspruch, Wahrheit, Aussöhnung, Gerechtigkeit und letztlich Recht miteinander zu verbinden, eine Chance auf Verwirklichung.³⁵ In Südafrika erzielte die *Truth and Reconciliation Commission* diesbezüglich zwar Teilerfolge, blieb aber auf halbem Weg stecken. Das mag auch an der religiösen Überforderung der Gerechtigkeitsvorstellungen gelegen haben.³⁶ In diesem Sinn erschien mir ein wesentlich bescheidenerer ethisch-moralischer Anspruch zugunsten einer prozeduralistischen Version einer diskurstheoretisch verfassten Gerechtigkeit, vermutlich stärker.

Ob damit auch die Vorwürfe des *sell out* berechtigter Ansprüche auf Restitution und Reparation (Mutabaruka) entkräftet werden könnten, wird letztlich von der Durchlässigkeit des Verfahrens für Gerechtigkeitsvorstellungen aller Betroffenen abhängen. In einem Land wie Südafrika ist es nun einmal nicht zumutbar, dass die unrechtmäßig erworbene Besitzverteilung weitgehend unverändert bestehen bleibt.³⁷ Wenn Versöhnung jedoch über Gerechtigkeit gestellt wird, werden die rechtlichen ebenso wie die demokratischen und ethischen Forderungen zu kurz kommen, und letztlich ihren eigenen Zielsetzungen in den Rücken fallen. Insofern war zwar der Ansatz der TRC beeindruckend, aber eben nicht für alle Betroffenen gleichermaßen. Jedenfalls nicht für jene Menschen,

30) So beispielsweise *Moosa*, Truth and reconciliation as performance: spectres of Eucharistic redemption; in: *Villa-Vilencio/Verwoerd* (eds), looking back, reaching forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa (2000) 117.
 31) Ebenso *Marais*, South Africa: Limits to Change. The Political Economy of Transformation (1998) 259.
 32) Für einen guten Überblick zu den unterschiedlichen Gerechtigkeitsmodellen siehe *Höffe*, Gerechtigkeit. Eine philosophische Ein-

führung (2004) 61-70.
 33) Vgl *Habermas*, Faktizität und Geltung (1992).
 34) Siehe auch *Zips*, Die Gerechtigkeit des Stachelschweins. Plädoyer für eine Anthropologie der Gerechtigkeit; der blaue reiter Nr 19, 01/2004, 46-51.
 35) Vgl *Habermas*, Faktizität 132-135. Siehe dazu auch *Höffe*, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung (1999) 118, der gegen die diskurstheoretische Annahme der Gleichursprünglichkeit von Volkssouveränität und Menschen-

rechten auf die vorab bestehende Verpflichtung der Herrschaftsausübenden Demokratie zu den Menschenrechten abstellt.
 36) Vgl dazu *Wolf*, Versöhnung 113ff.
 37) Ein Faktum, dessen baldige Erkenntnis im ureigensten Interesse selbst der Weißen SüdafrikanerInnen stehen sollte, da ansonsten eine Entwicklung wie in Zimbabwe wahrscheinlich scheint; vgl *Soyinka*, Die Last des Erinnerns: Was Europa Afrika schuldet – und was Afrika sich selbst schuldet (2002).

die nach mehr als 400 Jahren Sklaverei, Kolonialismus, Segregation und rechtliche wie soziale Diskriminierung von Schwarzen, mehr erwarten als „*peace talk*“.

Frieden ohne Gerechtigkeit ist aber nirgends auf dieser Welt zu haben. Wahrheit, Gerechtigkeit und Versöhnung müssen in dieser Reihenfolge und nach demokratisch fest gelegten Verfahren realisiert werden, um realistische Erfolgsaussichten ohne Exzesse der Gewaltanwendung zu versprechen. Andernfalls würde ein durch religiöse Gebote oder staatliche Zwangsandrohung hergestellter Friede nicht nur in seiner Attraktivität, sondern auch in seiner Flüchtigkeit an das neue nationale Symbol Südafrikas – den Regenbogen – erinnern. Friede steht nun einmal als einseitige Vorleistung auf schwachen Beinen. Erst auf dem zweibeinigen Sockel von gleichen Rechten und prozeduraler, d.h. auf der (idealerweise) herrschaftsfreien Vereinbarung aller Betroffenen beruhender Gerechtigkeit kann ein dauerhafter Frieden entstehen, der nicht nur von Zwang, sondern auch von Zustimmung getragen wird.³⁸

Nach dieser diskursethischen Vorstellung ist Gerechtigkeit immer transitional und nie vorgegeben oder „final“ festgelegt. Vielmehr bezieht sie sich auf den „echten“ Konsens einer auf der Grundlage von Geltungsansprüchen und entsprechenden Argumentations- und Überzeugungsleistungen hergestellten demokratischen Vereinigung eines sozialen Willens.³⁹ Die-

ser vermag daher keine höhere Geltungsbasis in Anspruch zu nehmen, als die Prozedur seiner eigenen Erzeugung. Deren Ergebnis bleibt daher immer vorläufig oder transitional, als der Verhandlungsprozess – etwa im Falle neuer Erkenntnisse oder neuer und besserer Gründe – jederzeit neu aufgenommen werden kann. In diesem Sinne sind Wahrheitskommissionen ein probates Mittel der Verständigung aus einer Situation der extrem belasteten sozialen Beziehungen, um ein leuchtendes Motiv wie einen Regenbogen zu verfolgen. Aber nur das Bewusstsein von dessen Flüchtigkeit oder Vergänglichkeit – um bei dem passenden Bild zu bleiben – führt die Wichtigkeit der ernst gemeinten und permanenten Beziehungsarbeit vor Augen. Es stimmt durchaus optimistisch, dass diese Einsicht in den prozeduralen Bedeutungsgehalt von Gerechtigkeit offenbar auch die Architekten der Wahrheitskommission Südafrikas teilen, wie die folgende Aussage Nelson Mandelas bei der Veröffentlichung des Schlussberichtes der TRC zeigt:

„The wounds of the period of repression and resistance are too deep to have been healed by the TRC alone, however well it has encouraged us along the path.“⁴⁰

ao. Univ.-Prof. DDr. Werner Zips, Institut für Kultur- und Sozialanthropologie der Universität Wien; werner.zips@univie.ac.at.

38) Darin liegt einer der zentralen Gedanken einer empirisch rekonstruktiven „Anthropologie der Gerechtigkeit“; siehe dazu Zips, Theorie einer gerechten Praxis oder: Die Macht ist wie ein Ei (Anthropologie der Gerechtigkeit III 2002).

39) Vgl. Habermas, Faktizität 349-398.

40) Mandela zit. nach Shea, The South African Truth Commission: The Politics of Reconciliation (2000) 3.

“The chasm into which no ray of light could penetrate”
 W. G. Sebald: *Austerlitz*

1. On Transitions, Agency and The Representation of Traumas

This essay is the analysis of a “failure”. A glance over a project whose impossibility both defines a futile way to understand transitions and opens up an alternative and more flexible strategy. It is a travel through a landscape – the Park of Memory in Buenos Aires, Argentina -, but also through the politics implied in the shape of a city and the legitimacy of a state. Moreover, it is an example of the failed constitution of a transitional public sphere in a post-traumatic age. We refer to a strategy whose collapse became evident given the impossibility of dealing with the representation of the absence of 30.000 people that “disappeared” during the last Argentine dictatorship (1976–1983). Also, these lines constitute an analysis of the transformative outcomes of such impossibility and a redefinition of ‘transition’, capable of dealing with such paradoxes.

We shall then support a concept of transition characterised as a complex tension between continuity and discontinuity, based on the idea that public memory is not a continuity but a collective plural praxis capable of constituting transformative agency and a dynamic public sphere.

The Park of Memory, partially opened in August 2001, stands by the shore of the River Plate, a river historically neglected by the city and where many of the bodies of *desaparecidos* rest in absolute silence after having been thrown down from planes during the dictatorship. Most of these bodies have never “re-appeared”.

The original plan for the Park of Memory was to be settled in the gardens of the ESMA, the biggest and most famous illegal detention centre during the Argentine dictatorship. The number of disturbances occasioned by the project – later replaced by a “Park of Children” – encouraged the Government of the city of Buenos Aires to find a new location for the Park. Together with the School of Architecture of the University of Buenos Aires, the Government of the city of Buenos Aires decided to develop the project in the campus that the School shares with the School of Sciences right by the River Plate in northern Buenos Aires. It is there where most of the debris coming from the blast of the Jewish Community Society – AMIA, where more than 80 people were killed in 1994 – and of the Embassy of Israel – that caused almost 50 dead in 1992 – was deposited. The new settlement was chosen out of the weakness of the Argentine state in dealing with the pressures of the Armed Forces, even when they are not relevant political actors in the current Argentine scenario. The Navy – who runs the ESMA – wanted to take part in the design and, basically, in the process of naming monuments, gardens, and streets of the space. The first project at the ESMA had to deal with the ambiguities of how to construct memory in urban every day life; the image of a park seemed problematic: Eden, Paradise, Virgilio, promise of harmony, life as it could be – not as it is¹

– were some of the ideas connected with the same concept of “park”. While former president Menem wanted to create a monument to reconciliation, some Human Rights organisations condemned the idea of including any trace of life in the representation. The conditions imposed by the Armed Forces turned the project unviable, but the first lines of the debate had already been established.

In 1998, the government of Buenos Aires gave up and decided to support a new site for the project, far from any institution related to the Armed Forces. A year later, a new project, jointly endorsed by the city and the university, won the competition. The plan involves three different developments in the “untouched nature” of the shores, which belong to the

Voiding the Void

Memory, Space and Dictatorship in Argentine Transition

Cecilia Macón



University. Within the boundaries of six hectares it comprised an area devoted to the tragedies of the AMIA and the Embassy of Israel, a public park and natural reserve.

2. The Park of Memory: On Representing

The main principle behind the design of the Park of Memory – inspired by Libeskind’s Jewish Museum in Berlin – was dealing with the representation of the void, the radical absence of *desaparecidos*. Simultaneously, Human Rights associations and the legislature of the city decided to participate by means of the creation of the Pro-Monument Commission, an institution with no links to the project that had won the competition. After a brief debate they decided that the park had to be filled up with sculptures, a radical contradiction with the essence of the park itself. While the design of the park was devoted to express a radical discontinuity with past strategies, the decision to include massive objects in the field referred to a continuity with past logics of representation.

The original concept of the park was to construct a hill ploughed through by a slash with the shape of a zigzag, which would flow into on the same river shore. The names of the *desaparecidos* – out of nearly 30.000 people who disappeared only 15.000 names are available today – will be integrated to the landscape, rather on traditional mourning plates. Up in the hill the path will merge with the monument to the AMIA a “monument to peace” whose competition has not already been started – as well as one devoted – as an homage to “*les justs*” – to Ernesto Segura, a priest that is said to have saved people from being “disappeared”. Also, up on the hill, the



1) *Silvestri*, Memoria y monumento, Punto de vista XXII No 64, Aug 1999, 42 (43).

design contemplates building a museum caved under the hill and covered by grass. This merging the park, monuments and buildings will be accomplished mixing stone and grass along the zigzag line which, carved below the level of the street, would express the violence of a scar. Systems of ramps caved in the hill prevent the visitor from seeing the landscape until arrival to the top. During most of their route, people are thus “condemned” not to accomplish a holistic view of the park –nor of the river. Where there is nothing to be seen, where missing people are being remembered, the users of the space should not see either. The absence of meaning is understood as a way to express the past.

But, why choosing a park as a way of representing memory? Parks can be seen as spaces defined by its capacity to introduce geometry into nature through a process of dismantling chaos – as a radical “other” – in order to recreate a public space as a landscape. However, the architects of the Park of Memory, appeared to have decided to use this concepts rather as a point of departure to dismantling the same idea of “park”. The project reveals that geometry had to express silence, introspection, that it should exorcise the presence of the word itself. Therefore, the project of the Park seems to be able both to express the absence and to criticise the need to fill every space with an organised logic. The incomplete resists the closure. The need “to hold open the work of memory”² imposes some sort of alterity, a distance where identities – and concepts – should be seen as in conflict.

Libeskind’s emphasis on expressing the mysterious aspect of the past has defined the principles chosen by the architects of the Park of Memory: to exhibit the impossibility to tame events, invoking the otherness and the contradiction of redemption itself. One of the key features of Libeskind’s proposal is based on the possibility of expressing not an absolute void, but one that includes some experience: a meaning introduced by its radical innovation; the expression of a community called up not through its memory but through its absence. Libeskind and the Argentine architects Baudizzone, Lestard, Vara, Ferrari and Becker evoke the Platonic conception of *chora* as a way of expressing this particular void: something where “nature is to be available for anything to make its impressions upon, and it is modified, shaped and reshaped by the things that enter in it.”³

The project of the Park of Memory – as we shall later scrutinise – appears to challenge the logic on which the city of Buenos Aires and the Argentine state were based: strictly modern and determined to deny the void. Conversely, the design of the Park of Memory chose a strategy that tried to deal with the void. But, as we shall now see, the final results express an impossibility that may lead to a radical configuration of the political field.

In August 2001, the first part of the park was opened to the public: a square that was supposed to be the future entrance to the park. The space, surrounded by a wire fence and closed to the public after 8 p.m., has been filled with the first sculptures chosen by a commission who worked without having any sub-

stantial contact with the architects. The *Commission For the Victims of State Terrorism* chose 15 sculptures out of 565 projects to transform the park into a “promenade”. Why choosing sculptures to represent the Argentine genocide? Why insisting on the radical presence of the tridimensionality to express an absence?

The group of sculptures chosen for the park seems to reproduce this logic of the collection of meaningful artefacts on which the modern museum was based. However, the void does not vanish easily, it keeps returning⁴, and so does the fragments of the past: both in the instability of the *chora*, and in the aspirations of the designers of the Park to build an autonomous sense of memory. The actual park ends up reproducing the logic of the city and of the legitimisation of the state itself, mainly, due to the fact that the design did not manage to express the tensions of the link between past and future. But, as we shall see, it is also a point of departure capable of challenging its principles and become, in some way, ironic.

3. Filling the Void – Beyond Nature

The Argentine state was constituted on the basis of a strictly modern project guided by one basic premise: to fill the void of the *pampa*, this infinite horizon where *nothing* and *nobody* seemed to be the only shadows with a name. Most of the Argentine literature, visual arts and politics was based on an obsession for dealing with the tensions resulting from constructing an organised totalising place capable of counteracting that absence. In many cases, there was not even an attempt to represent that void. After the Civil Wars of the first half of the 19th century, the legitimisation of the Argentine state was constructed on the basis of a modern pattern. Since no previous identity was seen as a means of justification, the principles might be the ones of the absolute invention⁵.

Mastering of nature then became a key factor for the national project. The void of the *pampa* had to be erased and the traces of the Spanish domination forgotten. Native-Americans seemed to be invisible, though.

Since then, the *locus* of the void of the *pampa* has been a traditional resource for Argentine literature and politics. The only way out was then to transform this space in a radical way: imposing some sort of filling, inventing citizens for “the desert” and dissolving any trace of this absolute void linked to “barbarism”. The void is then far from being seen as a platonic *chora*, the space that generates the operative terms that cannot be – or have been – subject to the regulative principles. As “the void of all forms”, the place of *chora*, although delimited by the outside, expresses an absence that creates the possibility of the conception of presence. This abyss or chasm is not the other of anything: it is “a receptacle of all becoming – its wet-nurse, as it were”⁶.

The constitution of the Argentine state was then based on a radical opposition between void and presence. But, this absolute dichotomy is then a sort of obstacle for the same representation of the absence that defines the desert. If, in

2) A. Benjamin, *Architectural Philosophy* (2000) 184.
3) Plato, *Timaeus* in Cooper (ed), *Complete Works* (1997) 50, c.

4) Casey, *The Fate of Place. A Philosophical History* (1998) 17.
5) The strategy was clearly based on a concept of radical discontinuity with the past – being

Hispanic or pre-Hispanic. However, since then, it established a consensual principle on Argentine process of legitimisation.
6) Plato, *Timaeus* 49-a.

the void of the *pampa*, codes are impossible, how should it be represented?

The principles of modernity seem to express the key role played by a metaphysics of presence as time and as space. This “presentness” is not seen as an ordering process that is generative of form that “can not be reduced to the simple material presence of a given aspect of architectural work”⁷. On the contrary, it is a “present that can no longer be understood as a self-completing finality. The present comes to be structured by the insistent presence of the incomplete which is itself only ever immaterially present and materially produced”⁸.

This link between presence and presentness as a radical negation of the void has strong consequences for the conception of memory. Since memory is a register of a loss, its representation seems to be prevented. This is one of the principles on which the design of the Park was based, one that evidently contradicts the legitimisation logic of the state that relies on the radical difference between presence and absence.

Mourning – where the ego is driven back into itself – and melancholia imply an impoverishment of the world⁹. Nevertheless, normalising mourning results in the familiarity of the object and the establishment of the project of knowledge opposed to a memory that registers loss¹⁰ and discontinuity. The design of the park seems to be closer to melancholia: a register that involves renunciation of action and engagement in the world in favour of retreat into the inner life of the mind, mediation and contemplation¹¹, rather than to mourning where the register of the tension between continuity and discontinuity appear to be a way to represent but also to overcome traumas.

We may then ask ourselves “how do these histories constrain, produce or occupy the present?”¹² How does the Argentine state legitimate itself almost 30 years after the beginning of the dictatorship?

As it has been stated by Derrida, the present is inhabited by spectres and ghosts both of the past and the future. “Hauntology” is the confession that old things live¹³ as ghosts: a postmetaphysical way of life that figures the impossibility of mastering through knowledge or action. “The specter reverses the usual understanding of history as origin -and the present as the teleological fruit of the origin- by virtue of its always being a revenant, a coming back; it begins by repeating itself, by recurring in the present”¹⁴. Derrida and Benjamin – according to Brown’s analysis – have rendered impossible any pure categories in the attempt to separate history from memory¹⁵. Haunting, after all, takes place between history and memory. We sustain that an effective transitional public sphere must take into account this tension instead of erasing it. Even though the project of the Park of Memory pretends to be inspired by this tradition, its insistence on refounding the representation of the past, builds autonomous principles for an imposed artefact. If the actual park deludes the premises of the original design by filling the void with sculptures, the

later closes the possibility of mourning and the institution of a dynamic transitional public sphere by choosing to cling to a radical discontinuity with the logic of the past.

4. Buenos Aires: On Parks, Grids, and a River

The constitution of Buenos Aires as a modern city reflects some of the principles of legitimacy of the state reproducing, but also resemantising a group of them. The strategies devoted to deal with nature played an essential role in this process that starts around the decade of 1870. It is “a history of the way the city produces meaning; the history of its modernisation”¹⁶, and of the role played by the state in a process that involved the emergence of the public space.

Two logics seemed to collide after the definite institution of the national state around 1880s: the park as the public space understood as a strategy devoted to tame nature, and the grid, inherited from the times of the Spanish domination. Whilst the former expresses the future, the later turns out to be a mere symbol of a past that has to be abolished.

The menace of the *pampa* is denounced by its absence of organicity¹⁷. While the park is then seen as an essential instrument for a reform based on a republican modern ideal, the grid represents economical and speculative interests, unable to establish civilisation. Invoking the American Park Movement and a Benthamitian matrix, the park was seen as a relevant step in the civilising plan to finally abolish barbarism, and to introduce a strong alternative to the traditional Spanish city. The park was praised for its unique capacity to integrate citizens¹⁸ and to “clean” this new space, both from epidemics and tradition. By 1910 – on the centenary of the Argentine Revolution – a new patriotic liturgy invaded the public sphere: monuments and avenues played then a key role¹⁹.

Nature and openness to the infinite through to the river together with tradition are dimensions that seem to be cancelled in a city modernised under the name of the rejection of the past. Paradoxically, the design of the Park – which tries to be based on different principles – managed to cancel the logic of the past as well: a past that includes the void but also the strategies to hide it.

One of the most astonishing facts about the Park of Memory is that many of its sculptures try to represent the genocide reproducing images of the Nazi concentration camps: geometrical barracks in the middle of an open field. However, Argentine clandestine jails were based on a different logic: they were urban buildings that, from the outside, looked like schools, hospitals, or governmental offices. They had not been designed as mirrors of the logic of the city as, for example, Auschwitz was. Instead, they were visible places integrated in the neighbourhood. Inside, the space was organised as in any other traditional jail, but in constant darkness. There were no signs, no names to decode the function of the buildings. This absolute visibility was, paradoxically, its own silence. But, what kind of memory has this city deployed? It is certainly

7) Benjamin, Philosophy 48.

8) Benjamin, Philosophy 52.

9) A. Benjamin, Present Hope. Philosophy, Architecture, Judaism (1997) 16.

10) Benjamin, Present Hope 23.

11) Gilloch, Walter Benjamin. Critical

Constellations, Polity (2002) 79.

12) W. Brown, Politics Out of History (2001)

141.

13) Brown, Politics 145.

14) Brown, Politics 149.

15) Brown, Politics 150.

16) Gorelik, La grilla y el parque (1998) 16.

17) Gorelik, La grilla 30.

18) Gorelik, La grilla 157.

19) Gorelik, La grilla 209.

not the one capable of dealing with fragments and tensions. Instead, it is a totalising narrative; one that cannot repeat the strategic “plenitude” of the 19th century, but can only face the beginning of its own illegitimacy.

5. The Park as a New Utopia

At first glance, one might say that the impossibility of dealing with *chora* expresses a simple confirmation of the principles that generated the Argentine state, the modern city of Buenos Aires and the ultimate invisibility of *desaparecidos*. However, we argue that the process involved allowed the dissolution of this legitimisation itself. Not only because tensions emerged, but also due to the fact that the dictatorship decided, for the first time, to name the absence. The outside of this logic seemed to be impossible. So this was the starting point for the radical dissolution of the political principles that supported the legitimacy of the state. A fact that the design of the Park pretends to erase. We do not mean that the project should have respected the tradition, rather, that it should have questioned that tradition and criticised it in an open dialogue.

Both the Jewish Museum of Berlin and the Park of Memory of Buenos Aires tried to deal with the representation of the void without performing its resublimation and avoiding its legitimisation through an utopian thinking linked to fascism. However, as we shall see, the design of the Park of Memory rests on its own utopia: an abstraction that forgets the fact that the representation of trauma is contingent and object of constant public debate.

We may redefine “utopia as a possible future reconciliatory”, as one that performs the masking *diversely*; working at multiple levels and allowing plural configurations²⁰. It will be effective only as far as the *chora* and its tensions regarding the past are somehow expressed. The design of the Park of Memory in Buenos Aires tried – and maybe managed – to show the tension between the void and its representation, but it failed in representing the traumatic past under the key principle of the tension between continuities and discontinuities. Therefore, it ended up being an abstraction incapable of showing the complexities – and the contingency – of the representations of traumas.

History itself is based on some sort of abstraction. On the contrary, memory speaks about a “live history”²¹. According to the traditional definition of Maurice Halbwachs, history starts where tradition finishes, when social memory starts fading²². Notwithstanding, it is Halbwachs’ definition of collective memory in terms of a natural continuity²³ that this essay intends to challenge. The design of the park, which explicitly chooses memory instead of history, ends up imposing an abstract notion of the link between past and present: one of radical disruption.

For us, memory is neither an element of cohesion as with Halbwachs nor the consciousness of how different from our present the past was, but the starting point to deploy a critique

of the fulfilment of the strategies of abstract discourse about the past as well as an opportunity to define a complex arena for the political agenda. It is not a matter of stereotypes²⁴, but of a fragmentation that should not be inconsistent with action. We may even stress that the design of the park turned into a new stereotype, less consensual but as detached from the past as the founding tradition of the Argentine state.

In the words of Huyssen, “there is always a surplus of meaning that exceeds set ideological boundaries, opening spaces for reflection and counter-hegemonic memory”²⁵. The analysis of the Park of Memory may then lead us to settle some principles for a new concept of memory and of transitional public sphere, but also to scrutinise this “surplus” beyond the fences that surround it.

6. Towards a Contingent Transitional Public Sphere

After this diverse and sometimes – perhaps – bizarre analytical path, we may now be able to answer our primal question: why has the Park of Memory failed to become a productive transitional space? The fact that its logic contradicts the premises on which the state was legitimated may lead us to some answers. Transitions are unique periods involving a tension between continuity and discontinuity: there is a will for new foundations²⁶ but also the certitude of the duty to assume historical and political accountability through reparation and punishment.

Yet, the project of the Park of Memory only focused its design in emphasising discontinuities. As many transitional strategies it tried to delegitimize a past and legitimate a present, ignoring the tension between these two poles, meaning: ignoring the political accountability involved. A productive transitional public sphere, capable of encouraging collective praxis and new transitional and plural identities, will be one that acknowledges these ambiguities.

The design – and the political spirit behind it – only succeeded in establishing a radical wedge between past and present but avoided a key historical accountability: admitting the burden of continuities. Conversely, many of the excavations of illegal detention centers in progress as of today try to leave the places as they were during the dictatorship. A concept of memory based on the idea of radical continuity where the present is tightened to the past. Two different strategies – one based on radical continuity and the other on pure discontinuity –, condemned to fail.

If place is a consequence of “spacial practices” where the dialectics of domination and resistance are acted out, the negotiation of the past that involves local communities turns out to be an essential feature of a redefined public sphere: one in which emotions play a key role and contingency is a relevant feature.

Transitional justice means taking charge of the past and giving some sort of stability²⁷ to present institutions through strategies capable of including these complex features, setting

20) Marin, *Utopics: Spatial Play* (1983) 9.
 21) Halbwachs, *Memoria colectiva y memoria histórica*, Sociedad 12-13, Nov 1998, 191 (191).
 22) Halbwachs, *Memoria colectiva* 194.
 23) Halbwachs, *Memoria colectiva* 196.

24) *Gedi/Elam*, *Collective Memory-What Is It*, *History&Memory* 8 No 1, Spring/ Summer 1996, 30 (47).
 25) Huyssen, *Twilight Memories* (1995) 15.
 26) Teitel, *Transitional Justice* (2000) 70.
 27) We do not mean an “obsessive concern

with stability that leads some elites to avoid accountability for past abuses (that) may lead to immobility”; see de Brito/Gonzalez-Enriquez/Aguilar (eds), *The Politics of Memory. Transitional Justice in Democratizing Societies* (2004) 32.

aside a control of the past that also implies a control over the imagined future²⁸. This will not be possible if we keep showing a gap with the past and forget the diversity and variability of remembering, essential to transitional political identities. Admitting that our present is not exceptional, is one of the first steps in order to face the challenges of effective transitional policies. It is true that traumas imply temporal disruption. However, its representation cannot be sustained in showing the uniqueness of the present, but its complex link to a past that is other but also a premise for today's issues such as reparation, the legitimisation of the state, victimhood, purges, etc. Failed strategies to close the gap – such as the transitional narrative deployed by the Park of Memory – avoided the public debate necessary in order to establish a transitional civic space. Only

premises that exclude the myth of refounding Argentina and embrace a contingent and dynamic public reasoning²⁹ involved in a transition from authoritarian regimes to democracies will succeed in representing the link between past and present and in defining a transformative political identity.

To sum up, a *transitional public sphere* (where matters such as reparation, reconciliation and consolidation play a key role) involves the constitution of a contingent consensus defined beyond the control of memory, offering a framework for the transformative significance of moral reparations that include memorials and the attention played to the sites of memory.

Cecilia Macón, University of Buenos Aires.

Hakenberg/Stix-Hackl

Handbuch zum Verfahren vor dem europäischen Gerichtshof

3. Auflage, Band 1

2005, 324 Seiten, br., 3-7046-4679-2, € 40,-

Das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg unterscheidet sich in vielfacher Hinsicht von den Verfahren vor nationalen Gerichten. Das vorliegende Werk erläutert prägnant und praxisorientiert diese Besonderheiten. In Band 1 werden anhand zahlreicher aktueller Beispielfälle die Bedeutung und Funktion von EuGH und EuGJ im System der Gemeinschaftsrechtsordnung, die möglichen Verfahrensarten sowie Details der Gerichtsverfassung behandelt. Zahlreiche Grafiken, Übersichten und Muster (z.B. zum Vorabentscheidungsverfahren) erleichtern den Zugang zu dieser besonderen Rechtsmaterie. Sämtliche verfahrensrelevanten Texte sind in konsolidierter Fassung im Anhang wiedergegeben.

Prof. Dr. Waltraud Hakenberg, Autorin des vorliegenden Bandes, ist "Insider" der Materie. Sie ist Referentin im Kabinett des österreichischen Kammerpräsidenten am EuGH, Dr. Peter Jann, und Honorarprofessorin an der Universität des Saarlandes.



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

VERLAG
 ÖSTERREICH

28) de Brito/Gonzalez-Enriquez/Aguilar, Me- 29) Teitel, Justice 228. mory 38.

1. Einleitung

Nach Jahrzehnten bewaffneter Auseinandersetzungen versucht der sich neu erschaffende Staat in Afghanistan mit Hilfe der internationalen Gemeinschaft jene Grundsteine zu legen, die für einen langwährenden Frieden notwendig sind. Um dem Zyklus der Gewalt entkommen zu können, wird dabei vorwiegend der Blick in die Zukunft gerichtet unter der Annahme, dass die Errichtung demokratischer Strukturen langfristig politische Stabilität brächte. Die Notwendigkeit möglichst rasch das politische Geschehen in einem Land zu normalisieren, dessen Bevölkerung aufgrund der über Jahrzehnte anhaltenden bewaffneten Konflikte im internationalen Vergleich zu den ärmsten der Welt zählt, steht in einem fortwährenden Spannungsverhältnis zu dem zeitaufwendigen innerstaatlichen Heilungsprozess, der von Nöten ist, um den Auslösern (früherer) bewaffneter Auseinandersetzungen den Nährboden zu entziehen.²

Hinzu kommt, dass aufgrund der multiethnischen Zusammensetzung der afghanischen Bevölkerung und der Vielschichtigkeit, mit der einzelne Bevölkerungsgruppen sowohl Täter als auch Opfer beherbergen, jeglicher Blick in die Vergangenheit umgehend als selektive Verzerrung der Geschichte verstanden werden kann. Die Chronologie des komplexen Konfliktes erlaubt keine eindeutige Trennung zwischen Unterdrückern und Unterdrückten und es ist dementsprechend kaum möglich einen als objektiv verstandenen Dialog zu führen, wenn es darum geht, die Gräueltaten der Vergangenheit umfassend aufzuarbeiten. Addiert man dazu die gegenwärtige politische Mitsprache jener Kriegsherrn, die sich in Abwesenheit effektiver Staatsgewalt mittels Privatarmeen etablieren konnten und nun aufgrund ihrer Herrschaftsgewalt auf politische Mitsprache pochen – wobei diesen durch Vertreter der internationalen Gemeinschaft als Verbündete im Kampf gegen den Terrorismus ein gewisses Maß an Legitimität zuteil wurde – so schließt sich der bedrohliche Teufelskreis.³

Um aus diesen nun ausbrechen zu können ist man bei dem politischen Wiederaufbau in Afghanistan im Anschluss an die Militärintervention Ende 2001 zunächst davon abgegangen, die Vergangenheit als Teil des Neuanfanges umfassend aufzuarbeiten. Vielmehr hat man einen indirekten Ansatz zur Vergangenheitsbewältigung gewählt um die politische Stabilität und somit die Erfolge im Wiederaufbau Afghanistans der letzten Jahre nicht zu gefährden. Dieser indirekte Ansatz besteht vorwiegend darin, die politischen Prozesse zur Schaffung demokratischer Strukturen in Afghanistan mit der Entwaffnung einflussreicher Gruppierungen zu verbinden und diesen damit Mitwirkung im politischen Dialog zu ermöglichen. Parallel dazu werden behutsam Strategien und Mechanismen entwi-

ckelt, um einen Heilungsprozess innerhalb der afghanischen Bevölkerung schrittweise voranzutreiben.

Die folgenden Ausführungen sollen nun die Grundlage, sowie etwaige Maßnahmen zur „Vergangenheitsbewältigung“ im Nachkriegsafghanistan vor dem Hintergrund der, im internationalen Vergleich, verfügbaren Mechanismen erörtern. Aus Platzgründen kann hierbei nur unzureichend auf den geschichtlichen Hintergrund und hauptsächlich auf rechtspolitische Erwägungen eingegangen werden.⁴

„Transitional Justice“ in Afghanistan

Vergangenheitsbewältigung der nächsten Generation¹

Michael Schoiswohl

2. Die Pathologie des Konfliktes in Afghanistan

Die Pathologie des Konfliktes in Afghanistan begann am 27. April 1978, als Vertreter der Volksdemokratischen Partei Afghanistans (VDPA) President Muhammad Daoud Khan und einen Großteil seiner Familienangehörigen töteten und damit einen Staatsstreich initiierten.⁵ In Anlehnung an das kommunistische Regierungssystem in der Sowjetunion war die VDPA bemüht, Afghanistan in einen modernen sozialistischen Staat zu transformieren. Den „Reformen“ mangelte es jedoch an hinreichender Unterstützung, wobei der Widerstand durch große Teile der afghanischen Bevölkerung mit der zunehmenden Brutalität der Unterdrückungsmethoden – vor allem gegen einflussreiche Intellektuelle und Gelehrte des Islams, sowie ethnischen Minderheiten (*Hazaras*) – wuchs.

Als ein Jahr nach der Machtübernahme das Regime in Anbetracht der wachsenden Unruhen und Aufstände, selbst innerhalb der VDPA Streitkräfte und politischen Fraktionen, auseinander zu brechen drohten, sah sich die Sowjetunion gezwungen am 27. Dezember 1979 Afghanistan zu besetzen. Während mit dem Einmarsch, die durch die VDPA praktizierten Massentötungen der intellektuellen Elite ein Ende nahmen, griffen die Streitkräfte der Sowjetunion militärisch hart durch und lösten durch Flächenbombardements der zivilen Bevölkerung massive Flüchtlingsströme nach Pakistan aus.⁶ Schätzungen zufolge fanden rund eine Million Afghanen

1) Die folgenden Ansichten sind die des Autors in seiner persönlichen Eigenschaft und entsprechen nicht notwendigerweise jenen der Vereinten Nationen.

2) UNDP, Afghanistan 2004 National Human Development Report: Security with a Human Face – Challenges and Responsibilities (2005) 93ff.

3) Zum Phänomen der „Warlords“ und deren Einbindung in den afghanischen Staatsbildungsprozess, siehe Bassiouni, Report of

the independent expert of the Commission on Human Rights on the situation of human rights in Afghanistan, UN-Doc. A/59/370 (21 September 2004) 12.

4) Hinsichtlich der Geschichte und Zusammensetzung der afghanischen Gesellschaft, siehe Magnus/Naby, Afghanistan – Mullah, Marx and Mujahid (2002); Rubin, Fragmentation of Afghanistan: State Formation and Collapse in the International System (1996) 93ff; Johnson et al, Afghanistan's Political and

Constitutional Development (2003) 4ff.

5) Siehe Rubin, supra fn 3, 93ff. Cooley, Unholy Wars – Afghanistan, America and International Terrorism (2001) 9ff; Magnus/Naby, Afghanistan – Mullah, Marx, and Mujahid (2002) 128ff.

6) The Afghanistan Justice Project, Candidates and the Past: The Legacy of War Crimes and Political Transition in Afghanistan (2004) 9ff, abrufbar unter <http://www.afghanistanjusticeproject.org>.

während der Sowjetbesatzung einen gewaltsamen Tod und fünf Millionen wurden Flüchtlinge.⁷ Gleichzeitig organisierte sich der Widerstand gegen die Sowjetbesatzung in der Form der islamischen Freiheitskämpfer, den sog *Mujaheddin*. Vor dem Hintergrund des kalten Krieges wurde Afghanistan zum strategisch wichtigen Stellvertreterkrieg der Großmächte.

Die Periode zwischen dem Rückzug der Sowjetarmee in 1988–1989 und dem anschließenden Kollaps der Regierung unter Najibullah in 1992 läutete die zweite Phase des Konfliktes ein, der in einem offenen Bürgerkrieg zwischen 1992 und 1996 mündete.⁸ Mit der zunehmenden, teilweise ethnisch motivierten, Zersplitterung der politischen Kräfte in Afghanistan, formierten sich verschiedene Gruppierungen, die gegenseitig um die Macht in Afghanistan buhlten. Die Hauptstadt Afghanistans, Kabul, wurde dabei zum Schauplatz langwieriger Auseinandersetzungen zwischen den Streitkräften der Nordallianz (dem Tajiken Ahmad Shah Massoud und dem Uzbek General Dostum, dem Anführer der Junbish-i Milli Bewegung) und den paschtunischen Gruppierungen aus dem Süden (angeführt, unter anderem, von dem Führer der Hizb-i Islami Bewegung, Gulbuddin Hikmatayar, und dem Kopf der Ittihad-i Islami Bewegung, Abdul Rasul Sayaf). Der unter dem zunächst interimistischen Präsidenten Rabbani gegründete Islamische Staat von Afghanistan wurde in den Jahren 1992–1996 Zeuge bitterer Auseinandersetzungen zwischen kontinuierlich wechselnden Allianzen, wobei die Zivilbevölkerung massiv in Mitleidenschaft gezogen wurde.⁹

In dem Chaos der Jahre nach 1992 formierte sich eine Gruppe von ehemaligen *Mujaheddin* und Schülern der streng-religiösen Ausbildungsstätten in Pakistan (den sog *Madrasas*) im Süden Afghanistans (Kandahar). Die Gruppe, die unter dem Namen „Taliban“ (übersetzt: Studenten) weltbekannt werden sollte und vorwiegend aus paschtunischen Mitgliedern bestand, wurde mit der Hinrichtung eines lokalen Befehlshabers in Kandahar bekannt, nachdem jener angeblich ein Mädchen vergewaltigt hatte. Mit Hilfe finanzieller und militärischer Unterstützung aus Pakistan, begannen die Taliban einzelne Landesteile im Süden einzunehmen, bis sie 1996 Kabul unter ihre Herrschaft bringen konnten.¹⁰

Angeführt von Mullah Omar, dehnten die Taliban ihre Macht auf Teile des Nordens aus, wobei sie dabei auf heftigen Widerstand der „Vereinten Islamischen Nationalfront für die Rettung Afghanistans“ (VINRA), die sich als Gegengewicht zu den Taliban etabliert und dabei den Großteil der ehemals sich bekämpfenden Gruppierungen aus dem Norden wieder-

vereinen konnte, stießen. Unter Zuhilfenahme brutaler Herrschaftsmethoden und massiver Menschenrechtsverletzungen konnten sich die Taliban bis November 2001 an der Macht halten, als die dritte Ära des afghanischen Konfliktes mit der US-Militärinvasion – unter Zuhilfenahme der Streitkräfte der VINRA – im Anschluss an die Terrorangriffe auf New York am 11. September 2001 zu Ende ging.

Ohne auf eine Zurechnung einzelner Menschenrechtsverletzungen und Kriegsverbrechen eingehen zu können, lässt sich zusammenfassen, dass seit 1978 unzählige Gräueltaten von den verschiedenen Gruppierungen, die in den einzelnen Phasen des Konfliktes beteiligt waren, verübt wurden.¹¹ Jüngste Schätzungen legen nahe, dass die Mehrheit der Bevölkerung Afghanistans während der 23jährigen Konfliktperiode von Menschenrechtsverletzungen und/oder Kriegsverbrechen betroffen war.¹² Mit dem Neuanfang, der seit Ende 2001 in Afghanistan unternommen wird und den damit einhergehenden Bestrebungen, demokratische Strukturen zu schaffen,¹³ besteht dementsprechend großer Bedarf, die Vergangenheit nicht zum Motor einer Perpetuierung bewaffneter Konflikte werden zu lassen. Dabei ist Afghanistan jedoch in dem für Nachkriegsszenarien typischen Spannungsverhältnis zwischen einer raschen Verdrängung von vergangenem Übel einerseits und einer langwierigen sowie ebenso riskanten Aufarbeitung zur Förderung des nationalen Heilungsprozesses andererseits, gefangen.

3. Das Menü zur Vergangenheitsbewältigung: Ein Fass ohne Boden

Unter dem Schlagwort „transitional justice“ werden üblicherweise verschiedene Mechanismen zur Aufarbeitung vergangener Menschenrechts- bzw Kriegsverbrechen als Voraussetzung für die Flucht aus der Spirale der Gewalt und zur Förderung eines gesellschaftlichen Heilungsprozesses diskutiert. Während im Allgemeinen kein Zweifel daran besteht, dass ein Prozess zur Vergangenheitsbewältigung längerfristig notwendig ist, um ein Erstarren des Konfliktes, sei es innerstaatlich oder zwischenstaatlich, zu verhindern, bestehen unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der Priorität, mit der die Vergangenheit Gegenstand des Wiederaufbaus einer Gesellschaft nach schwerwiegenden bewaffneten Auseinandersetzungen zu sein hat.

Vor allem in einer Gesellschaft, in der Täter und Opfer gleichermaßen verstreut sind, wird der Blick oftmals zunächst in die Zukunft gerichtet, um einer friedensbedrohlichen Spal-

7) Bassiouni, supra fn 2, 9.

8) Magnus/Naby, supra fn 4, 135ff.

9) *Afghanistan Justice Project*, supra fn 5, 12ff, *Human Rights Watch*, Blood-Stained Hands: ast Atrocities in Kabul and Afghanistan's Legacy of Impunity (2005), 22ff, abrufbar unter <http://www.hrw.org>.

10) Rashid, Taliban: Islam, Oil and the New Great Game in Central Asia (2000) 17ff.

11) Vgl *Afghanistan Justice Project*, supra fn 5, 16ff; *Human Rights Watch*, Pattern of Impunity (2001); *Human Rights Watch*, The Forgotten War: Human Rights Abuses and Violations of the Laws of War since the Soviet Withdrawal (1991); Bassiouni, supra fn 2, 8ff, *Human Rights Watch*, supra fn 9, 60ff; Afgha-

nistan Justice Project, Casting Shadows: War Crimes and Crimes Against Humanity 1978–2001 (2005) 10ff, abrufbar unter <http://www.afghanistanjusticeproject.org>.

12) Vgl *Afghanistan Independent Human Rights Commission [AIHRC]*, A Call for Justice – A National Consultation on Past Human Rights Violations in Afghanistan (2005), abrufbar unter <http://www.aihrc.org.af>; Bassiouni, Advisory Services and Technical Cooperation in the Field of Human Rights – Report of the Independent Expert on the Situation of Human Rights in Afghanistan, Mr. Cherif Bassiouni, UN.Doc. E/CN.4/2005/122 (11 March 2005) 15.

13) Siehe dazu Schoiswohl, Evaluation of Afghanistan's State-building Process from a Human Security Perspective, in: UNDP, supra fn 1, 123-162; ders, Wo Theorie zur Praxis wird: Internationales (Verfassungs-)Recht und das Entstehen einer Verfassung für das Nachkriegs-Afghanistan, in: Eberhart/Lachmayer/Thallinger (Hrsg), Tagungsband zum Ersten International Constitutional Law Workshop (im Druck, 2005).

gung der Bevölkerung vorzubeugen.¹⁴ Demgegenüber gewinnt vor allem in jüngster Zeit die Erkenntnis an Boden, dass eine umfassende Aufarbeitung der Vergangenheit und damit der Wurzeln bewaffneter Auseinandersetzungen unmittelbar nach Ende bewaffneter Auseinandersetzungen für die Verhinderung weiterer Konflikte unabdingbar sein kann.

In Anbetracht der verschiedenen Facetten der Vergangenheitsbewältigung ist es wohl notwendig, von Pauschalösungen Abstand zu nehmen und die verfügbaren Mechanismen zur Aufarbeitung von Menschenrechtsverletzungen bzw. Kriegsverbrechen differenziert zu beachten. So lassen sich verschiedene Aspekte der „transitional justice“ unterscheiden, angefangen von dem völkerrechtlichen Themenkomplex der internationalen Strafgerichtsbarkeit, bis hin zu der Wahrheitsfindung durch sog. „Truth and Reconciliation Commissions“.¹⁵

Während vereinfacht dargestellt die strafrechtliche Verfolgung traditionell eher dem Vergeltungsgedanken entspricht, wobei natürlich nicht auf die spezial- sowie generalpräventive Wirkung vergessen werden darf, zielt die Wahrheitsfindung auf einen Heilungsprozess durch gegenseitige Vergebung ab. Hinzu kommen noch eine Reihe an Maßnahmen, wie zum Beispiel der Entschädigung von Opfern, psychologischer Betreuung, der Dokumentation von Verbrechen, politischer Dialog, Amnestien, und der Neubesetzung von politischen Ämtern. Die Bandbreite an möglichen Strategien ist dementsprechend groß, wobei sich die beiden Pole der Strafverfolgung einerseits (Vergeltung), und der Straffreiheit andererseits (Vergabung), konstant in einem nicht nur völkerrechtlichen, sondern auch sozialpsychologischen Spannungsverhältnis befinden.¹⁶

Auch wenn dem internationalen Strafrecht vor allem seit dem Jugoslawien-Tribunal vermehrt Bedeutung in der Verhinderung von Straffreiheit für Kriegsverbrechen zukommt,¹⁷ lässt sich mit der Annahme des Statutes des Internationalen Strafgerichtshofes eine Tendenz in Richtung Nationalisierung der strafrechtlichen Verfolgung von Kriegsverbrechern unter Heranziehung des völkerrechtlichen Normengeflechts feststellen.¹⁸ Dem Gedanken der „complementary jurisdiction“ entsprechend, ist der internationale Strafgerichtshof berufen, in jenen Fällen über Kriegsverbrechen abzusprechen, in denen staatliche Gerichte entweder nicht in der Lage oder nicht gewillt sind, dem Täter den Prozess zu machen.¹⁹

Kriegsverbrechertribunale der jüngsten Zeit, wie sie sich zB in Sierra Leone, Liberia, oder demnächst in Kambod-

scha, finden lassen, sind von einem starken Bezug zu den regionalen Gegebenheiten gekennzeichnet, ohne dabei auf die sachliche Objektivität der internationalen Gemeinschaft (in der Form von international besetzten Richterbanken) verzichten zu müssen. Darüber hinaus wird zunehmend betont, dass eine juristische Aufarbeitung der Vergangenheit nur dann sinnvoll sein und der langfristigen Friedenssicherung dienlich sein kann, wenn sie in Verbindung mit einer Reform sowie Stärkung des nationalen Rechtswesens einhergeht, damit die Fortsetzung institutionalisierter Unterdrückungsmechanismen (Diskriminierung) unterbunden wird.²⁰

Ein holistischer Ansatz verlangt auch, dass Mechanismen, die nicht unmittelbar auf eine Strafverfolgung abzielen, wie zB die Einsetzung von Wahrheitskommissionen und der damit einhergehenden Orientierung zur Opferseite, nicht als Alternativlösung, sondern als Teil eines umfassenden Aufarbeitungskonzeptes verstanden werden, wobei der Schwerpunkt je nach historischen Gegebenheiten (der Pathologie des Konfliktes) bzw. politischer Lage im Anschluss an die Befriedung, zunächst entweder auf der strafrechtlichen Verfolgung oder der Ermittlung von Tatsachen und dem nationalen Heilprozess liegen kann.²¹ Im Falle der Wahrheitskommissionen hat sich erwiesen, dass diese verbunden mit qualifizierter, dh an präzise definierte Voraussetzungen geknüpfte, Straffreiheit in kürzester Zeit wirksam zur Bewältigung vergangenen Unrechts wirksam beitragen kann.²² Mehr als 30 solcher Kommissionen sind mittlerweile in verschiedenen Staaten errichtet worden – allen voran die Kommissionen in Argentinien, Chile, El Salvador, Ghana, Guatemala, Osttimor, Sierra Leone und Südafrika. Die Funktionen dieser Kommissionen sind nicht nur auf die Ermittlung der Tatsachen beschränkt, sondern richten sich auch auf die Förderung der Verantwortlichkeit bzw. Rechenschaft für Menschenrechtsverletzungen im weitesten Sinn, der Erhaltung von Beweisen, der Identifizierung von Tätern und der Ausarbeitung von Vorschlägen zur Entschädigung von Opfern sowie notwendiger Reformen.²³

Bei der Wahl der jeweiligen Modelle zur Vergangenheitsbewältigung bzw. deren zeitliche Abfolge müssen jedenfalls die jeweiligen politischen Bedingungen sowie Kausalzusammenhänge für den Konflikt in einem Nachkriegsstaat sorgfältig berücksichtigt werden. Vielfach beruhen Friedensprozesse auf vorsichtig ausgehandelten und aus fragilen Kompromissen bestehenden Abkommen zwischen den Konfliktparteien, die einander mit großem Misstrauen gegenüberstehen. Dem-

14) Rund 60 Jahre nach dem 2. Weltkrieg ist der Prozess zur Aufarbeitung der Nazi-Vergangenheit in Österreich nach wie vor im Gange; vgl. *Schoiswohl/Schulze*, Der Allgemeine Entschädigungsfonds: Entstehung und Grundlage, *juridikum* 2003, 38-41; *Schoiswohl*, Austrian Measures for Victims of National Socialism, 8 ARIEL (im Druck, 2005).

15) Vgl. ua *Boraine*, Transitional Justice, in: *Chesterman/Ignatieff/Thakur* (Hrsg.), Making States Work – State Failure and the Crisis of Governance (2005), 318-338; *Ratner/Abrams*, Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy (1997).

16) *O’Shea*, Amnesty for Crime in International Law and Practice (2002); *Strang*, Repair

or Revenge: Victims and Restorative Justice (2002).

17) *Statut des Internationalen Strafrechtstribunals für das frühere Jugoslawien*, UNSC-Res.827, 32 ILM 1303 (1993); siehe auch Statut des Internationalen Strafrechtstribunals für Ruanda, UNSC-Res.955, 33 ILM 1598 (1994). Vgl. ua *Robertson*, Crimes Against Humanity – The Struggle for Global Justice (1999).

18) *Rom Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*, 17. Juli 1998, 37 ILM 999 (1998), UN-Doc. A/CONF.183/9. Vgl. *Alvarez*, Crimes of States/Crimes of Hate: Lessons from Rwanda, 24 YJIL 365 (1999).

19) Art 17, *Rom Statut*, supra fn 17.

20) Vgl. den *Bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen*, The Rule of Law and Tran-

sitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, UN.Doc. S/2004/616 (3 August 2004); *Chesterman*, Justice and Reconciliation: The Rule of Law in Post-Conflict Territories (unveröffentlichtes Manuskript, 2004).

21) Vgl. zu diesem Spannungsverhältnis auch *Faber*, Truth v Justice, historisch betrachtet, in diesem Heft.

22) Vgl. vor allem den Ansatz der in Südafrika im Anschluss an das Apartheid Regime gewählt wurde. Siehe dazu *Boraine*, A Country Unmasked – Inside South Africa’s Truth and Reconciliation Commission (2000) und den Beitrag von *Zips* in diesem Heft.

23) *Bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen*, supra fn 19, 16f; siehe auch *Boraine*, supra fn 20, 423ff.

entsprechend entscheidend ist es für den Erfolg der Bemühungen, aus dem Zyklus der Gewalt auszubrechen, dass die Wahl von etwaigen Mechanismen zur Aufarbeitung der Vergangenheit von der Mehrheit der Bevölkerung mitbestimmt bzw getragen wird.²⁴

4. Der Beginn einer Vergangenheitsbewältigung als Teil des Staatsbildungsverfahrens

Der weltweite Krieg gegen den Terrorismus, der in Afghanistan seinen Ausgangspunkt nahm, hatte kaum begonnen als die von den Vereinten Nationen initiierten Bonner Gespräche im Dezember 2001 zur Unterzeichnung des sog Bonner Abkommens führten, welches Afghanistans Fahrplan für den Übergang zur Demokratie formulieren sollte.²⁵ Während das Abkommen selbst an einer mangelnden Legitimität aufgrund der unzureichenden Einbindung aller Parteien zum Konflikt in Afghanistan krankte,²⁶ sieht das Bonner Abkommen spezifische Verfahren vor, zur Errichtung demokratischer Staatsinstitutionen in einem Land, das über Jahrzehnte die verheerenden Folgen von Bürgerkrieg und Besatzung zu erdulden hatte.²⁷

Im Kern bestimmt das Bonner Abkommen, dass unter der Obhut und Führung der internationalen Gemeinschaft eine nicht-repräsentative Übergangsverwaltung einem Demokratisierungsprozess folgen soll, der auf der Selbstaufgabe von interimistisch gewährter Regierungsgewalt zu Gunsten neuer demokratischer Institutionen beruhen würde. Dabei nimmt das Bonner Abkommen umfassend Bezug auf die Bedeutung der Vereinten Nationen „als der international anerkannten unparteiischen Institution“, der eine „besonders wichtige Rolle [...] in der Zeit vor der Errichtung permanenter Einrichtungen in Afghanistan“ zukommen würde.²⁸

Bezeichnend für den im Bonner Abkommen enthaltenen Blick in die Zukunft und dem Versuch, die Vergangenheit in Anbetracht der Komplexität des afghanischen Konfliktes sowie der unausgeglichene Machtverteilung aufgrund der Militärintervention zunächst auszuklammern, finden sich in dem Bonner Fahrplan keine Hinweise auf etwaige Mechanismen zur Vergangenheitsbewältigung. Es ist jedoch die Errichtung einer Unabhängigen Menschenrechtskommission vorgesehen, deren Aufgabe es ist, die Einhaltung der Menschenrechte zu überwachen, Menschenrechtsverletzungen nachzugehen und nationale Menschenrechtsinstitutionen einzurichten.²⁹ Das Mandat der afghanischen Menschenrechtskommission wurde im Zuge einer, von der Hohen Kommissarin der Vereinten Nationen für Menschenrechte organisierten, Arbeitsgruppe am 9. März 2002, auf die Durchführung eines nationalen Konsultationsverfahrens zur Vergangenheitsbewältigung und der Ausarbeitung einer Strategie zur Aufarbeitung der Vergangenheit erweitert.³⁰

Mit Unterstützung der Vereinten Nationen und anerkannter Institutionen, allen voran dem Büro der Menschenrechts-

kommissarin und dem International Center for Transitional Justice, wurden Fragebögen ausgearbeitet und Gruppendiskussionen mit Vertretern der Bevölkerung aus allen Teilen Afghanistans durchgeführt. Der auf den Ergebnissen des 8-monatigen Konsultationsverfahrens, das sich über alle 34 Provinzen Afghanistans erstreckte, ausgearbeitete Bericht liefert ein erschreckendes Bild über die Ausmaße, in denen die Bevölkerung Menschenrechtsverletzungen im weitesten Sinn zu erdulden hatte: 69 Prozent der 4151 eingereichten Fragebögen gaben an, dass sie entweder selbst oder ihre Familienangehörigen Opfer von schweren Menschenrechtsverletzungen geworden sind; darüber hinaus erörterten 500 der 2000 Gruppendiskussions-Teilnehmer, dass Angehörige im Zuge der bewaffneten Auseinandersetzungen ihr Leben lassen mussten, während 400 angaben, entweder selbst oder ihre Familienangehörigen Folter oder Freiheitsentzug zu erdulden hatten.³¹

Die Ergebnisse des Berichtes der afghanischen Menschenrechtskommission hinsichtlich der Wahl der Mechanismen zur Vergangenheitsbewältigung sind bemerkenswert. So scheint ein Großteil der Bevölkerung Afghanistans sich dem Grunde nach dafür auszusprechen, Menschenrechtsverletzungen und Kriegsverbrechen strafrechtlich zu verfolgen, wobei besonderes Augenmerk auf jene gelegt werden soll, die dabei eine tragende Rolle einnahmen und weiterhin aufgrund ihrer militärischen Stärke politischen Einfluss ausüben wollen.³² Auch wenn sich eine Gegenmeinung dafür ausspricht, dass eine strafrechtliche Ahndung früherer Menschenrechtsverletzungen im weitesten Sinn destabilisierend auf den Heilungsprozess auswirken kann, will die Mehrheit der (befragten) Bevölkerung nicht allzu lange auf Gerechtigkeit warten.

Während offenbar eine große Nachfrage nach einer strafrechtlichen Verfolgung besteht, dürfte die Volksmeinung eine innerstaatliche Lösung bevorzugen, wobei gemischte Tribunale nach dem Vorbild der Tribunale in Sierra Leone oder Kambodscha größeres Vertrauen, als nationale oder internationale Gerichte genießen.³³ Diesbezüglich wurde vielfach vorgebracht, dass strafrechtliche Verfahren nicht nur auf afghanischem Boden, sondern auch unter Heranziehung des nationalen Rechts mit besonderer Berücksichtigung der Grundsätze des Islamischen sowie des Völkerrechts durchgeführt werden sollten.³⁴

Hinsichtlich der nationalen Rechtsprechung ist beachtlich, dass derzeit offenbar geringes Vertrauen bezüglich der Unabhängigkeit und Kompetenz des afghanischen Gerichtswesens besteht, und strafrechtliche Maßnahmen zur Vergangenheitsbewältigung eng mit der Reform des Rechtswesens verbunden werden müssen. Darüber hinaus werden Mechanismen zur Ermittlung der Wahrheit, der Dokumentierung von Menschenrechtsverletzungen im weitesten Sinn, der Leistung von Entschädigung, und der Ausgrenzung von Kriegsverbrechern

24) Bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen, supra fn 199, 7f.

25) Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan Pending the Re-Establishment of Permanent Government Institutions, signed on 5 December 2001, Anhang zu dem Schreiben des VN Generalsekretärs an den Vorsitzenden des Sicherheitsrates vom 5 Dezember

2001, UN-Doc. S/2001/1154.

26) Rubin, *Crafting A Constitution For Afghanistan*, 15/3 *Journal of Democracy* 5, 7 (2004).

27) Zu den Elementen des Staatsbildungsverfahrens nach dem Bonner Abkommen, siehe *Schoiswohl*, supra fn 12.

28) Präambel para 9, *Bonner Abkommen*, supra fn 23.

29) Art 6, *ibid*.

30) Art 9, Dekret des Präsidenten, Hamid Karzai, zur Errichtung der Menschenrechtskommission (2002).

31) Vgl *AIHRC*, supra fn 11, 6ff.

32) *Ibid*, 19ff.

33) *Ibid*, 22ff.

34) *Ibid*, 25f.

von politischen Prozessen als wichtige Ergänzungen zur strafrechtlichen Ahndung gesehen.³⁵

Aufbauend auf den Erkenntnissen aus dem Konsultationsverfahren hat die afghanische Menschenrechtskommission Anfang dieses Jahres konkrete Empfehlungen an Präsident Hamid Karzai abgegeben, wobei sich die Kommission darüber im Klaren ist, dass ein schwieriger Balanceakt zwischen einer umfassenden Aufarbeitung der Vergangenheit und der Bewahrung der fragilen politischen Stabilität notwendig ist.³⁶ Die Kommission legt dabei den Schwerpunkt auf Verfahren zur Ausgrenzung führender Kriegsverbrecher aus dem politischen Geschehen durch das sog. „vetting“, sei es hinsichtlich von Positionen innerhalb des Staatsapparates, sei es hinsichtlich des Demokratisierungsprozesses, wie zB der unmittelbar bevorstehenden Parlamentswahlen.³⁷ Während sie sich gleichzeitig für eine strafrechtliche Verfolgung von Menschenrechtsverletzern und Kriegsverbrechern ausspricht, betont die Kommission, dass das innerstaatliche Rechtswesen zunächst einem langwierigen Reformprozess unterzogen werden muss, ehe hinreichend Vertrauen in seine Fähigkeit bestehen kann, mit Hilfe der Rechtsprechung Gerechtigkeit walten zu lassen.³⁸ Als Übergangslösung wird vorgeschlagen, innerhalb der Staatsanwaltschaft eine eigene Abteilung zur strafrechtlichen Verfolgung von Kriegsverbrechern einzurichten, wobei der Schwerpunkt auf schwerwiegende Verbrechen gegen die Menschlichkeit gelegt werden soll. Diese Abteilung würde dann zu einem späteren Zeitpunkt durch eine gerichtliche Sonderkammer ergänzt, die aus afghanischen und internationalen Richtern bestehen würde.³⁹ Ergänzend dazu, müssten in näherer Zukunft Maßnahmen zur Wahrheitsfindung und Dokumentation von Menschenrechtsverletzungen im weitesten Sinn ergriffen werden.⁴⁰

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Vereinten Nationen der afghanischen Menschenrechtskommission bei der Umsetzung der Empfehlungen ihre vollste Unterstützung ausgesprochen haben.⁴¹

5. Schlussbemerkung

Afghanistan steht zweifellos erst am Beginn eines langwierigen Prozesses zur Aufarbeitung der vergangenen Kriegsjahre und deren massiven Menschenrechtsverletzungen bzw

Kriegsverbrechen. Auch wenn das Thema der „transitional justice“ zunächst völlig von dem politischen Neuanfang und dem damit einhergehenden Blick in die Zukunft überschattet worden war, wächst der innerstaatliche Drang nach einer umfassenden Aufarbeitung der Vergangenheit als Vorbedingung für langfristigen Frieden in einem Land, in dem das Vertrauen auf staatlich geübte Gerechtigkeit nach Jahren der bewaffneten Auseinandersetzungen massiv eingeschränkt ist.

Während nach wie vor der Stabilitätsgedanke überwiegt, und dementsprechend kaum an drastische Maßnahmen zur Vergangenheitsbewältigung, die das Feuer der Gewalt wieder anfachen könnten, gedacht wird, wird Stück für Stück das Fundament zur umfassenden Aufarbeitung der Jahre seit 1978 gelegt. Entsprechend den jüngsten internationalen Bestrebungen, Mechanismen zur Förderung der „transitional justice“ möglichst in das nationale Gefüge einzubetten, wird aufbauend auf einem breiten Konsens der Bevölkerung versucht, die tiefen Wunden der Kriegsjahre unter der Obhut der internationalen Gemeinschaft behutsam zu verarzten. Dabei wird vorwiegend auf die sukzessive Ausgrenzung jener politischen Kräfte gezielt, die sich in der Vergangenheit durch Brutalität und Verachtung der Menschenrechte ausgezeichnet haben. In der Hoffnung, dass groß angelegte Entwaffnungsprogramme und institutionelle Reformprozesse die Rahmenbedingungen für politische Stabilität bilden können, werden allmählich die Weichen in Richtung Gerechtigkeit gelegt.

Auch wenn solch ein national-gesteuerter und pragmatischer Ansatz völlig an den Wunschvorstellungen vieler Anhänger des internationalen Strafrechts vorbeigeht,⁴² scheint es im Vorfeld der Parlamentswahlen und der damit einhergehenden Verschärfung der Sicherheitslage verfehlt, derzeit an einen vorwiegend strafrechtlichen Ansatz zu denken.⁴³ Vielmehr gilt es die derzeitigen politischen Prozesse zu benutzen, um den machtvollen Übeltätern zunehmend die (militärischen) Mittel zur Destabilisierung des Landes zu entziehen.

Dr. Michael Schoiswohl, LL.M. (NYU), Legal Officer, Legal Advisory Unit, Office of the Special Representative, United Nations Assistance Mission in Afghanistan; schoiswohl@un.org.

35 *Ibid*, 28ff.

36 *Ibid*, 45.

37) *Ibid*, 48ff, siehe auch Afghanistan Justice Project (2005), supra fn 11, 6ff.

38) *Ibid*, 53f, AIHRC, supra fn 11, 53ff.

39) *Ibid*, 54f.

40) *Ibid*, 56ff.

41) *High Commissioner for Human Rights Urges Support for Afghan Efforts to Deal with Impunity*, Pressemitteilung der Vereinten Nationen vom 29. Januar 2005; Erklärung des

Sonderversreters des Generalsekretärs für Afghanistan, Jean Arnault, vom 29. Januar 2005.

42) Vgl. *Schoiswohl*, Buchbesprechung zu O'Shea, *Amnesty for Crime in International Law and Practice* (2002) in: 8 ARIEL (im Druck, 2005).

43) *Afghanistan Justice Project* (2005), supra fn 11, 6ff; siehe dagegen *Human Rights Watch*, supra fn 9, 125f

Die Rolle des internationalen Verfassungsrechts (International Constitutional Law – ICL) und der Verfassungsrechtsvergleichung in der österreichischen Forschung und Lehre scheint auf den ersten Blick eher klein zu sein.

Während an der Universität Zürich bereits ein eigener Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht, öffentliches und vergleichendes Verfassungsrecht¹ besteht, fehlt ein solcher an österreichischen Universitäten.

Auf europäischer Ebene ist beachtenswert, inwieweit im Rahmen des Integrationsprozesses die Rechtsvergleichung zur Annäherung an die verschiedenen Systeme nationalen-öffentlichen Rechts herangezogen wird. Nicht nur, um ein besseres Verständnis dieser unterschiedlichen Systeme zu gewährleisten, sondern auch um auf aktuelle Impulse, verursacht durch den immer größer werdenden Einfluss des supranationalen Rechts, reagieren zu können².

Doch auch hierzulande gewinnt ICL immer mehr an Bedeutung, wie beispielsweise die Einrichtung einer speziellen Arbeitsgruppe Vergleichendes Verfassungsrecht³ an der rechtswissenschaftlichen Fakultät Graz zeigt.

Ein weiterer Grundstein für die Etablierung des ICL in der österreichischen Wissenschaftslandschaft und Rechtspraxis ist mit dem 1st International Constitutional Law Workshop, der am 20. und 21. Mai 2005 an der Universität Wien stattfand⁴, gelegt worden. Ein wichtiger Schritt dahingehend, StudentInnen die Grundlagen dieses Rechtsgebietes zu vermitteln. Die Themenpalette war von der Zweiten Kammer in föderalen Systemen, über Fundierungen der Existenz Europas bis hin zu Multikulturalismus als Antithese zum Liberalismus breit gestreut. Die Aufbereitung, insbesondere der Reader für die TeilnehmerInnen sowie der bewusst auf Diskussion ausgelegte Ablauf des Workshops, stellte eine gelungene Form des „Anstoßes“ dar. So konnten die angehenden JuristInnen die Möglichkeiten eines international vergleichenden Verfassungsrechts entdecken. ICL kann einerseits der Gewinnung von Einsichten in das eigene Recht, andererseits auch der Schaffung notwendiger Distanz dienen, um bequeme Denkmuster der gewohnten Rechtsordnung leichter verlassen zu können.

Afghanistan – der Weg zu einer neuen Verfassung

Das Ziel über einen wissenschaftlichen Austausch die internationale Zusammenarbeit zu fördern, mag für manchen Betrachter unrealistisch wirken. Bei der Erarbeitung einer neuen Verfassung für Afghanistan wurde genau dies versucht. Allerdings unter der Gefahr, dass der Versuch, eigene Erfahrungen als Hilfestellung anzubieten, schlechtesten Falls auch als Okroyierung westlicher Doktrin verstanden werden könnte.

Praktische Erfahrung mit dieser Herausforderung hat *Michael Schoiswohl*, der seit 2 Jahren als Mitarbeiter der legal advisory unit der UNAMA⁵ in Kabul tätig ist und im Rahmen des 1st International Constitutional Law Workshop eines der

Impulsreferate hielt. Mit seinem Beitrag möchte ich mich auch in diesem Bericht auseinandersetzen.

Kurze Chronik

Afghanistan ist heute, geprägt durch Jahrzehnte gewaltsamer Konflikte, damit konfrontiert, seine Vergangenheit zu bewältigen und eine Basis für langwährenden Frieden zu schaffen.⁶

Ein wichtiger Schritt war das sogenannte Bonner-Agreement vom 22. Dezember 2002, mit dem eine Übergangsautorität eingesetzt wurde, die unter anderem eine Interimsverwaltung mit *Hamid Karzai* als Vorsitzendem und einen Obersten Afghanischen Gerichtshof umfasste. Außerdem war die Einberufung einer verfassungsgebenden Versammlung vorgesehen,

Die Bedeutung des internationalen Verfassungsrechts im Transitionsprozess Afghanistans

Ein Bericht über den 1st Vienna Workshop on International Constitutional Law

Gregor Ribarov

der später von der Interimsverwaltung eine 35 Personen – darunter auch zwei Frauen – umfassende Constitutional Drafting Commission beigegeben wurde, um bei der Vorbereitung des Verfassungsentwurfs zu helfen.

Diese Commission legte am 3. November 2003 einen Verfassungsentwurf vor, der sodann der Beratung durch die verfassungsgebende Versammlung zugeführt wurde. Diese Loya Jirga, von vielen Afghanen ironischerweise Loya Jarga (Großer Kampf) genannt, tagte aufgrund der erbitterten Diskussionen länger als geplant, konnte sich aber schließlich am 4. Jänner 2004 auf die sechste afghanische Verfassung mit 12 Kapiteln und 160 Artikeln einigen.

Die Funktion der Afghanischen Verfassung

Die zentrale Funktion einer Verfassung ist es, die rechtliche Grundlage für einen Staat zu schaffen. Sie legt die Staatsform, die Verteilung der Staatsfunktionen entlang der klassischen Trias von Legislative, Exekutive und Judikative sowie die Grenzen der staatlichen Macht durch Grundrechte fest. Die Verfassung ist damit aber auch Teil eines sozio-politischen Systems, enthält sie doch die Spielregeln für den politischen Prozess, die den Konkurrenzkampf um die Macht offen halten sollen.⁷

Dies erwies sich als der zentrale Punkt bei der Verfassungsgebung in Afghanistan. Da es nach dem „regime change“,

1) Rechtsfakultät der Universität Zürich, http://www.ivr.unizh.ch/ivr_thuerer.html (07.07.2005).

2) *Trantas*, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts (1998) 93.

3) Rechtsfakultät der Universität Graz, http://www.kfunigraz.ac.at/opvwww/AG_home.html (07.07.2005).

4) 1st Vienna Workshop on International Constitutional Law, <http://www.univie.ac.at/icl/> (07.07.2005).

5) UN Assistance Mission in Afghanistan, <http://www.unama-afg.org> (07.07.2005).

6) Siehe dazu *Schoiswohl*, Transitional Justice in Afghanistan, in diesem Heft.

7) *Ohlinger*, Verfassungsrecht⁵ (2003) Rz 15.

also der Niederschlagung der Taliban Milizen, kein Friedensabkommen im traditionellen Sinn gab und ein Machtvakuum entstanden war, das vor allem die Warlords zu nutzen suchten, gewann die Konsolidierung einer staatlichen Macht und mit ihr die Schaffung von Regeln für ein friedliches Zusammenleben durch eine Verfassung mehr und mehr an Bedeutung.

Damit war auch klar, dass man sich in der Constitutional Drafting Commission nicht nur in einem rechtlichen, sondern auch in einem durch und durch (macht)politischen Diskurs befand.

Rolle der internationalen Gemeinschaft und des ICL

Die internationale Gemeinschaft stellte Hilfe bei der Ausarbeitung des Verfassungsentwurfs bereit. Die Überlegung dabei war, dass internationale Standards in den Verfassungsgebungsprozess und somit auch in die Verfassung selbst einfließen sollten, um einen Ausgleich zwischen der westlichen, demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsvorstellung und der traditionellen, im Alltag präsenten islamischen Stammesgesellschaft zu erzielen.

Ein heikles Unterfangen, bei dem sich die internationale Hilfestellung an 3 Grundsätzen orientierte:

1. *ownership*: Klar musste sein, dass sich Afghanistan, das über eine eigene Verfassungstradition mit fünf Vorgängerverfassungen verfügt, selbst wieder seine neue Verfassung geben sollte. Keinesfalls sollte der Eindruck entstehen, dass die Verfassung von außen oktroyiert würde.

2. *lightful (is von nur beratend) approach*: Deswegen konzentrierte man sich im Rahmen der UNAMA auf Beratung, indem ausländische Experten die Constitutional Drafting Commission mit issue papers und drafting proposals unterstützten, die auf der Grundlage von rechtsvergleichenden Analysen erstellt wurden.

3. *time*: Zeit und Geduld waren ein nicht zu unterschätzender Faktor und bleiben es auch nach der Verabschiedung der Verfassung. Schließlich gibt es zum neuen Verfassungsrecht noch keine Judikatur. Dies lässt unklare Auslegungssituationen, nach Wieser⁸ eine stetige Voraussetzung für die Anwendung des Vergleichenden Verfassungsrechts als Mittel der Rechtsfindung, erwarten. Deshalb werden die BeraterInnen und das ICL weiterhin auch bei der Interpretation der neuen Verfassung eine Rolle spielen.

Ausgleich geglückt? Das Verhältnis Landesrecht – Völkerrecht

In einer Post-Conflict-Situation wie Afghanistan bemüht sich die internationale Gemeinschaft die Etablierung von neuen Staatsstrukturen nicht nur zu unterstützen, sondern auch in ihrem Sinne, und zwar besonders in Bezug auf internationale Menschenrechtsstandards, zu beeinflussen. Inwieweit sich diese Standards dann in der Praxis bewähren und umsetzen lassen, hängt zu einem guten Teil von den das Verhältnis zum Völkerrecht betreffenden Bestimmungen der Verfassung ab.

Obwohl das Bewusstsein, wie wichtig ein konstruktives Verhältnis zwischen nationalem Recht und dem System des Völkerrechts sein kann, im Allgemeinen zunimmt,⁹ zeigt sich, dass die praktische Umsetzung weiterhin schwierig bleibt. So versuchte man im Zuge des oben genannten „lightful approach“ und mit Hilfe rechtsvergleichender Beratung einen Kompromiss zwischen der Einbeziehung internationaler Standards und dem Aufrechterhalten islamischer Traditionen zu finden.

Im Endeffekt schafft es die afghanische Verfassung allerdings nicht, sich klar auf einen bestimmten Mechanismus für die Implementierung völkerrechtlicher Verpflichtungen festzulegen. Art 7 der Verfassung¹⁰ erklärt: “The state shall observe the UN-Charter, inter-state agreements, as well as international treaties to which Afghanistan has joined, and the Universal Declaration of Human Rights.” Soweit, so gut, aber der Artikel steht nicht für sich alleine, sondern ist in den Artikeln 3 und 121 zu lesen. Artikel 3 stellt fest, dass: “No law shall contravene the tenets and provisions of the holy religion of Islam”. Damit wird den Grundstätzen des Islam Vorrang gegenüber dem Völkerrecht eingeräumt. Auch Art 121 relativiert: “At the request of the Government, or courts, the Supreme Court shall review the laws, legislative decrees, international treaties as well as international covenants for their compliance with the Constitution and their interpretation in accordance with the law.”

Diese Bestimmung gibt dem Obersten Gerichtshof einen sehr großen Spielraum und lässt damit die Möglichkeit offen, die Interpretation verbindlicher völkerrechtlicher Verträge nach Belieben zurechtzubiegen bzw diese als mit der Verfassung unvereinbar zu erklären¹¹. Diese Chance, eine solide Basis für die Förderung von Menschenrechten, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu schaffen, blieb leider ungenützt. Hier zeigt sich ein Problem von Post-Conflict-Gesellschaften, die sich inmitten einer Transitionsphase befinden. Gerade in einer solch heiklen Phase gelten andere Prioritäten und rechtswissenschaftliche Fragen haben nur zu oft das Nachsehen.

Trotz allem wird ICL für Afghanistan in der Zukunft eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen. Gerade bei unklarer Rechtslage und schwierigen Auslegungssituationen, mit denen sich der neue Staat aufgrund fehlender Judikatur konfrontiert sehen wird, kann ICL wie bereits erwähnt eine große Hilfe sein.

Dies mag auch die Möglichkeit beinhalten das Verhältnis des islamischen Rechts mit den internationalen Standards doch noch zu verbessern und Afghanistan bei der Stabilisierung sowie in seinen Bemühungen um einen langfristigen Frieden zu unterstützen.

Mag. Gregor Ribarov, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht der Wirtschaftsuniversität Wien; gregor.ribarov@wu-wien.ac.at.

8) Wieser, Vom Wesen und Wert der Rechtsvergleichung, Juridikum 2004, 117 (120).

9) Brownlie, Principles of Public International Law (1999) 50.

10) Die Afghanische Verfassung ist zu finden unter: http://www.unama-afg.org/docs/_

nonUN%20Docs/_Loya-Jirga/CLJ/Translation%20of%20the%20Constitution%20May%2030.doc (07.07.2005).

11) Die völkerrechtliche Verpflichtung bleibt trotz aller negativen praktischen Auswirkungen davon, im Hinblick auf die Theorie des

gemäßigten Monismus und des Primats des Völkerrechts, an sich unberührt; Verdross, Völkerrecht (1964) 113.

1. Die Orange Revolution¹

25. November 2004, Chernihiv, Ukraine: Ein Richterseminar zum Thema Eigentumsfreiheit und Wahlfreiheit unter Beteiligung ausländischer ReferentInnen. Die Tür geht auf. Ein sichtlich geschockter Mann betritt den Raum, eilt zum Vorsitzenden und flüstert ihm ins Ohr. Der Vorsitzende erhebt sich stockend und hält eine lange Rede in ukrainischer Sprache. Die Simultanübersetzung bricht plötzlich ab. Ein Großteil der Anwesenden verlässt hektisch den Raum. Ein bleicher Dolmetscher versucht uns zu beruhigen, indem er uns erklärt, es habe ohnehin keine Toten gegeben, sondern lediglich Verletzte. Überstürzt reisen wir vom Tagungsort in Richtung Kiev ab, durch unzählige Polizeisperren, vorbei an 100.000 regierungsnahen und regierungskritischen Demonstranten. Trotz angedrohter Blockade können wir tags darauf den internationalen Flughafen Kiews Richtung Wien verlassen.

Ausgelöst wurden diese Ereignisse durch die Präsidentenstichwahl am 21. November 2004, zu deren Sieger der amtierende Ministerpräsident, Viktor Yanukovych, erklärt worden war. Bereits in der Wahlnacht sprachen die Opposition unter Führung Viktor Yushchenkos und die Beobachter der OSZE von Manipulation und Fälschung der Wahlen. Die Stichwahl wurde vom ukrainischen Supreme Court annulliert und ihre Wiederholung für den 26. Dezember 2004 festgesetzt. Am 28. Dezember 2004 gab die Wahlkommission das vorläufige Endergebnis der neuerlichen Wahl bekannt, wonach Yushchenko mit 51,99 Prozent zum Wahlsieger erklärt wurde.

Für die Ukraine stellten die Ereignisse rund um die Wahlen und ihr Ausgang zumindest einen symbolischen Sieg der demokratischen Kräfte dar. Wenngleich sich das Land, wie auch andere GUS-Staaten, nach wie vor in einer Grauzone zwischen einer Demokratie und einem autoritären Regime bewegt, war die Wahl Yushchenkos doch der Kulminationspunkt eines bereits länger andauernden Demokratisierungsprozesses.

2. Verfassungsentwicklung in der Ukraine

Der Transformationsprozess der Ukraine startete in den frühen 1990er Jahren². Damit gingen zahlreiche, umkämpfte Ver-

sungsänderungen einher³, die schließlich in die Verfassung von 1996 mündeten⁴. Die härtesten Auseinandersetzungen erfolgten um die Trennung der Staatsfunktionen⁵. Dies kann als typische Folgewirkung des Systemwechsels von einem kommunistischen Regime in eine westlich-liberale Demokratie gesehen werden. Während liberale Verfassungsstaaten, zurückgehend auf *Locke* und *Montesquieu*, die Staatsmacht

Die Orange Revolution und der weite Weg nach Europa

Ein Erfahrungsbericht

Iris Eisenberger/Gerda Marx

unter strikter Trennung der Staatsfunktionen verteilen, haben kommunistische Verfassungen idR ihre Institutionen um das Prinzip der institutionellen Einheit arrangiert⁶.

Um die anhaltenden Konflikte zwischen den Staatsgewalten zu lösen, kam es im Sommer 1995 zu einem Vertrag zwischen dem Obersten Rat und dem Präsidenten der Ukraine⁷. Infolge des Vertrages wurde 1996 die eingangs erwähnte neue Verfassung erlassen. Diese legt ihren Fokus neben einer Präambel, den Grundwerten und Grundrechten auf die demokratische Verfasstheit der Ukraine. Die Ukraine schaffte mit

1) Die „Orange Revolution“ steht für eine Reihe von Demonstrationen, Protesten und politischen Veranstaltungen zwischen 2004 und 2005 rund um die Präsidentschaftswahlen 2004. Die Farbe Orange verdankt die „Revolution“ der vorherrschenden Werbefarbe der Oppositionspartei unter Viktor Yushchenko; siehe dazu http://en.wikipedia.org/wiki/Orange_Revolution sowie http://de.wikipedia.org/wiki/pr%C3%A4sidentschaftswahlen_in_der_Ukraine (8.8.2005). Siehe zu den hier beschriebenen Ereignissen auch *Ash/Snyder, The Orange Revolution* (2005) und die Beiträge in *Kurth/Kempe* (Hrsg.), *Presidential Election and Orange Revolution. Implications for Ukraine's Transition* (2005).

2) *Hillenbrand, Good Governance and the Need for Consensus Building – A Framework for Democratic Transition*, in: *Kurth/Kempe* (Hrsg.), *Orange Revolution 7* (10). Das ukrainische Parlament erklärte am 24.8.1991 die Unabhängigkeit (Act of Declaration of the Independence of Ukraine of 24 August 1991, approved by the national vote of 1 December 1991; siehe die Präambel der 1996er Verfassung).

3) Siehe dazu *Frenzke, Die Entwicklung des ukrainischen Verfassungsrechts von 1978 bis 1995, Osteuropa Recht 1995, 338 ff.*

4) Siehe den englischen Text der 1996er-Verfassung idGF unter <http://www.rada.kiev.ua/const/conengl.htm> (8.8.2005); siehe auch *Häberle, Die Verfassung der Ukraine* (1996) im europäischen Rechtsvergleich, DÖV 1998, 761.

5) Art 97 betreffend die Zuständigkeiten des obersten Rates sowie Art 114 betreffend den Präsidenten wurden am häufigsten geändert. Die Abgrenzung der Staatsgewalten, insbesondere im Verhältnis zwischen dem Militär und der Gerichtsbarkeit, bleibt auch nach der 1996er Verfassung ein ungeklärtes Problem.

6) Siehe dazu etwa *Dupré, Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity* (2003) 17. Freiheiten und Rechte sind – zumindest im Verfassungstext – keine Neugigkeit. Alle kommunistischen Verfassungen sahen diese vor, ohne sie freilich einzelnen Individuen zuzugestehen.

7) Siehe *Frenzke, Osteuropa Recht 1995, 338 f.*

der 1996er-Verfassung eine Präsidialdemokratie nach dem Vorbild Frankreichs. Sie zeichnet sich durch ihre besondere Weltoffenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit aus⁸. So ist in der Verfassung etwa eine Förderung des Erlernens fremder Sprachen⁹ und der wissenschaftlichen Beziehungen mit der Weltgemeinschaft enthalten¹⁰. Unterstrichen wird dieser Aspekt durch das in der Verfassung verankerte Leitziel der kooperativen Außenpolitik¹¹. Darüber hinaus ist eine weitgehende Gleichstellung Fremder und Staatsbürger im Bereich des Grundrechtsschutzes vorgesehen¹².

3. Annäherung an die Europäische Union

Die Verfassungsentwicklung der Ukraine ist auch im Lichte ihrer Annäherung an Europa (in einem weiten Sinn) zu sehen¹³. Die jüngere Entwicklung ist insbesondere durch den Wunsch nach einem Beitritt zur Europäischen Union gekennzeichnet. Die Ukraine ist deshalb seit Jahren bemüht, ihre Rechtsordnung an die in der EU geltenden Standards anzupassen¹⁴. Trotz der dargestellten Verfassungsentwicklung ist die Ukraine in bestimmten Bereichen weit entfernt vom unionseuropäischen Standard. Das trifft etwa für das Justizsystem zu, das seit 2001 erformiert wird¹⁵.

Der Weg der Ukraine in die Europäische Union hat vorläufig zu einem „Partnership and Cooperation Agreement“¹⁶ aus 1994, das 1998 in Kraft getreten ist, geführt. Dieses Übereinkommen stellt die rechtliche Basis für die wechselseitigen Beziehungen zwischen der Ukraine und der Europäischen Union dar, welches den politischen Dialog, wechselseitigen Handel, Investitionen, wirtschaftliche und rechtliche Kooperation sowie kulturelle und wissenschaftliche Kooperation umfasst.

Mit der „Orange Revolution“ haben die Bemühungen um einen Beitritt zur Europäischen Union neuen Schwung bekommen. Dies betrifft etwa Initiativen zur Anpassung des Rechtsbestandes, worauf sogleich näher eingegangen werden soll. Die Bereiche, in denen Reformen angestrebt werden, sind der Rechtszugang, die Einführung internationaler Menschenrechtsstandards (insbesondere der EMRK), die Entwicklung einer unabhängigen und effizienten Gerichtsbarkeit, eine bessere richterliche Ausbildung, der Ausbau des individuellen Rechtsschutzes (insbesondere auf dem Gebiet der Menschen- und Bürgerrechte) sowie die Öffentlichkeit

und Zugänglichkeit staatlicher Akte (insbesondere auch aller Gerichtsentscheidungen; siehe dazu gleich unten 4.).

4. Richterliche Unabhängigkeit und Informationsfreiheit in der Ukraine als typische Beispiele postkommunistischer Transition

Am 28. und 29 April 2005 fand in Kiev eine parlamentarische Konferenz zum Thema „European Integration of the Ukraine – Legal Reform’s Strategy“ statt. Es waren einzelne Arbeitsgruppen eingesetzt, die die Themen Rechtszugang, Gerichtsverwaltung, Strafprozessrecht, Strafverfolgung, Informationszugang, Probleme der Ausbildung berieten. Besonderes Augenmerk wurde auf den Bestellungsmodus der Richter sowie die Informationsfreiheit gelegt. Im Zuge der Diskussionen zeigte sich, dass das derzeitige System der Richterbestellung dem Präsidenten die ausschließliche Macht zur Erstbestellung in die Hände legt¹⁷ und im Bereich der Informationsfreiheit eklatante Mängel hinsichtlich der Publizität einzelner Rechtsakte bestehen.

Im Rahmen der Konferenz wurde ein Reformvorschlag zur Regelung der Rechtsstellung der Richter, ihres Bestellungsmodus und Aufgaben sowie der Sicherung ihrer Unabhängigkeit diskutiert. Umstritten war dabei insbesondere die Änderung des Erstauswahlverfahrens. Das Vorschlagsrecht zur Richterernennung sollte demnach nicht mehr beim Präsidenten der Ukraine, sondern bei einer speziellen Kommission liegen¹⁸.

Die Beratungen über dieses Thema waren geprägt von vehementen und emotionalen Auseinandersetzungen, wobei deutlich erkennbar war, dass ein Teil an der Fortführung der bisherigen Situation (Systemerhalter), der andere an der Erneuerung des Systems interessiert war (Reformer). Allerdings zeigte sich auch, dass der Systemerneuerung nicht nur demokratiepolitische, sondern durchwegs auch wirtschaftliche Motive im Sinne einer Öffnung gegenüber ausländischen Investoren zugrunde lagen.

Deutlich emotionslos lief die Diskussion zu Informationsfreiheit und Informationszugang ab¹⁹. Einer der vehementesten Kritikpunkte an der jetzigen Situation war der Umstand, dass es trotz „Orange Revolution“ immer noch staatliche Rechtsakte gibt, die den Stempel „Verschlussakte“ tragen und für die Öffentlichkeit unzugänglich sind. Dies

8) Die außergewöhnliche Fremdenfreundlichkeit der ukrainischen Verfassung lässt sich exemplarisch daran zeigen, dass in der Südukraine ein aus Afrika stammender, nicht ukrainischer Staatsbürger zum Bürgermeister einer Kleinstadt gewählt wurde – eine in Österreich unvorstellbare Konstellation. Siehe VfGH G 218/03 v 30.6.2004 betreffend das Wahlrecht für Nicht-EU-Bürger auf Bezirksebene in Wien und dazu *Perchinig*, Kein Wahlrecht ohne roten Pass, *juridikum* 2004, 178. Dem VfGH zufolge steht von Verfassungs wegen das Wahlrecht zu den allgemeinen Vertretungskörpern grundsätzlich nur österreichischen Staatsbürgern zu.

9) Art 10 Abs 4 der 1996er Verfassung.

10) Art 54 Abs 3 der 1996er Verfassung.

11) Art 18 der 1996er Verfassung.

12) Art 26 der 1996er Verfassung.

13) Die Ukraine ist seit 9.11.1995 Mitglied des Europarates. Der Europarat ist eine jener Institutionen, zu denen postkommunistische Staaten rasch beigetreten sind; siehe *Dupré*, *Post-Communist Transitions* 19.

14) Siehe *Commission of the European Communities*, Commission Staff Working Paper. *European Neighbourhood Policy. Country Report Ukraine*, COM (2004) 373final.

15) Es finden regelmäßig Trainingsprogramme für Richter im Rahmen von Europarats-Programmen statt, die von der EIDHR (European Initiative for Democracy and Human Rights) finanziert werden.

16) Siehe *Commission of the European Communities*, Commission Staff Working Paper. *European Neighbourhood Policy. Country Report Ukraine*, COM (2004) 373final.

17) Vgl Art 128 der 1996er Verfassung.

18) Mindestanforderungen zur Aufnahme in den richterlichen Dienst sind derzeit ein Mindestalter von 25 Jahren, der Kandidat muss die letzten 10 Jahre in der Ukraine gelebt haben, die ukrainische Sprache sprechen, eine höhere rechtliche Ausbildung haben und in den letzten drei Jahren in Bereich des Rechts gearbeitet haben. Diese Mindestanforderungen variieren hinsichtlich der Aufnahme an Gerichtshöfe höherer Instanz.

19) Ein Grund dafür dürfte auch die Zusammensetzung des Arbeitskreises gewesen sein, der ausschließlich mit NGO-Vertretern besetzt wurde.

veranlasste einen Tagungsteilnehmer zu der süffisanten Bemerkung: „If you look at the president’s website, you will see that the only thing that has changed is the replacement of Kutchma’s²⁰ picture by Yushchenko’s picture!“

Massiv wurde auch der Umstand kritisiert, dass die Entscheidungen von Untergerichten gar nicht öffentlich zugänglich sind, während Entscheidungen von Höchstgerichten nur gelegentlich und unter strenger Zensur veröffentlicht werden²¹. Auch den Untergerichten sind in der Regel Entscheidungen der Obergerichte nicht zugänglich. Neben der Forderung nach Veröffentlichung und der Führung eines Entscheidungsregisters wurde auch die Veröffentlichung aller staatlichen Dokumente gefordert²².

Die Arbeitsgruppen der parlamentarischen Konferenz fanden sich schließlich im Plenum zusammen, indem die Sprecher über die Beratungsergebnisse berichteten. Im Anschluss daran kam es wiederum zu einer teilweise sehr emotionalen Diskussion. So wurde etwa am Beispiel des Strafvollzugs der Riss durch die ukrainische Bevölkerung deutlich sichtbar. Ein Teil war der Auffassung, dass der Strafvollzug in der Ukraine unmenschlich sei²³ und die Dauer der Untersuchungshaft nicht dem EMRK-Standard entspräche²⁴. Andere Teilnehmer wiederum vertraten die Ansicht, Verbrecher hätten ohnehin keinen Anspruch auf bessere Behandlung.

5. Import fremden Rechts in postkommunistischen Staaten

Die Konferenz hat jedenfalls eines deutlich gezeigt: Die Bemühungen von Reformern, ausländisches Recht und ausländische Experten bei zu ziehen, stießen teilweise auf heftige Kritik. Nach Auffassung vieler gäbe es in der Ukraine genügend

Experten, die die Reformen bewerkstelligen könnten. Diese würden auch die lokalen Verhältnisse und Gegebenheiten besser beurteilen und einschätzen können. Freilich wurde die Veranstaltung hauptsächlich von ausländischen Geldgebern finanziert²⁵.

Die Ukraine findet sich beim Import ausländischen Rechts in guter Gesellschaft. Bei der Transformation postkommunistischer Staaten in demokratische Rechtsstaaten standen durchwegs westlich-liberale Verfassungen Pate²⁶. Letztlich war diese Entwicklung aber immer von der Initiative einzelner Persönlichkeiten abhängig. Auch die hier besprochene parlamentarische Konferenz belegte, dass diejenigen, die sich für eine internationale Präsenz einsetzen, dies mit besonderer persönlicher Hingabe tun.

Betrachtet man zusammenfassend die Verfassungsrechtsentwicklung der postkommunistischen Ukraine, so lässt sich feststellen, dass die Ukraine schon einige wichtige Schritte auf dem Weg nach Europa gemacht hat. Auch wenn die Verfassung westeuropäischen Standards schon sehr nahe ist, so scheinen Gesellschaft und Politik diesen Weg teils noch nicht beschritten zu haben. Eine liberale Verfassung ist eben eine notwendige, aber noch keine hinreichende Bedingung für einen liberalen Verfassungsstaat.

*Univ.-Ass. Drⁿ. Iris Eisenberger, M.Sc.,
WissMi. Mag^a. Gerda Marx,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
der Universität Wien;
iris.eisenberger@univie.ac.at,
gerda.marx@univie.ac.at.*

20) *Kutchma* war über zwei Amtsperioden Präsident der Ukraine und konnte aus verfassungsgesetzlichen Gründen nicht wieder gewählt werden, wengleich er versuchte eine Verfassungsänderung durchzusetzen, die es ihm ermöglicht hätte, ein drittes Mal zu kandidieren.

21) Eine offizielle Veröffentlichung kommt nur in den seltensten Fällen vor. Zumeist werden Teile der Judikate in der Presse veröffentlicht.

22) Gefordert wurde die Einrichtung eines Internetarchivs. Dem wurde entgegengehalten, dass die meisten Ämter bzw Gerichte über gar keine Computerausstattung verfügen.

23) So wurde etwa auf die hohe TBC- sowie Aids-Rate bei den Häftlingen aufgrund der mangelhaften sanitären Anlagen sowie der hohen Häftlingszahl verwiesen.

24) Häufig müssen Häftlinge jahrelang auf ihren Prozess warten.

25) Gesponsert wurde die Konferenz von der International Renaissance Foundation, der American Bar Association, der Central European and Eurasien Law Initiative sowie der Swiss Cooperation Fund.

26) Siehe etwa *Dupré*, Post-Communist Transitions.

1. Einleitung

Between Vengeance and Forgiveness¹. Truth v Justice². Das Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitskommissionen und strafgerichtlicher Verfolgung, wie es in diesen beiden Antithesen zum Ausdruck kommt, beschäftigt seit jeher jenes junge Rechtsgebiet, das sich vom angelsächsischen Raum kommend als „Transitional Justice“ einen Fixplatz im rechtswissenschaftlichen Fächerkanon gesichert hat. Wahrheitskommissionen und (internationale) Strafgerichte markieren jene breite Palette von Maßnahmen, auf die Transitionsstaaten heute zur Ahndung der Menschenrechtsverletzungen ihrer überwundenen Regime greifen können³.

Am einen Ende des Spektrums steht das Strafrecht als die direkteste und vertrauteste Reaktion auf grobe Verletzungen international anerkannter Menschenrechtsstandards wie Folter, Verschleppung oder Mord. Die politischen und praktischen Probleme, mit denen die Bestrafung – bzw schon der Versuch der Bestrafung – der kleinen und großen Marcose, Pinochets und Karadzics zu kämpfen hatte, haben in den 1980er und 90er Jahren zur Herausbildung einer Reihe von alternativen, nicht-strafrechtsförmigen Reaktionsmechanismen geführt. Dabei haben sich Wahrheitskommissionen als jener zweite Eckpfeiler etabliert, bei dem es weniger um die Täter als um die Opfer, also nicht primär um das Festmachen individueller Schuld geht, sondern um Tatsache, Muster und Dimension staatlicher Übergriffe – eben um die „Wahrheit“⁴, um das, was tatsächlich passiert ist.

Wahrheitskommissionen hat es, was ihr Mandat, ihre Arbeitsweise und nicht zuletzt ihr Verhältnis zur Justiz betrifft, in allen nur denkbaren Ausprägungen gegeben. Immer öfter kommen Wahrheitskommissionen *und* strafgerichtliche Verfolgung jedoch nebeneinander zum Einsatz. Das ist mit ein Ergebnis der wissenschaftlichen Durchdringung ihres Verhältnisses⁵. Als anwendungsorientiertes Rechtsgebiet hat es sich Transitional Justice zur Aufgabe gemacht, aufgrund bisheriger Erfahrungen für jedes Land, das von einer Diktatur in ein demokratisch-rechtsstaatliches System „kippt“ und den Weg zur Aufarbeitung seiner vergangenen Menschenrechtsverletzungen frei macht, die passende Mischung zwischen der Erfüllung des staatlichen Strafanspruches und dem Ruf nach Aufdeckung, Opferschutz und Versöhnung anzubieten.

Österreich, würde man selbst auf einen zweiten Blick hin annehmen, hat keine Erfahrung mit Wahrheitskommissionen. Zwar gab es hierzulande nach 1945 mit den Nationalsozialistenprozessen den klassischen Typus des Kriegsverbrecherprozesses, aber keine Wahrheits- oder gar Versöhnungs-

kommission über die NS-Zeit. Am ehesten könnte man an die 1998 eingerichtete Historikerkommission denken⁶, doch stand diese nicht an der historischen Bruchstelle vom NS-Unrechtsregime zum Rechtsstaat der Zweiten Republik, sondern wurde 60 Jahre später und mit einem Fokus auf die Ausgleichsmaßnahmen für den nationalsozialistischen Vermögensraub eingesetzt⁷.

Aus dem kollektiven Vergessen soll hier ein früher österreichischer Anlauf zu einer Wahrheitskommission geholt werden: Die „Kommission zur Erhebung militärischer Pflichtverletzungen“ erforschte zwischen 1918 und 1922 Kriegsverbrechen und andere schwere Verfehlungen der Generäle der österreichisch-ungarischen Armee während des

Truth v Justice, historisch betrachtet

Österreichs vergessene 1918er-Kommission

Ronald Faber



Ersten Weltkrieges und bereitete sie für ein strafgerichtliches Sonderverfahren vor dem OGH auf. Im Folgenden werden Einrichtung und Wirken dieser Kommission in Erinnerung gerufen, um sie danach an den Kriterien zu messen, die heute gemeinhin an Wahrheitskommissionen angelegt werden. Es wird nicht überraschen, dass die Probleme wie die Erfolge damals wie heute ganz ähnlich waren.

2. Die Kommission zur Erhebung militärischer Pflichtverletzungen⁸

Auslöser für die Einrichtung der Kommission zur Erhebung militärischer Pflichtverletzungen waren die militärischen Ereignisse zu Kriegsende, als hunderttausende Soldaten der k.u.k. Armee in italienische Kriegsgefangenschaft gerieten, nachdem bereits ein Waffenstillstand mit Italien unterzeichnet worden war. Dazu kamen Berichte über Missstände in der Heeresverwaltung und Fehlleistungen bzw Übergriffe der obersten Heeresführung, im Besonderen im Zusammenhang mit der Rekrutierungspraxis, der Militärjustiz und der Versorgung der Truppen. Die Zensur tat das Ihrige, um diese



1) *Minow*, *Between Vengeance and Forgiveness. Facing History after Genocide and Mass Violence* (1998).
 2) *Rotberg/Thompson* (eds), *Truth v. Justice. The Morality of Truth Commissions* (2000).
 3) Vgl als Einstieg nur *Ratner/Abrams*, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law* (2001) 228.
 4) Zur Frage der „Wahrheitssuche“ unter dem Blickwinkel der historischen bzw juristischen Methode siehe *Jablonek*, *Der Jurist in der Zeitgeschichte* (2004) 14 mwN.
 5) Zuletzt etwa am Beispiel Sierra Leones;

siehe *Wierda et al*, *Exploring the Relationship Between the Special Court and the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone* (2002); <http://www.ictj.org/downloads/TRC-SpecialCourt.pdf>.
 6) Siehe dazu nur den Schwerpunkt in *juridikum* 2003 H 1 mit Beiträgen von *Blimlinger, H. Burger, I. Eisenberger, R. Faber, Jabloner, Meissel, Noll, Ortner, Schoiswohl, Schulze* und *Wendelin*.
 7) Generell zur Abgrenzung solcher „historical truth commissions“ vom hier behandelten Typus der Wahrheitskommissionen *Hayner*,

Unspeakable Truths. Confronting State Terror and Atrocity (2001) 17 ff. Wer Lust an markiger rechtswissenschaftlicher Begriffsbildung hat, könnte von einer „second wave of transitional justice“, einer „justice of transitional justice“ oder einer Historisierung im Sinne einer „Vergangenheitsaufarbeitung der Vergangenheitsbewältigung“ sprechen.
 8) Die Darstellungen zur Kommission stützen sich, wo nicht anders angegeben, auf *Doppelbauer*, *Zum Elend noch die Schande. Das altösterreichische Offizierskorps am Beginn der Republik*² (1997) insb 102 ff.

negativen Vorstellungen in der Bevölkerung, aber auch den politischen Parteien zu schüren, ebenso wie eine Kampagne, die die sozialdemokratische Arbeiterzeitung nach dem Zusammenbruch der Monarchie gegen das Offizierkorps ritt.

Mit einem der ersten Rechtsakte der jungen Republik wurde durch Gesetz vom 19. Dezember 1918 über die Feststellung und Verfolgung von Pflichtverletzungen militärischer Organe im Kriege StGBI Nr 132 die Kommission ins Leben gerufen⁹. Als ihre Aufgabe wurde bestimmt

„zu erheben, ob und inwiefern im Verlaufe des Krieges Truppenkommandanten ... ein grobes Verschulden bei der Führung der Truppen oder andere schwere Verstöße gegen ihre Dienstpflichten zur Last fallen.“

Die Erhebungen sollten sich im Besonderen „auf das Schicksal der deutschösterreichischen Truppen und auf den Verlust von Kriegsgerät und Vorräten bei dem Zusammenbruche der Wehrmacht der österreich-ungarischen Monarchie im Herbst 1918“ erstrecken (§ 1 Abs 1).

Die Kommission bestand aus fünf Mitgliedern – zwei Universitätsprofessoren, zwei Rechtsanwälten und einem Richter –, die vom Staatsrat (dem obersten Vollzugsorgan) bestellt wurden¹⁰. Mitglieder der Nationalversammlung konnten der Kommission nicht angehören (§ 2), womit sie sich deutlich von einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss unterschied.

Der Kommission wurde das Recht zur Ladung von Auskunftspersonen und der Aktenanforderung von anderen Stellen eingeräumt (§ 5). Ihre Sitzungen waren nicht öffentlich. Die Verbindung zur Öffentlichkeit sollte über ein kompliziertes Verfahren gewahrt werden: Die Kommission hatte an den Staatsrat zu berichten, der ihre Berichte an die Nationalversammlung weiterleitete (§ 8). Gedacht war offenbar an eine regelmäßige, breite und öffentlichkeitswirksame Diskussion im zentralen Repräsentationsorgan des neuen Staates, dem Parlament.

Die Kommission sollte aber nicht nur eigene Ermittlungen führen, sondern wurde zugleich in ein besonderes Strafverfahren eingebunden.

Ausdrücklich bestimmte das Gesetz, dass die Erhebungen der Kommission „den Anstoß zur Einleitung eines allfälligen Strafverfahrens gegen die Schuldtragenden“ geben sollten (§ 1 Abs 2). Für alle in das Mandat der Kommission fallenden Strafsachen war eine Sonderzuständigkeit des Obersten Gerichtshofes vorgesehen (§ 3)¹¹. Die Kommission war allerdings darauf beschränkt, die Fälle für die Anklage aufzubereiten. Die Anklage oblag dem Generalstaatsanwalt; für das Verfahren wurden eigene Untersuchungsrichter beim OGH bestellt. Als anzuwendendes materielles Recht wurden das Militärstrafgesetz bzw das allgemeine Strafgesetz bestimmt, im Verfahren waren die Bestimmungen der Strafprozessordnung sinngemäß anzuwenden (§ 4).

3. Die 1918er-Kommission – eine Wahrheitskommission

Um von einer Wahrheitskommission zu sprechen, werden vier Kriterien für ausschlaggebend erachtet¹²:

- Sie beschäftigt sich mit der Vergangenheit.
- Sie untersucht ein Muster von Menschenrechtsverletzungen und Übergriffen während einer bestimmten Periode, und nicht ein einzelnes Ereignis.
- Sie ist zeitlich begrenzt eingerichtet und schließt ihre Arbeit mit einem Bericht ab.
- Sie hat offiziellen Status, der ihr Rückendeckung für ihre Untersuchungen und besseren Zugang zu Informationen garantiert sowie ihren Berichten und Empfehlungen größeres Gewicht verleiht.

Legt man diese Kriterien an die 1918er-Kommission an, kann sie ohne weiteres in die Liste der Wahrheitskommissionen aufgenommen werden:

- Sie war mit der Durchleuchtung der Ereignisse des Ersten Weltkrieges befasst.
- Ihr Auftrag bezog sich allgemein auf Pflichtverletzungen und strafrechtliches Verhalten der Offiziere, sowohl nach innen (gegenüber den eigenen Truppen) als auch nach außen (gegenüber der Zivilbevölkerung).
- Von allem Anfang an war klar, dass die Kommission nur in der unmittelbaren Nachkriegszeit tätig werden sollte. (Die optimistische Vorstellung, sie könne ihren Auftrag in wenigen Monaten erledigen, erwies sich jedoch bald als unrealistisch. Die Kommission arbeitete schließlich bis 1922, also fast vier Jahre¹³.) Sie erstattete insgesamt 32 Berichte mit einem abschließenden Endbericht.
- Die Kommission wurde vom Staatsrat eingesetzt, hatte Akteneinsichtsrecht und konnte Zeugen vernehmen. Mit dem vorgesehenen Berichtssystem war dafür gesorgt, dass ihre Ergebnisse unmittelbar bei den politisch entscheidenden Organen, Regierung und Parlament, ankamen.

4. Die Arbeit der Kommission

Die Kommission hatte, um es gleich vorweg zu nehmen, keinen leichten Stand im Nachkriegsösterreich. Die Integrität und Fachkenntnisse ihrer Mitglieder waren unbestritten, doch war ihr Erfolg letztlich von zwei Faktoren abhängig, die sie nicht beeinflussen konnte: der Mitarbeit und Unterstützung von Bevölkerung, Verwaltung und Politik sowie den Urteilen des OGH in den von ihr vorgelegten Fällen.

Widerstand der Bürokratie

Die Kommission war für ihre Erhebungen notgedrungen auf die Kooperation der staatlichen Stellen, insbesondere der Heeresverwaltung angewiesen. Sie hatte zwar von Gesetzes

9) Mit den parlamentarischen Materialien abgedruckt bei *Lelewer/Hecht* (Hrsg.), Die neuen militärstrafrechtlichen Gesetze (1919) 90 ff.

10) Dies waren der Strafrechtsprofessor Alexander Löffler (Vorsitzender), der Anatomieprofessor und Sozialpolitiker Julius Tandler, die Anwälte Jakob Freundlich und Anton Neuhauser sowie der Richter Ferdinand Fuhrmann; siehe *Doppelbauer*, Elend 116 ff.

11) Auf verfassungsrechtliche Bedenken,

insb in Richtung Sondergerichtsbarkeit, soll hier nicht eingegangen werden. Das Gesetz wurde 1918 jedenfalls als Verfassungsgesetz beschlossen.

12) Siehe auf Basis einer breiten empirischen Untersuchung das Standardwerk von *Hayner, Truths* 14.

13) Die Kommission wurde mit Gesetz vom 24. März 1922 BGBl Nr 203 aufgelöst. Die Sonderzuständigkeit des Obersten Gerichtshofes

endete gemäß §§ 16 iVm 19 der 2. Strafprozeßnovelle vom Jahre 1920 BGBl Nr 321 bereits mit 1. Oktober 1920. Sie dürfte durch die sonderstrafgerichtliche Zuständigkeit des VfGH nach Art 145 B-VG abgelöst worden sein; siehe *Zellenberg*, Art 145 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht. Kommentar (1. Lfg 1999) Rz 3, 9.

Für das Verständnis des Art 145 wäre es lohnend, diesem Zusammenhang nachzugehen.

wegen das unumschränkte Recht zur Aktenbeschaffung, doch musste sie zusehends gegen die träge Kraft des bürokratischen Apparates ankämpfen, der sich gegen ihre Ermittlungen quer legte – eine fast reflexartige Reaktion, die zahlreiche Wahrheitskommissionen heutiger Provenienz ebenfalls erfahren haben¹⁴. Die Identifikation mit dem Militär war im liquidierenden Verteidigungsministerium zu stark, konnte eine erfolgreiche Arbeit der Kommission aus seiner Sicht doch nur im Anschwärzen der Armee bestehen.

Passivität der Bevölkerung

Mehr noch als auf die Zusammenarbeit der staatlichen Stellen war die Kommission aber von der Kooperation der Bevölkerung abhängig¹⁵. Anfangs rechneten alle damit, dass die Kommission mit Anzeigen überschwemmt würde. Man glaubte schließlich, auf ein Bedürfnis der Bevölkerung zu antworten. Doch das Echo in der Öffentlichkeit blieb aus. Bis heute gibt es Rätsel auf, warum auch die Presse, allen voran die Arbeiterzeitung, die mit zahlreichen Geschichten und Berichten über Übergriffe des Militärs ganz wesentlich den Nährboden für die Einrichtung der Kommission bereitet hatte, nicht mit ihr kooperierte und selbst auf Nachfrage ihre Informationen und Quellen nicht preisgab. Bemerkenswert ist, dass jene Gruppe, die offenbar am meisten Interesse an einer Klärung der Geschehnisse durch die Kommission hatte, die Offiziere selbst waren¹⁶. Sie erhofften sich von der Kommission eine Sanierung ihres angeschlagenen Images und einen Freispruch von den in der Öffentlichkeit kursierenden Anschuldigungen.

Die Furcht vor Sanktionen, die bei manchen Wahrheitskommissionen jüngerer Zeit eine Kooperation der Bevölkerung verhinderte¹⁷, kann im republikanischen Österreich eigentlich nicht der Grund gewesen sein. Die Kommission selbst glaubte, die Bevölkerung identifiziere sie zu sehr mit einer Behörde alten Stils. Entscheidender dürfte wohl gewesen sein, dass ihr jeder Kontakt zur Bevölkerung und zur Politik abging, sie im öffentlichen Bewusstsein also nicht verankert war, was nicht zuletzt daran lag, dass ihre Verfahren nicht-öffentlich waren. Mehrmals ersuchte die Kommission, die Gesetzeslage zu ändern, scheiterte damit aber am Widerstand der Regierung¹⁸.

Vielleicht war mit ein Grund für die Passivität der Bevölkerung, dass die Kommission als eine republikanische Einrichtung galt und die Identifikation mit dem neuen Staat einfach zu gering war, zumal die Kommission mit der Zeit in ein klaskämpferisches Instrument der Linken umgedeutet wurde. Jedenfalls lieferte sie nicht, was viele als ihre eigentliche Aufgabe sahen: eine rasche Aufklärung über die Waffenstillstandsfrage und eine rasche Verurteilung der angeprangerten Offiziere (siehe dazu unten 5.).

Ungeliebtes Kind der Regierung

Als Fehlkonstruktion des Gesetzes erwies sich, dass die Information der Öffentlichkeit ausschließlich in den Berichten an das Parlament unter Zwischenschaltung der Regierung er-

folgte. Dazu kam, dass sich das Verhältnis der Kommission zu ihren politischen Auftraggebern zusehends verschlechterte.

Ursprünglich ging man im Kabinett von einem engen Tätigkeitsbereich der Kommission aus, nämlich bezogen auf den regellosen Rückzug der Armee von der italienischen Front, der den Anstoß zu ihrer Einsetzung gegeben hatte. Die Kommission ging einen anderen Weg und beschäftigte sich neben einzelnen Fällen von Pflichtverletzungen auch mit eigentlich politisch-historischen Fragen. Insbesondere ging sie der Frage nach, was im Herbst 1918 zum Zusammenbruch der Armee bzw Monarchie geführt hatte¹⁹. Die Regierung blockierte ihrerseits die Information des Parlaments durch die Kommission. Mehrfach verweigerte sie die Weiterleitung ihrer Berichte entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes aus rein politischen Opportunitätsgründen (den Sozialdemokraten waren die Berichte der Kommission nicht „scharf“ genug, die Christlich-Sozialen hatten das Interesse an einer Kritik der Monarchie längst verloren).

Das Ausland als Stütze

Dass die Kommission überhaupt so lange bestehen blieb, obwohl sie bald auf allen Seiten – in der Regierung wie den Parteien und der Bevölkerung – ihren politischen Rückhalt verloren hatte, dürfte auf den Druck aus dem Ausland zurückzuführen sein. Im Staatsvertrag von St. Germain hatte Österreich den alliierten Mächten die Jurisdiktion über österreichische Militärs wegen Verletzung des Kriegsvölkerrechts einräumen müssen und sich zu ihrer Auslieferung verpflichtet. Die Kommission bildete gegenüber dem Ausland ein willkommenes Argument, um die eigene Ernsthaftigkeit bei der Verfolgung von Kriegsverbrechen unter Beweis zu stellen²⁰. Auch dieses Muster ist heute bekannt, wenngleich es mittlerweile die internationale Gemeinschaft ist, die Kriegsverbrecher vor ihre Strafgerichte zieht, wenn mit einer effektiven Strafverfolgung im eigenen Land nicht gerechnet werden kann.

5. Das Sonderverfahren vor dem OGH

In den Schatten gestellt wurde die Arbeit der Kommission allerdings durch die Verfahren vor dem OGH.

Vorauszuschicken ist, dass die Kommission selbst sehr justizförmig agierte. Das war nicht nur eine Folge dessen, dass ihre Mitglieder überwiegend Richter bzw Strafrechtler waren, sondern hatte seinen Grund auch in ihrem Auftrag und ihrer Arbeitsweise.

Justizförmiges Vorgehen der Kommission

Die verfahrensrechtlichen Garantien vor Wahrheitskommissionen werden heute als besonders sensible Punkte gesehen. Die Berichte und „Urteile“ solcher Kommissionen schöpfen ihr Gewicht zu einem gut Teil aus ihrer moralischen Reputation, sodass der Glaubwürdigkeit ihres eigenen Vorgehens besondere Bedeutung zukommt. Als Standard hat sich herausgebildet, dass justizförmige Garantien um so eher zu befolgen

14) Ratner/Abrams, Accountability 237.

15) Siehe Doppelbauer, Elend 128 ff, 143 ff.

16) Als die Kommission Fragebögen an Offiziere, Veteranen- und Kriegsgeschädigtenverbände, Zeitungen und politische Institutionen ausschickte, war die bei weitem höchste Rück-

laufquote diejenige der Militärs; Doppelbauer, Elend 137 f.

17) Ratner/Abrams, Accountability 237. Anonyme Anzeigen wurden jedenfalls von der Kommission nicht berücksichtigt; Doppelbauer, Elend 128.

18) Doppelbauer, Elend 202 f.

19) Doppelbauer, Elend 122 f, 135.

20) Das zeitigte offenbar auch seine Wirkung: Es wurde kein österreichischer Offizier unter diesem Titel ausgeliefert; Doppelbauer, Elend 205, 213.

sind, je mehr ihr Mandat und ihr Verfahren einer gerichtlichen Untersuchung gleichen²¹. Das war bei der österreichischen 1918er-Kommission ohne Zweifel der Fall, stellte sie in ihren Berichten doch unter Nennung von Namen Pflichtverletzungen oder gar strafrechtliches Verhalten öffentlich fest.

Freisprüche durch den OGH

Insgesamt wurden nur vier Fälle der Kommission vor dem OGH verhandelt. Davon endeten drei mit Freisprüchen und nur einer mit einer Verurteilung, die aber in ihrer Milde einem Freispruch gleichkam²². Die Empörung in der Bevölkerung und in den Medien war enorm. Mindestens ebenso betroffen war aber die Kommission selbst, die ihre Arbeit durch die Freisprüche in Frage gestellt sah.

Die Kommission wurde von diesen vier Prozessen regelrecht erdrückt. Einerseits hatte sie auf das Verfahren vor dem OGH keinerlei Einfluss, konnte ein Verfahren nicht einmal einleiten. In der Sache fühlte sich die Kommission durch die Freisprüche brüskiert und reagierte mit heftiger öffentlicher Kritik an den Urteilen. Da sie andererseits aber in den Augen der Öffentlichkeit weitgehend mit dem OGH gleichgesetzt wurde, wurden der Kommission die Freisprüche sogar noch negativ angelastet. Von der Tätigkeit der Kommission blieben im öffentlichen Bewusstsein nur die Freisprüche als „der einzig sichtbare Erfolg des Gesetzes“²³ hängen.

Die Verfahren vor dem OGH zeigen mit beispielhafter Deutlichkeit die Grenzen auf, die Strafgerichten allerorts und jeder Zeit bei der Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen in Kriegszeiten oder anderen außergewöhnlichen Umständen gesetzt sind. Kriegsnotrecht, command responsibility und der – ob der kriegsbedingt schwierigen Beweislage – fast aussichtslose Nachweis des Verschuldens, die für die Freisprüche verantwortlich waren, sind genau jene Hürden, die die Einrichtung von Wahrheitskommissionen zur sinnvollen Alternative werden lassen. Es lohnt sich auch heute noch, das Lamento des mit der Anklage befassten Generalstaatsanwaltes über die praktischen Probleme, verbunden mit den Vorbehalten einer strukturkonservativen Richterschaft gegen solche Prozesse nachzulesen²⁴.

6. Nachts, nach einem Abschiedsfest ...

Nachts, nach einem Abschiedsfest der Offiziere einer Maschinengewehrabteilung. Einige liegen unter dem Tisch.

Leutnant Helwig: Noch – was – zum essen! Wein her!

Die Kellnerin: Es geht schon auf zwei, Herr Leutnant, die Küche –

Leutnant Helwig: Wein her – sag ich!

Die Kellnerin: Is schon Schluß Herr Leutnant – nix mehr da!

Leutnant Helwig: Du – Fähnrich -! (*Er entreißt dem diensthabenden Fähnrich die Dienstpistole und erschießt die Kellnerin.*)

Die Kellnerin: Jesus Maria! (*Sie stürzt hin.*)

Ein anderer Leutnant: Aber Helwig – was machst denn? Is der Mensch unvorsichtig! Dafür kannst Zimmerarrest kriegen!

Karl Kraus, Die letzten Tage der Menschheit, III. Akt, 44. Szene.

Der Szene lag ein konkreter Fall zu Grunde, der von der Kommission untersucht und als „für weiteres Einschreiten nicht geeignet“ befunden wurde²⁵.

7. Bilanz

Die Bilanz der Kommission zur Erhebung militärischer Pflichtverletzung fällt differenziert aus, wenn man sie an den Zielen misst, die mit einer Wahrheitskommission regelmäßig verfolgt werden²⁶.

To clarify and acknowledge the truth, to respond to the needs and interests of victims

Die Kommission konnte ohne Zweifel für Klarheit über die geschichtlichen Ereignisse sorgen. Sie konnte damit auch zur Aufklärung der Frage beitragen, ob sich Militärs schuldig gemacht hatten. Dabei war sie allerdings an den ihr vorgegebenen Standard des (Militär)Strafrechts mit seinen rechtsstaatlichen Anforderungen für einen Schuldspruch gebunden. Dass die Schuldfrage für die Bevölkerung, und mehr noch für die Opfer und die Betroffenen, von der Kommission zumeist unbefriedigend beantwortet wurde, war nur eine logische Folge ihres eingeschränkten Prüfungsmaßstabes und ihrem – im Hinblick auf die Beschränkung der Untersuchungen auf Kommandanten – begrenzten Prüfungsumfang. Sie konnte daher, auch was die mangelnde Einbeziehung der Bevölkerung betraf, einem zweiten Ziel von Wahrheitskommissionen, nämlich den Bedürfnissen der Opfer nachzukommen, nicht gerecht werden.

To contribute to justice and accountability

Letztlich scheiterte die Kommission auch daran, Verantwortlichkeit für die von der Armee im Krieg begangenen Menschenrechtsverletzungen zu schaffen. Trocken bilanzierte der Zeitzeuge *Adolf Merkl*: „Wenn auch die Erhebungen der Kommission fast nie zu einer Verurteilung ... geführt haben, so haben doch die gewissenhaften Erhebungen und einlässlichen Berichte der Kommission an das Parlament, die stets von einer hohen Auffassung ihrer Aufgabe zeigten, reinigend gewirkt, indem sie durch das Gewicht ihrer Gründe an sich schon meist einer moralischen Verurteilung oder Freisprechung gleichkamen.“²⁷

21) *Ratner/Abrams*, Accountability 236 f.

22) Es waren dies die Prozesse gegen Feldmarschallleutnant Pokorny, Feldzeugmeister Ljubicic und General Lütgendorf jeweils betreffend das Standrecht und gegen Generalmajor Fernengel wegen Amtsmissbrauchs. Einzig Lütgendorf wurde zu sechs Monaten Arrest verurteilt; *Doppelbauer*, Elend 155 ff, 206 ff, 220 ff und 225 f.

23) *Höpler*, Die Rechtsprechung über Pflicht-

verletzungen militärischer Organe im Kriege, Gerichts-Zeitung 1920, 193 (193).

24) Siehe *Höpler*, Gerichts-Zeitung 1920, 193 f.

25) *Doppelbauer*, Elend 113 FN 38. Man kommt nicht umhin, hier an das *Kraus'sche* Wort von seinem „Marstheater“ zu denken: „Die unwahrscheinlichsten Gespräche, die hier geführt werden, sind wörtlich gesprochen worden; die grellsten Erfindungen sind Zitate.“

26) Siehe zu diesen – mit Ausnahme der letzten Zwischenüberschrift im Text – *Hayner*, Truths 24 ff; ähnlich *Ratner/Abrams*, Accountability 232, 238 f.

27) *Merkl*, Die Verwaltungsgesetzgebung der österreichischen Republik, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart XII, 1923/24, 162 (188).

To outline institutional responsibility and recommend reform

Zumeist war es ein Freispruch, und zwar sowohl für die einzelnen, in der Bevölkerung besonders verhassten Militärs, als auch für das Offizierskorps und damit letztlich die militärische Führung als solche. Der letzte große Bericht der Kommission, jener über den Zusammenbruch der österreichisch-ungarischen Armee im Herbst 1918, kam zu dem Schluss, dass Verschulden der militärischen Führung nicht die Ursache gewesen sei; diese wäre vielmehr „historisch-politischer Natur“²⁸. Das Ziel, institutionelle Verantwortung aufzudecken, verfehlte die Kommission daher glatt. Ebenso wenig konnte (und wollte) sie Anstöße für Reformen geben. Zwar fragte die politische Führung bei der Neuaufstellung eines österreichischen Bundesheeres bei der Kommission über Erfahrungen aus ihrer Arbeit, insbesondere in Hinblick auf ein Berufsmilitär an, doch konnte sie sich nicht zu mehr als einer vorsichtigen Stellungnahme durchbringen²⁹.

Die „rule of law“ und das Vertrauen in die Rechtsordnung

Eine Besonderheit der 1918er-Kommission im Vergleich zu anderen Wahrheitskommissionen ist, dass sie mit Menschenrechtsverletzungen während eines Krieges befasst war. Damit stellte sich ihr zwangsläufig die Grundfrage nach der Geltung des Rechts im Krieg. Dass diese Frage angesichts eines „War on Terror“ nichts von Ihrer Aktualität verloren hat, braucht nicht weiter betont zu werden. Mit zeitloser Schärfe traten die dabei aufeinander prallenden Rechts-, wenn nicht: Weltanschauungen im Prozess gegen den wegen missbräuchlicher Anwendung des Standrechts angeklagten Feldmarschallleutnant *Alois Pokorny* zu Tage:

„Ich bin durch 38 Jahre in der Anschauung erzogen worden, dass das Gesetz nicht beachtet zu werden braucht, wenn höhere Rücksichten andere Maßregeln erforderten, und man kann nicht verlangen, dass ich diese Anschauung gerade in dem Augenblick verleugnen sollte, da sie ihre Richtigkeit zu erweisen hatte.“³⁰

Als Pokorny aus ebendiesem Grund vom OGH freigesprochen wurde, verfasste die Kommission einen scharfen Gegenbericht, der in deutlicher Abkehr von einer Kultur der Beliebigkeit des Rechtes, wie sie der Krieg – vorgeblich – mit sich bringt, die Wiederaufrichtung des Vertrauens in die Rechtsordnung als ihre eigentliche Aufgabe herausstellte:

„Wenn das Gesetz vom 19. Dezember 1918, auf Grund dessen die gefertigte Kommission ihres Amtes waltet, irgend einen praktischen Zweck haben soll, so kann es nur der sein, den alten Satz zu Ehren zu bringen, daß Recht doch Recht

bleiben muß, und durch die Bewährung der Rechtsordnung den Stand der öffentlichen Sittlichkeit wieder zu heben.“³¹

8. „Das seltsame Zwitterding aus revolutionärer Volksempörung und altösterreichischem Hofratsgeist ...“

Mit diesen Worten machte ein Journalist nach dem Freispruch der Generäle seiner Empörung über die Kommission Luft³². Er hat dabei ihre Widersprüchlichkeit recht gut eingefangen.

Bleibenden Wert hat die Kommission jedenfalls in wissenschaftlich-historischer Sicht. Bis heute stellt sie, in Fußnoten verbannt, die gleichermaßen authentische wie autoritative Quelle über den Waffenstillstand im Herbst 1918³³. Darüber hinaus hat es die Kommission erst gar nicht in die Geschichtsbücher und in das kollektive österreichische Geschichtsbewusstsein geschafft. Von den Mühlen der Verwaltung, der fehlenden Resonanz in der Bevölkerung und dem eigenen hohen Anspruch zerrieben, wurde sie in guter kakanischer Manier schubladiert.

Das durchwegs negative Resümee sollte aber nicht den Blick dafür verstellen, dass die Kommission zur Erhebung militärischer Pflichtverletzungen ein bemerkenswerter emanzipativer und revolutionärer Akt der neu gegründeten Republik war, der heute besonders ob seiner humanitären Ambition und Geste imponiert. Wie heikel im Nationalstaat die Durchleuchtung des Verhaltens des „eigenen“ Militärs ist, selbst wenn es unter einer anderen Flagge kämpft, bezeugt die erst vor wenigen Jahren geführte Diskussion um die sog Wehrmachtsausstellung. Mehr als ein halbes Jahrhundert nach Ende des Zweiten Weltkrieges führte eine bloße Ausstellung (!) über die Verstrickung der Wehrmacht in Kriegsverbrechen zu so heftigen Auseinandersetzungen, dass sie mancherorts in Österreich nicht einmal gezeigt werden konnte³⁴.

Man wird nicht falsch mit der Behauptung liegen, dass in der Zweiten Republik zu keinem Zeitpunkt ein nationaler Konsens für eine unabhängige staatliche Kommission bestanden hätte, um die Pflichtverletzungen der österreichischen Generäle in der NS-Wehrmacht zu untersuchen. Im Jubiläumsjahr 2005 ist man gerade einmal so weit, Deserteure vom – und auch das nur: strafrechtlichen – Makel der „Pflichtverletzung“ freizusprechen.

Die Menschen mögen es 1918 anders als 1945 gefühlt haben. Aber manchmal ist es das frühere Datum, das einen stolz auf die Republik sein lässt.

*Ronald Faber ist Mitherausgeber des **juridikum**;
ronald.faber@vfgg.at.*

28) *Doppelbauer*, Elend 258.

29) *Doppelbauer*, Elend 147.

30) *Doppelbauer*, Elend 162.

31) Siehe das Zitat bei *Doppelbauer*, Elend 175.

32) *Doppelbauer*, Elend 188.

33) 974 BgKNV. Siehe dazu etwa *Berchtold*, Verfassungsgeschichte der Republik Öster-

reich I. 1918-1933: 15 Jahre Verfassungskampf (1998) 28 f FN 37, 39.

34) Siehe *Hamburger Institut für Sozialforschung* (Hrsg), *Die Verbrechen der Wehrmacht. Dimensionen des Vernichtungskrieges 1941-1944* (2002) und zur öffentlichen Diskussion in Österreich jüngst *Pollak*, *Die Wehrmachtslegende in Österreich*. Das Bild

der Wehrmacht im Spiegel der österreichischen Presse nach 1945 (2005) 173 ff. Ich verkenne dabei nicht, dass es bei der Wehrmachtsausstellung ausschließlich um ihre Verwicklung in Kriegsverbrechen ging, während die 1918er-Kommission zu einem gleichen Teil auch mit armeerinternen Untersuchungen beauftragt war.