

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

nr 3. 2008

thema



# STRAFRECHT- neue Wege?

recht & gesellschaft

What about Barack?

Diskriminierungsschutz und Wettbewerb

Stille Nacht, heimliche Macht

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · Euro 14,- · ISSN 1019-5394

 VERLAG  
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

Judith Schacherreiter · Alexia Stuefer · Matthias C. Kettemann · Lukas Oberndorfer

# Unverzichtbar für Lehre, Forschung & Wirtschaft: „campus“ – das Sprachrohr der „scientific community“!

„campus“ informiert monatlich über

- aktuelle Forschung & wirtschaftliche Nutzung
- alle wichtigen Ausschreibungen von Universitäten und Fachhochschulen
- News von bm:bwk, Rektorenkonferenz & FH-Konferenz
- neueste Hochschul-Judikatur
- Kurznachrichten
- u.v.m.



Fachbeiträge  
& Buch-Tipps



Kurzinfos &  
Ausschreibungen



## Unser Topangebot:

- Ihr „campus“ Jahresabo (10 Hefte) um nur € 69,-  
– Sie sparen 13% gegenüber dem Einzelbezugspreis!
- oder "campus" Schnupper-Abo (3 Hefte) um nur € 6,90!

**KEIN RISIKO – ABO-GARANTIE.** Schnupper-Abos können bis 2 Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich oder telefonisch abbestellt werden; bei Zufriedenheit geht Ihr Schnupperabo in ein Jahres-Abonnement über. Jahresabonnements verlängern sich automatisch um ein weiteres Jahr, wenn nicht bis zum 30. 11. des laufenden Jahres eine schriftliche Kündigung erfolgt. Irrtum und Preisänderungen vorbehalten. Preise zzgl. Versand.

Jetzt bestellen ☎ (01) 610 77 - 136  
oder [bestellen@voe.at](mailto:bestellen@voe.at)

 VERLAG  
ÖSTERREICH

# Zum Länderbericht des UN-Komitees zur Beseitigung von Rassismus

Alexia Stuefer

Nahezu unbemerkt von der öffentlichen Berichterstattung ist im August dieses Jahres der Österreich betreffende Länderbericht des UN-Komitees zur Beseitigung von Rassismus (Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD) erschienen. Der Bericht (Concluding observations) ist erschreckend und ernüchternd zugleich. Erschreckend, weil sich während der Lektüre der Eindruck aufdrängt, dass es um den Rechtsstaat in Österreich nicht (mehr) gut bestellt ist. Ernüchternd, da im Bericht eine Realität aufgezeigt wird, die in den inländischen Medien nahezu nicht vorkommt, sondern verdrängt und/oder verschwiegen wird. Dem Bericht soll an dieser Stelle nochmals Raum gegeben werden. Neben einigen wenigen positiven Feststellungen (so werden u.a. die Novellierung des Gleichbehandlungsgesetzes, das Grundversorgungsgesetz für AsylwerberInnen, der unbeschränkte Zugang zum Arbeitsmarkt für subsidiär Schutzberechtigte, die Tätigkeit des Menschenrechtsbeirates, die Maßnahmen der Wiener Polizei zur Erhöhung der Anzahl der MitarbeiterInnen mit migrantischem Hintergrund als konstruktiv hervorgehoben) zeigte das Komitee eine Reihe von Missständen auf und mahnte anhand von etwa zwanzig Empfehlungen Verbesserungen vor allem im Bereich der Exekutive und der Gesetzgebung ein.

Kritisiert wurden die wiederholten Misshandlungen von AsylwerberInnen durch die Polizei, die nicht nur körperliche (und psychische) Verletzungen, sondern in mehreren Fällen auch den Tod zur Folge hatten sowie die Dauer der Schubhaft für Personen, deren Asylantrag rechtskräftig abgewiesen worden ist und die auf ihre Rückführung warten. Das Komitee forderte effektive Maßnahmen („*It recommends that the State party take resolute action to counter...*“) zur Sicherstellung menschlicher

Behandlung und zur Verkürzung der Schubhaft(en) ein. Zu betonen ist an dieser Stelle, dass die polizeilichen Übergriffe auf AsylwerberInnen, auf Personen migrantischer Herkunft und auch auf andere Personen nicht enden wollen. Dennoch wurden/werden weder vom zuständigen Ressort, der übrigen Bundesregierung noch vom Parlament Maßnahmen zur Verhinderung von Gewaltkriminalität durch die Polizei ergriffen. Statt dessen ließ Innenministerin Fekter kurze Zeit nach ihrem Amtsantritt im Juli mit der Einführung eines neuen Begriffes für bestimmte Straftatbestände aufhören. So sollten Ehrenmorde, Genitalverstümmelung und Zwangsverheiratung, da sie bei „*Ausländern zur Tradition gehören*“ und „*es notwendig ist, dass man das beim Namen nennt*.“ als „Kulturdelikte“ bezeichnet werden (vgl. dazu unter dem verheißungsvollen Titel: „Ausländerkriminalität: Fekter will „Kulturdelikt“ einführen“ Die Presse, 07.08.2008). Es ist nicht damit zu rechnen, dass Fekters Ansinnen umgesetzt wird. Der Vorschlag an sich ist allerdings schon beschämend genug. Der Innenministerin musste nämlich bewusst gewesen sein, dass sämtliche Taten ohnehin bereits gerichtlich strafbar sind. Deren Umbenennung würde somit keinen anderen Zweck als den der „Kennzeichnung“ und damit der Stigmatisierung von AsylwerberInnen, MigrantInnen und von Personen migrantischer Herkunft oder Angehörigen einer Minderheit verfolgen.

Es verwundert daher nicht, dass das Komitee auch die Sprache der PolitikerInnen im öffentlichen Umgang mit MigrantInnen, AsylwerberInnen, Flüchtlingen, Personen afrikanischer Herkunft und Angehörigen anderer Minderheiten scharf verurteilt hat („*The Committee is concerned about reported instances of hate speech by politicians. (...)*“). Dass den Verantwortlichen mehrerer poli-

tischer Parteien die Forderungen des Komitees nichts bedeuteten, konnte an den Wahlslogans beobachtet werden. Nicht nur die für ihren ausländerInnenfeindlichen Kurs bekannte Freiheitliche Partei warb für die Nationalratswahl am 28.09.2008 mit Parolen wie „*Asylbezug heißt Heimatflug*“, sondern auch die – diesbezüglich sonst eher zurückhaltende – Österreichische Volkspartei forderte „*Wer bei uns lebt, muss unsere Sprache lernen. Ohne Deutschkurs keine Zuwanderung*.“

Auch die Medien – als ÜberbringerInnen der (zum Teil hetzerischen) Botschaften der PolitikerInnen – wurden zu recht nicht von Kritik verschont („*... some media contribute to the creation of an atmosphere of hostility and rejection towards non-citizens in the State party*.“). Um eine Selbstkontrolle und –regulierung („*self-regulations of print media*“) zu ermöglichen, empfahl das Komitee die Reaktivierung des Presse-rats und forderte die Entwicklung von Aufklärungs- und Weiterbildungskampagnen für Medien, um eine umfassende Information der Öffentlichkeit über die gesellschaftlichen und kulturellen Aspekte der in Österreich lebenden ethnischen Minderheiten, MigrantInnen und Personen afrikanischer Herkunft zu gewährleisten.

Beanstandet wurde im Bericht weiters der Umgang mit den in Österreich lebenden Minderheiten, wobei insbesondere die unterschiedliche Behandlung von autochthonen inländischen und anderen Minderheiten und die Ungleichbehandlung von Angehörigen der einheimischen Minderheiten untereinander sowie die nach wie vor nicht erfolgte Umsetzung des Urteiles des Verfassungsgerichtshofes aus dem Jahre 2001 – zu recht – auf heftige Kritik gestoßen ist. Auch die Antidiskriminierungs- und Opfergesetzgebung wurde aufgrund ihrer Komplexität (die Vielzahl an Materien gesetzten 30 unterschiedliche Gesetze zur Antidiskriminierung, die unterschiedlichen Verfahren zur Geltendmachung der Ansprüche, näher dazu Juridikum 2008, 29ff) kritisiert und eine gesetzliche Harmonisierung empfohlen. Es ist sehr bedauerlich, dass keine Anzeichen für eine Umsetzung der Empfehlungen des UN-Komitees sichtbar sind. Umso wichtiger ist es daher, die Empfehlungen immer wieder in Erinnerung zu rufen!

# Inhalt

## recht & gesellschaft

<b>Alexander Somek</b>	Das europäische Sozialmodell: Diskriminierungsschutz und Wettbewerb .....	118
<b>Bettina Scholdan</b>	What about Barack? .....	126
<b>Satenig Chadoian</b>	Stille Nacht, heimliche Macht .....	130

## gutachten

<b>Ulrich Falk</b>	Jherings Kampf um die Festungsbollwerke .....	134
--------------------	---	-----

## thema: strafrecht – neue wege?

<b>Alexia Stuefer</b>	Vorwort .....	138
<b>Andreas Venier</b>	Probleme der Strafprozessreform .....	139
<b>Alois Birklbauer</b>	Mehr Rechtskultur statt „Zero Tolerance“ .....	143
<b>Eva Pentz</b>	Verschleierung: ein „ungeziemendes Benehmen“? .....	147
<b>Sadoghi/Starzer</b>	Zur Strafbarkeit der Teilnahme an Terrorcamps – Ein Beitrag zum Feindstrafrecht .....	150
<b>Lukas Kollmann</b>	Erfahrungsbericht zur Bedingten Entlassung neu und § 133a StVG .....	156

## rubriken

vor.satz	<b>Alexia Stuefer</b> Zum Länderbericht des UN-Komitees zur Beseitigung von Rassismus .....	113
merk.würdig	<b>Barbara Hofmann/Jörg Trettler</b> Transnationale Unternehmen vor Gericht .....	115
nach.satz	<b>Claudia Saller</b> Corporate Gender Responsibility .....	160
impressum	.....	117

# Transnationale Unternehmen vor Gericht

## Über die Gefährdung der Menschenrechte durch europäische Firmen in Lateinamerika Eine Rezension

Barbara Hofmann/Jörg Trettler

Im Rahmen des Kooperationsprojektes „EU-MERCOSUR: Handel, Entwicklung, Menschenrechte“<sup>2</sup> der Heinrich-Böll-Stiftung veröffentlichten Wolfgang Kaleck und Miriam Saage-Maß dieses Jahr Band vier der Schriftenreihe „Demokratie“ eine Studie mit dem Titel „Transnationale Unternehmen vor Gericht“<sup>3</sup>. Die beiden AutorInnen arbeiten als JuristInnen im European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) in Berlin und organisieren dort für 9. und 10. Oktober 2008 eine Tagung zum Thema der Studie.<sup>4</sup>

Auf über hundert Seiten, in zwei Kapitel unterteilt beschäftigen sich die AutorInnen mit der Frage, wie sich europäische Freihandelspolitik auf die ökologischen, sozialen und wirtschaftlichen Lebensverhältnisse der lateinamerikanischen Bevölkerung auswirkt. Während das erste Kapitel der Studie einen Überblick verschafft, mit welchen rechtlichen Möglichkeiten europäische Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen außerhalb Europas zur Verantwortung gezogen werden können, zeigen im zweiten Kapitel vier aktuelle Verfahren typische Problemkreise in Lateinamerika auf und illustrieren so die „Chancen und Grenzen der aktuellen transnationalen Justiziabilität der Menschenrechte“ (S. 8). Die Studie selbst basiert auf Sekundärliteratur wie Darstellungen und Bewertungen von

Nichtregierungsorganisationen als auch auf ausgewerteten gerichtlichen und offiziellen Dokumenten.

Nach der Studie bergen unternehmerische Tätigkeiten im Ausland ein größeres Risiko der Menschenrechtsverletzung in sich. Die Einhaltung von Menschenrechten sowie Sozial- und Umweltstandards beruht lediglich auf Freiwilligkeit. Mechanismen zur Überwachung und Durchsetzung für Betroffene stehen unzureichend zur Verfügung. Sehr kritisch sehen die AutorInnen dabei den Fokus und Kurs der Europäischen Union, nämlich vor allem die eigenen Handelsinteressen und vielbeschworenen Standort- und Wettbewerbsvorteile zu stärken.

Unter transnationale Unternehmen (TNU) fallen Organisationseinheiten, die bei der Teilnahme am wirtschaftlichen Erwerbsleben über die Grenzen eines Landes hinaus in mindestens einem anderen Land Aktivitäten entwickeln. Darunter fallen multinationale Konzerne ebenso wie kleinere, mittelständische Unternehmen. Bei den größeren Unternehmen übertrifft der Umsatz aber bereits das Bruttoinlandsprodukt (BIP) vieler Staaten. So gewinnen diese Unternehmen auch gegenüber den Nationalstaaten eine immer stärker werdende Position und Einflussmöglichkeit auf politische, soziale und kulturelle Lebensbedingungen. Explizit weisen die

VerfasserInnen darauf hin, dass direkte Menschenrechtsverletzungen vor allem von lokalen, kleineren und mittleren Unternehmen verursacht werden, große multinationale Konzerne hingegen tendenziell meist indirekt an Menschenrechtsverletzungen beteiligt sind.

Anhand des deutschen Rechts wird die Haftbarmachung von TNU im ersten Kapitel in den Grundlagen dargestellt. „Nationale Rechtsordnungen der Gast- wie auch Heimat- oder Sitzstaaten der Unternehmen“ (S. 11) stellen ein lediglich lückenhaftes und unzureichendes Instrumentarium zur Kontrolle und Sanktionierung des Verhaltens TNU zur Verfügung. Zwar können MitarbeiterInnen von TNU wegen der Begehung von schweren Völkerrechtsstraftaten wie Genozid und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zur Verantwortung gezogen werden, andere Menschenrechtsverletzungen fallen jedoch unter den Tisch. Die ForscherInnen bieten einen Überblick über alternative Ansätze in der Völkerrechtslehre und weisen in diesem Zusammenhang auch auf die US-amerikanische Rechtssprechungspraxis, den Alien Tort Claims Act<sup>5</sup> hin. Auf internationaler Ebene schaffen unverbindliches „Soft Law“ wie OECD<sup>6</sup>-Richtlinien und ILO<sup>7</sup>-Normen sowie etablierte freiwillige Selbstverpflichtungen wie Global Compact und ethische Codices mangels Verpflichtung keine Klarheit in Konfliktfällen. Unter anderem deshalb fordern die AutorInnen von den Sitzstaaten Regelungen für Unternehmen wie eine „(uU einklagbare) Pflicht zur Kontrolle der Unternehmenstätigkeit und zur extraterritorialen Rechtsanwendung“. Die exemplarische Heranziehung des deutschen Rechts hätte jedoch noch mit Beispielen und Vergleichen aus anderen europäischen Staaten verbessert werden können.

### Vier exemplarische Verfahren

Nach der Darstellung der rechtlichen Möglichkeiten, TNU für Menschen-

1) Spanisch für Mercado Común del Sur (Gemeinsamer Markt des Südens). Der MERCOSUR wurde am 26. März 1991 mit dem völkerrechtlichen Vertrag von Asunción gegründet und stellt einen Binnenmarkt mit mehr als 260 Millionen Menschen dar.

2) EU-Projekt der Heinrich-Böll-Stiftung, des Forschungs- und Dokumentationszentrum Chile-Lateinamerika (FDCL) und der Transnationalen Institute (TNI) zum Thema «Handel

– Entwicklung – Menschenrechte II. Sensibilisierung der Öffentlichkeit für entwicklungspolitische und menschenrechtliche Kohärenz der inter-regionalen Assoziation zwischen der EU und dem MERCOSUR».

3) Nähere Informationen unter <http://www.ecchr.de/>. Die Studie wurde anlässlich des

5. Gipfeltreffen der Staats- und RegierungschefInnen der EU, Lateinamerikas und der Karibik im Mai 2008 in Lima verfasst und am – am

selbigen Ort stattfindenden – Alternativgipfel präsentiert.

4) Kostenlose Teilnahme, Anmeldung wird unter [info@ecchr.eu](mailto:info@ecchr.eu) erbeten.

5) Ein zivilrechtliches Entschädigungsinstrument für Schadenersatz wegen Menschenrechtsverletzungen.

6) Organisation for Economic Cooperation and Development.

7) International Labour Organization.

rechtsverletzungen außerhalb Europas verantwortlich zu machen, folgt in Kapitel zwei die Untersuchung vier exemplarischer Verfahren gegen europäische Unternehmen in Lateinamerika.

Das erste Beispiel, „*Botnia vs. Uruguay*“, bezieht sich auf den Konflikt um eine Zellulosefabrik des finnischen Unternehmens Botnia auf uruguayischem Staatsgebiet. Die Fabrik wird wegen der negativen Auswirkungen auf die Umwelt (hoher Wasserbedarf der Eukalyptus-Plantagen, Beeinträchtigung der traditionellen Landwirtschaft, Gesundheitsgefährdung durch die Verwendung der sog ECF-Technologie, Folgen für das Ökosystem des Río Uruguay usw.) kritisiert. Die aus dem Kreis der Weltbankgruppe stammenden Kreditgeber der Fabrik konstatierten in ihrer Evaluation hingegen die Unbedenklichkeit des Vorhabens. Mit der Begründung, durch die Genehmigung der Zellulosefabrik ermögliche Uruguay die Verletzung von Menschenrechten (ua des Rechts auf Leben in gesunder Umwelt), zu deren Schutz es durch die Amerikanische Menschenrechtskonvention verpflichtet ist, wurde gegen Uruguay eine Beschwerde bei der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte eingebracht. Damit wurde zum ersten Mal ein Weltbank-Projekt vor eine internationale Menschenrechtskommission gebracht.

Im zweiten Beispiel „*EG vs. Brasilien*“ handelt es sich um einen Streit über ein Einfuhrverbot von aus gebrauchten Reifen hergestellten Autoreifen, die eine kürzere Lebensdauer aufweisen und das Problem der Entsorgung des Reifenmülls auf die vom Handel abhängigen Länder des Südens verlagern. Da sich Brasilien aufgrund mangelnder finanzieller und technischer Kapazität nicht in der Lage sah, die Reifen ordnungsgemäß und umweltschonend zu entsorgen, verabschiedete es ein Importverbot, wurde jedoch durch ein MERCOSUR-Urteil dazu verpflichtet, die anderen MERCOSUR-Staaten davon auszunehmen. Die EG strebte ein WTO<sup>8</sup>-Verfahren gegen Brasilien an, in dem sie vorbrachte, dass das brasilianische Einfuhrverbot ein Handelshemmnis darstelle und somit gegen die Regelungen des GATT<sup>9</sup> verstieße.

Der von der EU-Kommission eingesetzte Panel stellte fest, dass die Maßnahmen Brasiliens zwar notwendig zum Schutz der Gesundheit und Umwelt seien, ihre Umsetzung jedoch die EG diskriminiere und mit dem GATT nicht vereinbar seien. Der WTO-Spruch räumte in diesem Fall implizit – unter der Voraussetzung, dass das Importverbot in der Praxis diskriminierungsfrei umgesetzt wird – Umwelt- und Gesundheitsbelangen Vorrang vor Handelsrechten ein.

Das dritte dargestellte Beispiel, „*Syngenta vs. Brasilien*“, bezieht sich auf die Auseinandersetzungen umeinander in der Nähe des Nationalparks Iguazu im Südwesten Brasiliens gelegenes Versuchscamp des Schweizer Agrochemiekonzerns Syngenta, auf dem mit gentechnisch verändertem Soja geforscht wird. Vertreter der Landlosenbewegung MST<sup>10</sup> wurden darauf aufmerksam, dass sich der Besitz des Unternehmens innerhalb der 10 km breiten Pufferzone zum Naturschutzgebiet befindet, in der nach brasilianischem Recht keine gentechnisch veränderten Pflanzen angebaut werden dürfen. Trotz des von der Umweltbehörde IBAMA ausgesprochenen Verbots der weiteren Nutzung des Versuchsgeländes wurden die Versuche dennoch nicht eingestellt, woraufhin Aktivisten des MST das Gelände besetzten. Anlässlich dieser Protestaktion kam es durch private Sicherheitskräfte von Syngenta zu einem Toten und vier Schwerverletzten. Syngenta weist jeglichen Vorwurf der Mitverantwortung zurück.

Das vierte und letzte Beispiel „*Bekleidungsfirmen in Argentinien*“ betrifft das im Großraum Buenos Aires etablierte System der Ausbeutung von NäharbeiterInnen. Diese werden meist bereits in ihren Heimatländern mit falschen Versprechungen nach Buenos Aires gelockt, verfügen in Argentinien über keinen rechtlichen Aufenthaltsstatus und werden unter Ausnutzung dieser Tatsache unter Komplizenschaft der Bundespolizei und des Migrationsbüros dazu gezwungen, unter sklavenähnlichen Bedingungen Kleidung (auch für Markenfirmen wie Puma, Adidas oder Le Coq Sportiv) zu produzieren. Gegen die Verantwortlichen der Nähwerkstätten und Bekleidungsfirmen wurden nach argentinischem Recht

Strafanzeigen wegen der Delikte der Sklaverei bzw. Knechtschaft und der Ermöglichung illegalen Aufenthaltes erstattet. In die Ermittlungen wurden nicht nur die verantwortlichen Leiter der Nähwerkstätten einbezogen, sondern auch Personen entlang der Vertriebskette der Produkte.

### Schlussfolgerungen der StudienautorInnen

Die rechtlichen Instrumentarien der internationalen und nationalen Rechtsordnungen zur Geltendmachung von Menschenrechtsverletzungen und Schädigungen der Umwelt durch TNU sind unzureichend. Die Staaten, in denen TNU tätig sind, weisen oft eine unzulängliche Rechtslage, Defizite im justiziellen System und fehlenden politischen Willen zur Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen auf, während in den Heimatstaaten der Unternehmen derartige Verfahren aufgrund der komplexen Organisationsform der Unternehmen und der Desintegration von Produktion und Distribution und den daraus folgenden rechtlichen Zuordnungsschwierigkeiten schnell an ihre Grenzen stoßen. Am ehesten erfolgversprechend sei die Haftbarmachung von TNU im Bereich des Völkerstrafrechts, was auch in einigen Staaten die Möglichkeit der zivilrechtlichen Entschädigung beinhaltet. Eine rein juristische Betrachtungsweise sei bei der Aufarbeitung der Auseinandersetzungen mit TNU jedoch nicht zielführend; es müssen soziale, politische und ökonomische Mechanismen einbezogen werden und nach gesamtgesellschaftlich nachhaltigen Lösungen gesucht werden. Rechtliche Instrumente seien nur eine von verschiedenen Anknüpfungsmöglichkeiten, um Menschenrechtsverletzungen, an denen TNU beteiligt sind, aufzuklären und zu sanktionieren.

*Barbara Hofmann studiert Rechtswissenschaften in Linz; barbara.hofmann@reflex.at  
Mag. Jörg Trettler ist Auslandsdiener in Brasilien; jtrettler@yahoo.de*

8) World Trade Organization  
9) General Agreement on Tariffs and Trade

10) Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra

Thema Heft 4/2008

# Türkei

Thema Heft 1/2009

# 1934

Unter [newsletter@juridikum.at](mailto:newsletter@juridikum.at) können Sie den elektronischen Newsletter des *juridikum* bestellen, der vier Mal jährlich über neu erschienene Hefte und geplante Veranstaltungen informiert.

## Hefetrückschau

Die *juridikum*-Themen seit 2001

*Auf [www.juridikum.at](http://www.juridikum.at) können Sie Einzelhefte bestellen; alle Ausgaben, die älter als zwei Jahre sind, können Sie im Volltext abrufen.*

- Heft 2/2008: Neoliberale Universitätspolitiken
- Heft 1/2008: Antidiskriminierung
- Heft 4/2007: Neue Technologien
- Heft 3/2007: Arbeit geben – Arbeit nehmen
- Heft 2/2007: Gender Migration – Sexarbeit – Frauenhandel
- Heft 1/2007: Urheberrechtsdebatten
- Heft 4/2006: Recht und Psychoanalyse
- Heft 3/2006: Kinder und Justiz
- Heft 2/2006: Lateinamerika und Europa
- Heft 1/2006: Der gläserne Mensch
- Heft 4/2005: Rechtsanthropologie
- Heft 3/2005: Öffentliche Dienstleistungen
- Heft 2/2005: Transitional Justice
- Heft 1/2005: Gesetzesfolgenabschätzung
- Heft 4/2004: Justiz und Randgruppen
- Heft 3/2004: Brechungen des Liberalismus
- Heft 2/2004: recht – macht – europa
- Heft 1/2004: Literatur und Recht
- Heft 4/2003: Der Konvent tanzt
- Heft 3/2003: Non-profit und Zivilgesellschaft
- Heft 2/2003: Das Recht des flexiblen Menschen
- Heft 1/2003: Historikerkommission und Vermögensrestitution
- Heft 4/2002: New Justice
- Heft 3/2002: Triumph des Privatrechts
- Heft 2/2002: Implosion der Bürgerrechte
- Heft 1/2002: im wilden net
- Heft 4/2001: Die Industrialisierung der Kommunikation
- Heft 3/2001: Eingebildete Ausbildung – Ausgebildete Einbildung
- Heft 2/2001: Spuren im Recht
- Heft 1/2001: Strafende Gerechtigkeit

## Impressum

### juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft  
www.juridikum.at

### HerausgeberInnen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Univ.-Ass<sup>in</sup>, Mag<sup>a</sup>, Dr<sup>in</sup>, Judith Schacherreiter, RA<sup>in</sup> Dr<sup>in</sup>. Alexia Stuefer, Mag. Matthias C. Kettemann, Ass. Mag. Lukas Oberndorfer

### Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21  
A-1070 Wien, Tel. 01/610 77  
Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589  
E-Mail: [order@verlagoesterreich.at](mailto:order@verlagoesterreich.at)  
www.verlagoesterreich.at

Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner

### Preis:

Jahresabonnement: Euro 48,-  
Abo für Studierende, Erwerbslose,  
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 19,-  
Einzelheft: Euro 14,-  
exkl. Euro 9,90 Porto- und Versandkosten (Inland)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Mag<sup>a</sup>. Pia Abel; Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, LL.M.; Miriam Broucek; Mag<sup>a</sup>. Nina Eckstein; RA<sup>in</sup> Mag<sup>a</sup>. Doris Einwallner; Univ.-Ass<sup>in</sup>. Dr<sup>in</sup>. Iris Eisenberger, MSc.; Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl, LL.M.; Dr. Ronald Faber, LL.M.; Mag. Ronald Frühwirth; Ass<sup>in</sup>. Mag<sup>a</sup>. Nicole Hofmann; Mag. Matthias C. Kettemann; Univ.-Ass. Dr. Konrad Lachmayer; Dr<sup>in</sup>. Nora Melzer-Azodanloo; Ass. Mag. Lukas Oberndorfer; Mag<sup>a</sup>. Ines Rössl; Mag<sup>a</sup>, Dr<sup>in</sup>. Judith Schacherreiter; Dr. Oliver Scheiber; Mag<sup>a</sup>. Marianne Schulze, LL.M.; ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek; RA Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer; Mag. Thomas Sperlich; Mag. Joachim Stern, Mā; RA<sup>in</sup> Dr<sup>in</sup>. Alexia Stuefer; Ass. Mag. Dominik Thompson; Mag<sup>a</sup>. Alice Wagner; Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin; RA<sup>in</sup> Dr<sup>in</sup>. Maria Windhager

### AutorInnen dieser Ausgabe:

Alois Birkbauer, Satenig Chadoian, Ulrich Falk, Barbara Hoffmann, Lukas Kollmann, Eva Pentz, Alice Sadoghi, Bettina Scholdan, Alexander Somek, Barbara Starzer, Alexia Stuefer, Jörg Trettler, Andreas Venier

### Offenlegung

Medieninhaber und Verleger: Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien, Kandlgasse 19–21; der Werktitel „*juridikum*“ steht im Eigentum des Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und brauchbare Information“, Breitensteiner Straße 60/16, 1140 Wien. Erscheinungsort: Wien

### Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, [www.bux.cc](http://www.bux.cc)  
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

### Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Ass<sup>in</sup>, Mag<sup>a</sup>, Dr<sup>in</sup>. Judith Schacherreiter  
Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät der Universität Wien Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien  
Tel: +43 1 42 77 35 130, Fax: +43 1 42 77 9351  
[judith.schacherreiter@univie.ac.at](mailto:judith.schacherreiter@univie.ac.at)  
RA<sup>in</sup> Dr<sup>in</sup>. Alexia Stuefer: [stuefer@anwaltsbuero.at](mailto:stuefer@anwaltsbuero.at)  
Mag. Matthias C. Kettemann: [matthias.kettemann@uni-graz.at](mailto:matthias.kettemann@uni-graz.at)  
Ass. Mag. Lukas Oberndorfer: [lukas.oberndorfer@univie.ac.at](mailto:lukas.oberndorfer@univie.ac.at)  
Das *juridikum* ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge werden anonym an externe GutachterInnen ausgesandt, bevor über eine Veröffentlichung entschieden wird.

# Das europäische Sozialmodell: Diskriminierungsschutz und Wettbewerb\*

Alexander Somek

## I. Sozial sein als Noch-Nicht-Sein

Der Siegeszug des europäischen Antidiskriminierungsrechts ist eng mit der Europäischen Union verbunden. Sowohl aufgrund der Rechtsprechung des EuGH als auch durch Richtlinien ist der Diskriminierungsschutz im Recht aller Mitgliedstaaten verankert worden.<sup>1</sup>

Das Bemühen der Union, die Freiheit von Diskriminierung zu realisieren, ist nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass die Europäische Union an einem nach Vorwärts drängenden Mangel an Sein leidet. Die Europäische Union bestimmt ihr Sein als Noch-Nicht-Sein.<sup>2</sup> Sie steht immer schon davor, etwas anderes zu sein als ein bloßer Binnenmarkt, etwa eine politische Gemeinschaft, eine Wertegemeinschaft, eine Grundrechtsgemeinschaft, eine verfasste Gemeinschaft oder, wie im anstehenden Fall, eine Sozialgemeinschaft. Man ist geneigt, Heideggers Sprachwitz abzuwandeln, und der Union die „Nichtnichtigkeit“ als das sie auszeichnende Existenzial zuzuschreiben.

Unterschiedliche Anläufe sind unternommen worden, der Union ein soziales Gesicht zu geben.<sup>3</sup> Dass das Soziale dem Gemeinschaftsrecht inhärent sei, wurde früh vom EuGH mit Blick auf den Schutz vor der Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes behauptet.<sup>4</sup> Auf die Revolten von 1968 folgten Bemühungen, die Wirtschaftsgemeinschaft arbeitnehmerfreundlich aussehen zu lassen. Die Delors Kommission war bestrebt, der Realisierung des Binnenmarkts das Prädikat der Sozialverträglichkeit zu verschaffen. Der Amsterdamer Vertrag gab den Sozialpartnern offiziell eine Rolle bei der Rechtsetzung.

Indes gibt das Stückwerk, das von solchen Initiativen verblieb, zu erkennen, dass es mangels Kompetenz und Konsens nicht einfach ist, ein „soziales Europa“ zu realisieren. Der tiefere Grund für diese Schwierigkeit ist alles andere als verborgen. Die Europäische Union ist, wenn man von ihrer „Nichtnichtigkeit“ absieht, jedenfalls ein rechtliches Instrument zur Erzeugung und Regulierung von transnationalen Mär-

kten. Wer den Markt will, darf Wettbewerb nicht ablehnen. Die Europäische Union muss, insofern sie ein realisierter Binnenmarkt ist, den Wettbewerb zu ihrem Prinzip erheben.

Die Realisierung der sozialen Dimension setzt hingegen ein anderes Prinzip voraus, das gemeinhin als „Solidarität“ bezeichnet wird.<sup>5</sup> Diese passt nicht ohne weiteres auf eine Wettbewerbsordnung.

## II. Drei Reduktionen der Solidarität

Es ist alles andere als offensichtlich, wie sich Wettbewerb und Solidarität in Einklang bringen lassen. Wenn man vom Glauben des Ohlin-Reports an die langfristige Angleichung der Lohnniveaus absieht,<sup>6</sup> ist unklar, weshalb zwischen Wettbewerb und Solidarität nicht ohnedies eine Kluft bestehen sollte. Wer an einem Wettlauf teilnimmt, um zu gewinnen, beweist mangelndes Verständnis für die Veranstaltung, wenn er seine Mitbewerberinnen über die Zielinie schiebt aus Verständnis dafür, dass auch ihnen daran gelegen sein müsse, zu den Siegern zu gehören.

Vermutlich ist die Solidarität mit dem Wettbewerb nur dann verträglich, wenn sie diesen abfedert. Der Wettbewerbsgeist schließt die Vergabe von Trostpreisen nicht aus. Mit diesen wird die Teilnahme am Lebenskampf lobend anerkannt. Ohne Verlierer könnte es die Gewinner nicht geben. Ohne Trostpreise würden die Verlierer womöglich nicht mitspielen.

Das Trostpreismodell ist in Europa im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten realisiert. Während die Union den Wettbewerb steigert, leisten die mitgliedstaatlichen Sozialsysteme die Aufräumarbeit (wenn auch im Rahmen von wirtschaftlichen Konvergenzkriterien). Dieses Dienstbarmachen der Solidarität für den Wettbewerb im Mehrebenensystem konfirmiert bloß, dass die Union für jenen Wettbewerb steht, der kein soziales Gesicht hat.

\*) Lukas Oberndorfer sei für seine hilfreichen Anmerkungen an dieser Stelle herzlich gedankt. Für den Inhalt trägt er natürlich keine Verantwortung.

1) Siehe einführend Evelyn Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2005.

2) Wie man Ernst Bloch bemüht

sagen könnte. Siehe Ernst Bloch, *Tübinger Einleitung in die Philosophie*, Frankfurt/Main 1965.

3) Für eine Übersicht siehe Catherine Barnard, 'Social Policy Revisited in the Light of the Constitutional Debate' In C. Barnard (ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of*

*the Constitutional Debate*, Oxford 2007, 109-151.

4) Siehe Rs. C-43/75, Defrenne v. Sabena (2), Slg. 1976, 455.

5) Ich werde im Folgenden dem Solidaritätsbegriff einen engeren Verstand beilegen als Hauke Brunkhorst, der die Solidarität zum Ausgangspunkt einer globalen

Menschenrechtstheorie gemacht hat. Siehe Hauke Brunkhorst, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt/Main 2002.

6) Siehe Catherine Barnard, EC 'Social' Policy, In Craig & de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, 479-511, hier: 501



Für die Union selbst sieht die Verbindung von Wettbewerb und Solidarität daher anders aus.<sup>7</sup> Da das Wettbewerbsprinzip unverrückbar feststeht, ist für die Synthese die Solidarität interpretatorisch derart zuzurichten, dass ihr der Impuls genommen wird, das Gegeneinander durch ein Miteinander zu überwinden. Der Solidarität ist ein Verständnis beizulegen, das diese mit dem allseitigen Antagonismus verträglich macht. Eine interpretatorische Zurechtlegung dieser Art ist nicht undenkbar. Allerdings schließt sie den Vollzug von drei Reduktionen ein. Es darf unserer Aufmerksamkeit nicht entgehen, dass vermöge dieser Reduktionen implizit behauptet wird, was die Solidarität ihrem Kern nach ist. Sie weisen somit der Transformation des Solidaritätsverständnisses in Europa den Weg.

Aufgrund der *ersten Reduktion* wird eine solidarische Gemeinschaft so verstanden, als ob sie sich der Gleichheit verpflichtet fühle. Solidarität manifestiert sich demnach in einem Bekenntnis zur Gleichheit. Am Vollzug dieser Reduktion erkennt man die neoliberale Linke. Sie hält überhaupt das Eintreten für mehr Gleichheit für den politischen Passierschein der Linken.<sup>8</sup>

Diese Reduktion hat bedeutende Folgen. Aus ihr ergibt sich nicht zuletzt die typisch liberal verengte Sicht auf Sozialpolitik. Demnach erschöpft sich diese in Transferleistungen an Arme und Unglückliche. Jene Dimension der Solidarität, die alle angeht, entfällt damit. Die bürokratisierte Ökonomie des Kapitalismus begegnet dem individuellen Leben der Menschen systematisch mit Indifferenz.<sup>9</sup> Sie verhält die meisten Menschen dazu, ihr Leben so zu führen, als handle es sich um das Leben einer fiktiven anderen Person.<sup>10</sup> Solche fiktiven Personen leben bloß, um zu arbeiten. Jede Tätigkeit ist ihnen recht, solange der Erwerb dazu ausreicht, ihre Arbeitskraft zu reproduzieren (dazu mag auch gehören der Besuch von Fortbildungsveranstaltungen oder der Konsumspaß zum Zweck der Regeneration). Die bürokratisch-kapitalistische Ökonomie begegnet den

Menschen mit diesem allgemeinen Lebensentwurf. So soll das Leben sein. Wenn es notwendig ist, dass jemand tagein tagaus und für so viele Stunden wie möglich mit Barcodes versehene Waren über einen Scanner zieht, dann soll jemand so leben, wenigstens solange ein Leben dieser Art gebraucht wird.

Das ist natürlich furchtbar. Das Leben, das betriebliche Organisationen für uns entwerfen, ist uns fremd. Eine Person, deren Leben daraus besteht, Tabellenkalkulationen einzutippen, um das Einbringen von Beschwerden bei einer Wettbewerbsbehörde vorzubereiten, wird von etwas besessen, dessen Bedeutung sich aus einem lebensweltlich<sup>11</sup> geprägten biographischen Sinnhorizont nicht erschließt. Ein Leben dieser Art entspringt der Vorstellungswelt der betrieblichen Arbeitsteilung. Es ist ein entfremdetes Leben. Ihm lässt sich Sinnvolles bloß abgewinnen, indem man es als Einkommensquelle für jenes wirkliche Leben betrachtet, das außerhalb der Arbeitszeit stattfindet. Damit es dieses Leben auch geben kann, darf das entfremdete Leben nicht übermächtig sein. Auch muss es ein angemessenes Einkommen abwerfen. Beide Bedingungen kann niemand für sich allein garantieren. Der strukturellen Dominanz der betrieblichen Organisation lässt sich nur gemeinsam begegnen. Die individuelle Emanzipation setzt voraus, dass Menschen wechselseitig füreinander eintreten. Solidarisches Verhalten ist der Versuch, jene Dissoziation zu überwinden, die unter Bedingungen allseitiger Konkurrenz die Menschen daran glauben lässt, dass sie der Unterstützung durch andere nicht bedürfen.

Die Grundschwierigkeit solidarischen Verhaltens ist, dass unter Bedingungen allseitiger Konkurrenz niemand die Schaffung von Gegenmacht für möglich hält. Zwischen den Menschen herrscht die soziale Kälte allseitiger Isolation. Nur das Privatleben schafft Linderung. Die solcherart verewigte Dissoziation ist der innere Feind einer freien Gesellschaft. Unter

Bedingungen der Konkurrenz entsteht zunächst die Nötigung, das eigene Leben auf die blinde Macht von Organisationsimperativen einzustellen. Unter dem Eindruck ihrer Vormacht degeneriert die Biographie zu einer Serie von klugen Anpassungsleistungen. Die Sozialisation in die Anpassung nährt den Glauben daran, dass die individuelle Anstrengung alleine zählt und es zu ihr keine Alternative gibt.

Die Entfremdung ist also, wenn gleich persönlich erfahren, ein sozial bedingtes Phänomen. Sie lässt sich nicht durch Therapie oder Coaching überwinden. Zu ihrer Bewältigung bedarf es des gemeinsamen Kampfes – etwa um weniger Stress, geringere Arbeitszeit oder höhere Löhne.

„Kampf“, „gemeinsam“ – die Begriffe klingen veraltet. Daran glaubt niemand mehr. Vor allem hat dafür niemand Zeit. Das Engagement für prä-1989 Projekte schadet der Karriere und ist ästhetisch „retro“. Es ist viel schöner, die Zerfaserung der individuellen Existenz semantisch zu behübschen und sie als die wandelbare, freie Ästhetisierung des Lebens durch ein sich ständig neu erfindendes multiples Selbst auszugeben.

Weil und indem es sich so verhält und der gemeinsame Kampf ins historische Lexikon soziologischen Grundbegriffe gehört, ist wahrscheinlich, dass der Reduktion von Solidarität auf Gleichheit Erfolg beschieden sein wird. Die neoliberale Linke strahlt. Das Progressivsein lässt sich mit der individuellen Karriere vereinbaren. Es kostet bloß ein Lippenbekenntnis zu „mehr Gleichheit“.

Die *zweite Reduktion* der Solidarität besteht darin, die Gleichheit als Chancengleichheit auszulegen. Statt „Jedem das Gleiche“ gilt: „Jedem die gleiche Chance auf Zugang zu Positionen“. Da aus der Sicht des europäischen Rechts, wenn man von wenigen Ausnahmen absieht, alle Positionen durch Märkte vergeben werden, lässt sich die Chancengleichheit vorzugsweise als Garantie des Marktzugangs verstehen. Aus dem Blick gerät auch hier ein umfassenderes Verständnis von Gleichheit, welches

7) Siehe European Commission, *European Social Policy – A Way Forward for the Union*. A White Paper, COM(94) 333 final.

8) Siehe Anthony Giddens, *The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, London 1998.

9) Siehe Georg Lohmann, *Indifferenz und Gesellschaft. Eine kritische Auseinandersetzung mit Marx*, Frankfurt/Main 1992.

10) Siehe Erich Fromm, *Jenseits der Illusionen. Die Bedeutung von Marx und Freud*, Frankfurt/Main 1981.

11) © Husserl & Habermas.

dem trügerischen Naturalismus sozialer Hierarchien entgegenwirkt. Aufgrund dieses umfassenderen Verständnisses würde die Herstellung von Gleichheit erfordern, die Bedingungen zu etablieren, unter denen die Menschen einander nicht als Angehörige unterschiedlicher Welten begegnen. Dazu wären die Einkommenskurven abzuflachen oder öffentliche Bildungsanstalten von vergleichbarer Qualität bereitzustellen. Die gegenwärtige Obsession mit der Schaffung von „Eliten“ in dem Glauben, man gehöre dieser bereits an, ist dem weiten Verständnis von Gleichheit im Sinne der Schaffung einer egalitären Gesellschaft entgegengesetzt. Daher befindet sich wohl auch die zweite Reduktion auf der Straße des Sieges.

Die *dritte Reduktion* betrifft das Verständnis von Chancengleichheit im Sinne von Diskriminierungsschutz. Chancengleichheit lässt sich auf mancherlei Arten realisieren, etwa durch finanzielle Zuschüsse oder die Durchmischung der Bevölkerung mittels öffentlichen Wohnraums in „besseren Gegenden“. Der Diskriminierungsschutz setzt enger an. Er lässt sich als Marktkorrektur verstehen, die im Wesentlichen mit der Realisierung marktwirtschaftlicher Rationalität vereinbar ist.<sup>12</sup> Durch das Ausschalten des Einflusses von Vorurteilen gegenüber bestimmten Gruppen wird das ökonomische Ziel einer Wettbewerbsgesellschaft, Humanressourcen optimal auszunutzen, an das moralische Gebot angeglichen, Menschen nicht aufgrund arbiträrer Eigenschaften zu benachteiligen. Was Zugangsschranken angeht, besteht weitgehende Überlappung, weil Angehörige vormals ausgeschlossener Gruppen nunmehr unter der Bedingung eingeschlossen werden, dass sie wenigstens über gleiche Fähigkeiten wie andere verfügen. Diskriminierungsschutz und Wettbewerb sind weitgehend kompatibel.

### III. Formulierung und Erläuterung der Kompatibilitätsthese

Für die Formulierung der Kompatibilitätsthese hat man sich zunächst vor Augen zu führen, welche gesell-

schaftlichen Verhältnisse mit einer auf Antidiskriminierung reduzierten Solidarität unvereinbar sind. Der Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht wendet sich gegen eine von Sexismus oder Homophobie durchsetzte Arbeitswelt. Er wendet sich gegen eine soziale Welt, in der behinderte Menschen vermieden werden, als gehörten sie zu den Unberührbaren. Der über Arbeitsbeziehungen hinausgehende Schutz vor Rassendiskriminierung ist unvereinbar mit einer Gesellschaft, in der die Segregation von Menschen unterschiedlicher Hautfarbe als normal erfahren wird. Der Diskriminierungsschutz steht für das Projekt, eine soziale Welt zu erschaffen, in welcher die wechselseitige Anerkennung ihr Versöhnungswerk tut.

Allerdings ist der Diskriminierungsschutz *vereinbar* mit einem Arbeitsrecht, das es gestattet, Beschäftigungsverhältnisse aus welchem Grund auch immer zu lösen, solange der Auflösungsgrund nicht mit einem Diskriminierungstatbestand übereinstimmt. Gegen die Abschaffung von Mindestlöhnen schützen Antidiskriminierungsnormen ebensowenig wie gegen die Verlängerung der Arbeitszeit. Der Diskriminierungsschutz ist vereinbar mit dem Einbau von mehr „Flexibilität“ im Arbeitsrecht und damit mit dem verstärkten Schutz der Interessen jener, die zu welchen Bedingungen auch immer Arbeit suchen im Verhältnis zu anderen, die Arbeit haben. Er unterstützt die kollektiv unorganisierten Einzelkämpfer, vor allem im Verhältnis zu organisierten Gruppen, die vor Ort gemeinsam ihre Interessen wahrnehmen.

Der Befund von der grundsätzlichen Vereinbarkeit des Diskriminierungsschutzes mit den vom Neoliberalismus bevorzugten Beschäftigungsverhältnissen bestätigt sich, wenn man sich die jüngste Rechtsprechung des EuGH vornimmt, in der mit dem regulatorischen Wettbewerb zwischen nationalen Sozialsystemen Ernst gemacht wird. Sie zeigt wenig Verständnis dafür, dass in manchen Mitgliedstaaten die Gewerkschaften eine wichtige Rolle bei der Festsetzung des Mindest-

lohns spielen.<sup>13</sup> Diese Rechtsprechung entwickelt im Gewande von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit die Unternehmerfreiheit zu einem Grundrecht, das sozialen Grundfreiheiten nicht bloß gleichgestellt ist, sondern diesen übergeordnet wird. Die Assoziationsfreiheit der Arbeitnehmer wird verbal als Grundrecht zwar anerkannt, allerdings nur vermittelt der Interessen, denen sie dienstbar gemacht werden *darf*. Die unternehmerische Dispositionsfreiheit zur Dienstleistung wird ohne Wenn und Aber anerkannt. Nicht so die Assoziationsfreiheit. Sie muss ausbuchstabiert werden in einzelne Anliegen wie das am Erhalt des Arbeitsplatzes. Selbst wenn gewerkschaftliche Aktionen diesen Interessen dienen, werden sie obendrein auch noch so behandelt, als wären sie gesetzliche Normierungen, und also schärfsten Verhältnismäßigkeitsanforderungen unterstellt. Die Tarifautonomie der Sozialpartner wird mit großer Skepsis betrachtet, weil sie dazu führen kann, dass ausländische Dienstleistungsanbieter sich mit unvorhersehbaren Forderungen konfrontiert sehen.

Keine dieser Entwicklungen ist mit dem Antidiskriminierungsrecht unvereinbar. Das Recht auf diskriminierungsfreien Marktzugang und diskriminierungsfreie Marktpartizipation ist kompatibel mit einem Sozialmodell, in dessen Rahmen die kollektive Organisation der Arbeitnehmer – egal ob national oder international – einen Fremdkörper darstellt.

In der bisherigen Diskussion des Antidiskriminierungsrechts ist hervorgehoben worden, welche sozialen Arrangements und Haltungen mit dem Ziel des Diskriminierungsschutzes unvereinbar sind. Das ist verständlich. Die Pointe des Rechtsgebiets war deutlich zu machen und also zu bestimmen, worin sich dessen normativer Anspruch manifestiert. Abgeblendet blieb daher, womit das Antidiskriminierungsrecht durchaus vereinbar ist.

Angesichts dieser Vereinbarkeit lässt sich ein Thema wiederaufnehmen, das nicht zuletzt wegen des Verfassungsprojekts von der Titelseite des

12) Siehe Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, *Stanford Law Review* 53 (2001), 833-896.  
 13) Im Folgenden präsentiere ich in Fällen wie Viking, Laval und Gewerkschaften, Grundfreiheiten und Generalanwälte, *Juridikum* eine recht cursorische Zusammenfassung der Rechtsprechung siehe schon Valentin Wedl, 2007/3, 157-160.

europäischen Integrationsprozesses verschwunden ist. Ich meine damit das europäische Sozialmodell.

Allgemein lässt sich ein Sozialmodell als Methode verstehen, mit dem durch den Kapitalismus geschaffenen Inklusionsrisiko fertig zu werden. Die Partizipation an der gesellschaftlichen Zusammenarbeit schließt das Risiko ein, jederzeit permanent (aufgrund eines Unfalls, einer Krankheit, einer Laune des Arbeitsmarktes) aus dem Netz eben dieser Zusammenarbeit herauszufallen.<sup>14</sup> Ich vermute, dass das Antidiskriminierungsrecht mit einem neoliberalen Sozialmodell vereinbar ist. Dieses kennt seine eigenen Strategien, das Inklusionsrisiko zu meistern. Sie bestehen aus Eigenvorsorge, Selbstmanagement und der Investition in die Humanressource, die man je selbst ist. In welches Gesellschaftsmodell ein solches Sozialmodell eingebettet ist, werde ich in Abschnitt IV erläutern.

Das Antidiskriminierungsrecht ist mit einem neoliberalen Sozialmodell kompatibel. Diese Kompatibilitätsthese ist von der Implikationsthese verschieden. Aufgrund der Implikationsthese wäre das neoliberale Sozialmodell eine Konsequenz des Diskriminierungsschutzes. Niemand verteidigt diese These. Es wäre auch verwunderlich, wenn einer sie verträte, gehören doch Verfechter eines Wirtschaftsliberalismus, welcher die Privatautonomie hochhält, notorisch zu jenen, die das Antidiskriminierungsrecht für totalitär halten.<sup>15</sup>

Die Kompatibilitätsthese lässt sich in interner oder externer Form vertreten. Das Antidiskriminierungsrecht ist mit dem neoliberalen Marktliberalismus *intern* kompatibel, wenn es aufgrund seiner Prinzipien und seiner Komposition dazu verurteilt bleibt, ein stumpfes Instrument der Marktkorrektur zu sein. Zwar meine ich, dass die interne Kompatibilitätsthese korrekt ist, allerdings kann ich den Nachweis hier nicht führen. Deswegen will ich sie dahinstehen lassen. Ich ziehe mich darauf zurück, die Kompatibilitätsthese in *externer* Form zu erläutern. In dieser Form besagt sie bloß, dass das

Antidiskriminierungsrecht mit einem Sozialmodell verträglich ist, das einerseits der kollektiven Interessenswahrnehmung misstraut und andererseits die Eigenvorsorge, das Selbstmanagement und die Investition in die Humanressource, die man je selbst ist, fördert.

Auf einer allgemeinen Ebene betrifft die Kompatibilitätsthese das Verhältnis zwischen dem Antidiskriminierungsrecht und anderen Maßnahmen. Es ist denkbar, das Antidiskriminierungsrecht als universelles Mittel der Regulierung des Marktzugangs und des Marktverhaltens einzusetzen. Es garantiert moralisch gereinigte Märkte und ermöglicht langfristig, wenn soziale Vorurteile einmal nachlassen, die Entwicklung einer von bösen Gedanken befreiten Privatrechtsgesellschaft.

Im Verhältnis zur Europäischen Union nimmt die Kompatibilitätsthese, egal ob in interner oder externer Form, eine *reflexive Gestalt* an. Zunächst steht das Antidiskriminierungsrecht Marktöffnungsmaßnahmen nicht entgegen, durch welche das Assoziationsrecht der Arbeitnehmer in Frage gestellt wird. Insoweit es bei der Anwendung von Grundfreiheiten, wenn auch bei Beschränkungsverboten in systemisch vermittelter Weise, um den Schutz von Diskriminierung aufgrund der Nationalität geht, ist der Einbruch des strengen Verhältnismäßigkeitsprinzips im Verhältnis zu gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen sogar ein Ausfluss des Antidiskriminierungsprinzips.<sup>16</sup> Darüber hinaus ist diese Kompatibilität im Verhältnis von Diskriminierungsschutz und der Entmachtung kollektiver Akteure Ausdruck eines Sozialmodells, mit dem die Europäische Union selbst kompatibel ist. Die Kompatibilität mit dem Neoliberalismus zeichnet den umfassenden Diskriminierungsschutz als Anker eines Sozialmodells aus, das auf die Europäische Union passt.

#### IV. Das neoliberale Gesellschaftsmodell

Das neoliberale Sozialmodell ist in ein umfassendes Gesellschaftsmodell eingebettet, dessen suggestive Kraft sich

dem Umstand verdankt, dass es auf einigen wenigen Prinzipien beruht.

Erstens gilt die instrumentelle Verfolgung des Eigeninteresses als Inbegriff rationalen Verhaltens.

Zweitens wird der marktwirtschaftliche Austausch für den naturgegebenen Modus der Handlungskoordination genommen. Die Erhöhung der Wirtschaftsleistung ohne Rücksicht auf distributive Konsequenzen ist die naturrechtliche Norm, von welcher wenige einen großen Nutzen haben dürfen.

Drittens sind Märkte die bevorzugten Instrumente des social engineering. Wo immer ein Problem auftritt, wird prima facie auf einen Markt oder eine Auktion zur Problemlösung verwiesen.

Viertens, für den Fall, dass Märkte versagen, sind Agenturen einzurichten, welche die Problemlösung so durchführen, als könnten sie einen idealen Markt nachahmen oder diesen durch technische Expertise ersetzen.

Auf der Basis dieser wenigen Prinzipien entsteht das Bild einer Gesellschaftsordnung, in welcher das horizontale Netzwerk individueller Transaktionen durch rational operierende Agenturen oder Kommissionen kanalisiert wird. Das Antidiskriminierungsrecht passt in eine Gesellschaft dieser Art. Wenn diskriminiert wird, dann hat der Markt aus moralischer oder ökonomischer Sicht versagt. Eine Gleichbehandlungskommission oder ein „equality body“ gilt dann als dazu berufen, die Opfer kompetent zu beraten.

Für das Kompatibilitätsmodell ist in diesem Zusammenhang abermals wesentlich, darauf zu achten, was nicht vorkommt und daher auch entfallen darf.

In einem neoliberalen Gesellschaftsmodell kommen Nationalstaaten als Quelle sozialer Solidarität nicht vor. Sie existieren bloß als Regulierungs- und Implementierungsagenturen unter anderen. Die Differenz zwischen ihnen wird als Bewegungshindernis erfahren. Nationale Parlamente stellen eine Problemquelle dar und werden nicht als Institutionen mit Kompetenz zur Problemlösung begriffen.

14) Siehe jüngst Heinz Bude, *Die Ausgeschlossenen. Das Ende vom Traum einer gerechten Gesellschaft*, Hamburg 2008.

15) Für eine Übersicht der Diskussion siehe Viktor Winkler, *Dubious Heritage: The German Debate on the Antidiscrimination Law*, *Jour-*

*nal of Transnational Law and Contemporary Problems* 14 (2005) 1007-1025.

16) Insofern ließe sich die Impli-

kationsthese vertreten. Allerdings kommt sie beim Einfluss des Wettbewerbsrechts auf die Sozialmodelle bald an ihr Ende.

Das neoliberale Gesellschaftsmodell kann auf die Ausübung politischer Rechte verzichten. Rechte wie die Redefreiheit, Wahlen oder Repräsentation sind nicht nur entbehrlich, sie drohen sogar, die Rationalität von Problemlösungen zu vermindern.<sup>17</sup> Es ist für alle Beteiligten besser, wenn das Entscheiden in den Händen von Experten liegt.

Im Unterschied zum klassischen Liberalismus sieht das neoliberale Gesellschaftsmodell den sozialen Zusammenhalt nicht durch „common sympathies“ vermittelt. Der klassische Liberalismus hielt deren Vorhandensein für unabdingbar, weil andernfalls eine Vereinigung von Menschen unter Rechtsgesetzen nicht in der Lage wäre, sich gegen eine tyrannische Regierung zu erheben. Der drohende Volksaufstand ist demnach die letzte und beste Garantie individueller Rechte.

In der Gedankenwelt des Neoliberalismus gibt es weder Politik noch Widerstand. Mit dem Neoliberalismus verbindet sich daher das Anwachsen der von Foucault studierten Selbsttechniken, wie dem coaching, die Menschen dazu verhelfen sollen, im Umgang mit anderen marktwirtschaftlich abgerundet zu funktionieren.

In der Welt ohne Politik gibt es bloß noch das Verwalten. Es dient dem Management von Risiken und der Anpassung an die durch technischen Fortschritt und Wirtschaftsströme hervorgerufenen Problemlagen.

Die marktwirtschaftlichen Strukturen sind einer politischen Transformation nicht bedürftig. Der Optimierung zugänglich ist die Leistung von Organisationen; individuelles Fehlverhalten lässt sich korrigieren. Die Optimierung der Organisation und die Korrektur der individuellen Haltung avancieren zu den Markenzeichen des sozialen Fortschritts. Es gibt ihn nicht außerdem. Der Schutz vor direkter Diskriminierung bringt Fortschritt durch die Korrektur individuellen Verhaltens. Da Individuen in ihrer Verhaltenswahl sich gegenüber dem Fehlverhalten anderer (etwa rassistischer Konsumenten) zu nachgiebig verhalten oder von diesem sogar profitieren wollen, muss dieser ergänzt werden durch den

subsidiären Schutz gegen indirekte Diskriminierung.

In der politiklosen Welt lässt sich der Gedanke, dass es soziale Strukturen geben könnte, von denen die Menschen beherrscht werden, ebenso wenig denken wie die Vorstellung, dass Menschen solche Strukturen unter ihre Kontrolle bringen könnten. Die einzige Struktur, deren Existenz anerkannt wird, ist das komplexe Gewebe individueller Transaktionen. Dieses gilt als unbeherrschbar. An dem Versuch, sich über das Gewebe zu erheben, würde die Effizienz Schaden nehmen. Dahingehende Anstrengungen rufen Argwohn hervor. Der Argwohn regt sich auch deswegen, weil jemand zur Kasse gebeten wird, der für strukturelle Effekte *ex definitione* nicht verantwortlich ist.

Das Antidiskriminierungsrecht muss deswegen, obwohl ihm Fortschrittlichkeit konzediert wird, verdächtig sein, die moralisch Unverdächtigen zur Verantwortung zu ziehen. Unternehmer handeln unter Sachzwängen. Um den Verdacht abzuwehren, von diesen Unzumutbares zu fordern, wenn sie nicht ungleich behandeln dürfen, was ihnen sachlich ungleich dünkt, muss ihr Verhalten mit einer moralischen Hermeneutik des Verdachts beobachtet werden, die bis zur Zuschreibung eines „unconscious bias“ reicht.<sup>18</sup> Gesellschaften werden damit mit einem Moralismus infiziert, aufgrund dessen alle schuldig aussehen, obwohl niemand wirklich ein Täter ist. Denn Täter sind alle und keiner.

#### V. Moralisation des Rechts

Die Folgen dieses Gesellschafts- und Sozialmodells werden unter sozialrechtlichen Vorzeichen sichtbar.

Unabhängig davon, wie Sozialsysteme im Einzelnen ausgestaltet sein mögen, hat das Sozialrecht jedenfalls zwei Leistungen zu erbringen: die Dekommodifizierung des menschlichen Lebens im Sinne der Verminderung seiner Abhängigkeit von marktwirtschaftlichen Transaktionen einerseits und die Umverteilung von Ressourcen und Chancen andererseits. Was die Dekommodifizierungsfunktion betrifft, ist offensichtlich, dass das Antidiskri-

minierungsrecht die Abhängigkeit von Märkten nicht reduziert, sondern bloß mit Blick auf ein bestimmtes Verständnis von Chancengleichheit modifiziert. Komplexer ist die Sachlage bei der Umverteilung. Das Antidiskriminierungsrecht eröffnet vormaligen Außenstehern Zugang zu Chancen, Positionen und Leistungen. Das geht auf Kosten der bislang privilegierten Gruppen. Das Antidiskriminierungsrecht erfüllt eine Umverteilungsfunktion.

Allerdings ist die Effektivität der Funktionserfüllung nicht zu bestimmen. Der Grund dafür liegt im Normativitätsdefizit des Antidiskriminierungsrechts. Wenn unklar ist, was die Norm fordert, muss auch unklar bleiben, unter welchen Bedingungen sie befolgt wird.

Es ist schwer anzugeben, welches Verhalten nicht gegen den Diskriminierungsschutz verstößt. Diese Aporie ist dem Antidiskriminierungsrecht inhärent. Es muss dazu einladen, die Gründe, aus denen Menschen handeln oder zu handeln vorgeben, auf den latenten Einfluss von Diskriminierungstatbeständen zu untersuchen. Andernfalls wäre der Diskriminierungsschutz zahnlos. Deswegen ist beispielsweise zu fragen, ob das Berücksichtigen oder Ignorieren dieses oder jenes Umstandes nicht unabhängig von den Intentionen des Handelnden als etwa sexistisch oder rassistisch zu qualifizieren ist. Ob jemand „wirklich“ aus den verworfenen Gründen gehandelt hat, lässt sich in Zweifelsfällen nicht feststellen. Da gibt es kein „wahr“ und „falsch“. Aus moralischer Sicht lässt sich aber so etwas wie die Komplizenschaft mit dem Vorurteil konstruieren. Schuldig wird der, wer den Eindruck erweckt hat, zur Reproduktion einer sexistischen oder rassistischen Welt beigetragen zu haben. Distributive Effekte geben dann den Anhaltspunkt dafür („X hätte wissen müssen, dass sein Verhalten zur Reproduktion einer rassistischen Gesellschaft beiträgt“).

Wenn im akademischen Bereich die Länge der Publikationsliste über die Beschäftigung oder Beförderung den Ausschlag gäbe, hätten Frauen, die Kinder zur Welt gebracht haben, wohl notorisch einen Wettbewerbsnachteil.

17) Siehe William H. Riker, *Liberalism against Populism. A Confrontation Between the Theory of De-*

18) Linda Hamilton Krieger, *The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity*, *Stanford Law Review* 47 (1995), 1161-1248.

Für „Dies ist kein Gottesstaat“ haben sich bewusst Autorinnen mit sehr unterschiedlichem wissenschaftlichem Hintergrund zusammengefunden, um den Fall von Mohamed M. und Mona S. – laut erstinstanzlichem Gericht „Mitglieder einer Terroristischen Vereinigung, nämlich der al-Qaida“ – eingehend zu beleuchten. „Dies ist kein Gottesstaat“ soll auf die Notwendigkeit der Verteidigung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit vor Terrorismus und islamistischem Totalitarismus hinweisen und gleichzeitig die Gefahr einer Aushöhlung rechtsstaatlicher Prinzipien durch Formen der Terrorisusbekämpfung, die selbst Schritte in Richtung eines autoritären Überwachungsstaates setzen, darstellen. Nicht nur in Österreich stellen sich in diesem Zusammenhang Fragen, die weit über den konkreten Fall hinausgehen.

Thomas Schmidinger ist Leiter am Institut für Politikwissenschaft der Universität Wien. Thomas Witek studiert Rechtswissenschaften, Arabistik und Islamwissenschaften. Eva Pentz and Georg Prack studieren Rechtswissenschaften und haben den Anwalt Dr. Lennart Binder bei der Verteidigung der Angeklagten Mona S. und Mohamed M. beraten.





Passagen Verlag

ISBN 978-3-8516-5872-9 208 x 128 mm 14,90 EUR | Passagen Verlag - Oktober 2008 | [www.passagen.at](http://www.passagen.at)

Aus der Sicht des Antidiskriminierungsrechts wäre es denkbar, an akademische Institutionen die Erwartung heranzutragen, bei der Anwendung von Qualifikationsmaßstäben diesen Nachteil von Frauen ins Kalkül ziehen. Es ließe sich argumentieren, dass unter Heranziehung des „but for“ Kausalkriteriums Frauen bloß deswegen geringere berufliche Chancen haben, weil sie Kinder zur Welt gebracht haben.<sup>19</sup> Das können nur Frauen. Folglich handelt es sich um direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Dennoch kann eine Konstruktion des Sachverhalts unter dem Vorzeichen der direkten Diskriminierung angezweifelt werden. Die Zweifelhafte enthüllt die moralistische Basis des Antidiskriminierungsrechts. Zum einen könnte man, ohne dies nahe legen zu wollen, den Begriff des Geschlechts unter neo-liberalen Vorzeichen eng konstruieren. Frauen, die Kinder zur Welt bringen, ließen sich aus dem Kreis der geschützten

Gruppe unter Hinweis darauf herausdrängen, dass sie auf ihren Kinderwunsch auch hätten verzichten können: it's your choice, it's your responsibility. Nichts liegt in der Bedeutung von „Diskriminierung wegen des Geschlechts“, das einer solchen Konstruktion, so engherzig sie auch ist, Widerstand bieten könnte. Frauen mit Kindern würden nicht wegen ihres Geschlechts diskriminiert, sondern aufgrund eines Wettbewerbsnachteils, den sie sich selbst auferlegt haben. Zum anderen wird von akademischen Institutionen in dem Beispielsfall immerhin ein neutrales Merkmal verwendet. Also dürfte ein Fall indirekter Diskriminierung vorliegen. Eine indirekte Diskriminierung lässt sich unter Hinweis auf ein rechtmäßiges Ziel rechtfertigen. Ist die Berücksichtigung der Quantität der Publikationen nicht ein nicht-sexistisches Ziel? Die Beantwortung der Frage fällt unterschiedlich aus, je nachdem, wie weit oder wie eng man den Kreis der Folgen zieht, die im

Umkreis der Zielerreichung berücksichtigt werden. Je weiter man diesen Kreis zieht, um so mehr erhärtet sich der Verdacht, dass die Anwendung des quantitativen Kriteriums Frauen langfristig benachteiligt.

Man mag daraus schließen, dass die weit gezogene Folgenberücksichtigung dem Telos des Antidiskriminierungsrechts angemessen sei. Immerhin ermöglicht es diese, ausgehend von distributiven Effekten die kausal wie auch immer vermittelte Relevanz des ausgeschlossenen Grundes einzusehen. Dies scheint die angemessene Verfahrensweise zu sein. Sie wäre dies indes nur unter der Bedingung, dass dem Antidiskriminierungsrecht ein klares distributives Ziel zugrunde liegt. Wäre diese Bedingung erfüllt, ließe sich von der Abweichen vom Verteilungsschlüssel auf das Vorwalten des ausgeschlossenen Grundes schließen und die Kausalketten seiner Wirkungsweise rekonstruieren. Eine solche Vorgangs-

19) Siehe Ellis (Anm. 1), 103: person would have been treated the discrimination is 'on the ground motivation are quite irrelevant to „[B]ut for' the sex the victim, the more favourably, and therefore of sex': questions of intention and such a test.“

weise wäre vielleicht ungewöhnlich, aber nicht absurd. Angenommen, ein Orchester würde trotz des Abhaltens von Probedarbietungen hinter dem Vorhang letztlich bloß männliche Musiker aufnehmen, dann wäre das Orchester überführt, einer sexistischen Klangvorstellung zu huldigen. Diese wäre antidiskriminierungsrechtlich als Unrecht zu betrachten, da ihre Verknüpfung mit dem Geschlecht als erwiesen gelten könnte. Eine Diskriminierung aufgrund des Klangbilds, die zulasten von Frauen ausginge, wäre Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Allerdings steht diese Lösung nicht zu Gebote. Das ist nicht deswegen der Fall, weil die Vorstellung, es gäbe ein geschlechtsspezifisches Klangbild, abwegig ist. Wenn es etwas Geschlechtsspezifisches gibt, wie beispielsweise die Schwangerschaft, dann ist es die Pointe der Antidiskriminierungsnorm, den damit verbundenen *sozial* konstruierten Nachteil zu eliminieren. Die vermeintliche ästhetische Relevanz geschlechtsspezifischer Klangbilder wäre ein solches soziales Konstrukt. Die Lösung, die anempföhle, vom Nichterreichen des Verteilungsziels zur kausalen Relevanz des verpönten Grundes zurückzugehen, ist aber deswegen nicht verfügbar, weil eine wesentliche Prämisse fehlt. Welches Verteilungsziel vom Antidiskriminierungsrecht angestrebt wird, ist unklar. Es ist nicht ausgemacht, dass eine „proportionale“ Repräsentation aller Gruppen in allen Berufen die vom Antidiskriminierungsrecht vorgegebene Norm ist.<sup>20</sup> Das Antidiskriminierungsrecht hat kein Problem damit, soziale Vorteile und berufliche Positionen leistungsangemessen zu verteilen. Wenn aus irgendeinem Grund weibliche Kontrabassistinnen besser Kontrabass spielen könnten als ihre männlichen Kollegen, dann spräche rechtlich nichts dagegen, nur Frauen als Kontrabassistinnen anzustellen.

Die moralistische Basis des Antidiskriminierungsrechts ist damit explizit gemacht. Es fehlt die Normierung. Die Betrachtung von Marktentscheidungen aus dem Blickwinkel der Moralität der

Gesinnung und das Fehlen von Verteilungskriterien erweisen sich als zwei Seiten derselben Medaille. Da die distributive Norm fehlt, muss das Unrecht im Vorwalten von ablehnenden Haltungen gesucht werden. Eine solche Kompensation von Gerechtigkeit durch Moralität inspirierte bereits Hegels Moralitätskritik. Seines Erachtens gipfelt die Moralität in der geifernden Zensur derjenigen, die handeln, durch diejenigen, die nichts tun. Wer nicht handelt, hat es leicht, moralisch gut zu sein. Er gerät nicht in Verdacht, aufgrund einer falschen Haltung gehandelt oder sich gegenüber einer solchen Haltung nachgiebig verhalten zu haben.

Wegen der dem Rechtsgebiet immanenten Orientierungslosigkeit ist das Antidiskriminierungsrecht das Feld der ausufernden Kasuistik. Wenn die Prinzipien unklar sind, lassen sie sich in jedem Fall neu bestimmen und gegeneinander abgrenzen. Das wachsende Gewebe der Fälle ist der Niederschlag von normativer Unbestimmtheit. Rechtstheoretisch unaufgeklärte juristische Expertinnen neigen zur Annahme, hinter dem saumlosen Gefüge der tastenden Sachverhaltsdifferenzierung das Recht zu vermuten. Diese Hypothese wird durch substanzlose Rechtsgebiete wie das Antidiskriminierungsrecht falsifiziert. Im Antidiskriminierungsrecht manifestiert sich vielmehr die Kolonialisierung des Rechts durch das Moralisieren.

## VI. Folgen für die Solidarität

Das Antidiskriminierungsrecht motiviert Menschen dazu, ihre Lage auf das böse Verhalten anderer zurückzuführen. Deswegen gerät das Antidiskriminierungsrecht in eine peinliche Verlegenheit. Aus der Sicht der denkbaren Diskriminierungsoffer erweist es sich als ein Recht der Ungleichheit. Eine Vielzahl von denkbaren Diskriminierungstatbeständen findet sich in ihm nicht aufgenommen. Folglich werden grundlos diejenigen bevorzugt, die vom Einschluss der Diskriminierungstatbestände profitieren. Das vom Antidiskriminierungsrecht systematisch induzierte Opferbewusstsein führt zur

Protestkundgebung seitens der Entstellten, Umständlichen, Schwermütigen oder Dicken.

Das Opfersein ist in all diesen Fällen der Reflex der Erfahrung von Zurückweisung im marktwirtschaftlichen Verkehr. Es sind negative Präferenzen im Spiel. Diejenigen, die sich als ausgeschlossen erfahren, lassen sich zu einem Negativbild von Gruppen zusammenfassen, die sich durch eine Konsumpräferenz auszeichnen. Diese Gruppen sind eigentlich Mengen. Zum Mitglied wird man aufgrund der zufälligen Erfüllung des Zugehörigkeitskriteriums. Aus der Sicht des Antidiskriminierungsrechts sind die Homosexuellen eine Gruppe, weil ihnen gemeinsam ist, wegen ihrer sexuellen Orientierung dem Risiko gesellschaftlicher Ausgrenzung ausgesetzt zu sein.

Für die Gruppeneigenschaft zählt die potentielle Ablehnung, nicht die gegenseitige Unterstützung. Für die Homosexuellen als Gruppe ist es nicht wesentlich, dass sie gemeinsam handeln. Die Angehörigen von Gruppen, die Klienten des Antidiskriminierungsrechts sind, können getrost in verschiedenen Welten leben. Frauen, die beim Verfolgen ihrer Karriere gegen die Glasdecke stoßen, teilen nicht das soziale Universum mit kopftuchtragenden Einwanderinnen. Die Realisierung ihrer Ziele hängt nicht davon ab, dass die Interessen aller anderen Gruppenmitglieder realisiert sind. Es geht ums private Glück. Wenn es um den Marktzugang geht, stehen sie in Konkurrenz. Sie sind weniger eine Gruppe, als eine Nation es ist. Die Realisierung des guten Lebens der Individuen ist nicht vom Gedeihen aller anderen Individuen abhängig.

Vor allem würden die vom Marktausschluss bedrohten Gruppen ohne Weiteres gegen einander auftreten, wenn es gilt, ihre Interessen zu wahren. Für sie ist konstitutiv, kein Klassenbewusstsein zu haben. Die Gruppen realisieren nicht, dass es in der Tat etwas gibt, das ihnen allen gemeinsam ist. Wenn sie Opfer sind, dann sind sie Opfer ihrer sozialen und wirtschaftlichen Ohnmacht. Denn aus distributiver Sicht ließe sich *mit* der Diskriminierung auf-

20) Siehe dazu auch Samuel R. Bagenstos, 'Rational Discrimination', *Law Review* 89 (2003), 825-923. Accommodation, and the Politics

grund des Geschlechts oder der Rasse leben, solange man unter keinen negativen Verteilungseffekten litte. Man wäre von den Haltungen der anderen unabhängig.<sup>21</sup> Indem der gruppenspezifische Diskriminierungsschutz aber erschwert, dass Menschen realisieren, was ihnen gemeinsam ist, und vielmehr unterstreicht, was sie trennt, indem sie zu unterschiedlichen „Gruppen“ zusammengefasst werden, ist er mit einem neoliberalen Sozialmodell extern kompatibel. Das Antidiskriminierungsrecht ist kein Antidot zur Entsolidarisierung.

Wenn die oben angestellte Beobachtung zutrifft, dass die Kasuistik einen Schleier darstellt, der verhüllt, dass die Erfüllung der Umverteilungsfunktion unklar bleibt, dann ist sogar der Nachweis der internen Kompatibilität mit dem Neoliberalismus geführt. Aber diese Beweisführung steht hier nicht an.

### VII. Dialektisches Epilegomenon

Ich habe oben erläutert, weshalb das Problem, dass Diskriminierungstatbestände notorisch zu eng gezogen sind, im Antidiskriminierungsrecht systematisch angelegt ist. Die schrittweise Ausweitung der Diskriminierungstatbestände, wie sie zuletzt durch die im Verfassungsvertrag enthaltene Charta der Grundrechte vollzogen wurde, ist die stets unzufriedenstellend bleibende Reaktion darauf. Sie ist unzufriedenstellend, weil sie nichts daran ändert, dass das Antidiskriminierungsrecht ein Recht der Ungleichheit ist. Warum schützen wir die Religiösen und nicht die Dicken? Der Eindruck der Unvollständigkeit verstärkt sich, wenn man die „intersectionality“ mit einbezieht: Wie schützt man, um Kimberle Crenshaws klassisches Beispiel aufzugreifen,<sup>22</sup>

Frauen, die benachteiligt werden, weil sie schwarze Frauen sind, aber nicht deswegen, weil sie entweder Frauen oder schwarz sind?

Um das Problem zu verstehen, ist die Bedeutung des Antidiskriminierungsgrundsatzes zu erhellen. Ich kann die Schritte, die ein solches hermeneutisches Exerzium einschließt, an dieser Stelle nicht nachvollziehen. Ich kann bloß andeuten, worin die Bedeutung des Grundsatzes besteht. Er verbietet, dass Menschen in Kontexten der sozialen Kooperation verleugnen müssen, was sie an sich selbst als unvermeidlich erfahren. Das Unrecht der Diskriminierung reicht tiefer als bis zur bloßen Ungleichverteilung. Es erstreckt sich auf das Buckeln, Ducken, Verbergen und anderen Formen der Selbstverleugnung, zu denen notgedrungen greifen muss, wer mit dem Makel des Nicht-Dazu-Gehörens durch die soziale Welt läuft. Das Nicht-Dazu-Gehören kann oberflächlich durch ein sozial sichtbares Merkmal oder durch die Entscheidung für etwas vermittelt sein, das man als absolut betrachtet. Das politische Bekenntnis ist nicht auf dieselbe Weise unveränderlich wie die Hautfarbe. Aber es darf von uns als unveränderlich behandelt werden, weil es wertlos wäre, wenn uns die Disposition darüber zugemutet werden dürfte. Darin liegt der gültige Kern des Diskriminierungsschutzes. Manches darf von uns ohne Nachteil als unverfügbar betrachtet werden, weil es zu einem Leben gehört, das wir als unser eigenes sehen. Und wir sollen uns dessen nicht schämen oder es nicht verbergen müssen.

Daran zeigt sich, dass der Diskriminierungsschutz in sich ein verleug-

netes Verhältnis zur Überwindung der Entfremdung enthält. Allerdings wird diese durch ihn auf widersprüchliche Art überwunden, weil der Diskriminierungsschutz, obwohl er das anpassende Ducken und Buckeln für bestimmte Eigenschaften überflüssig macht, die Welt des Duckens und Buckelns bestehen lässt. Anstatt zu verbinden, perpetuiert er Trennung. Er trennt die Angehörigen von geschützten Gruppen voneinander ab und dissoziiert sie von den sozial Un auffälligen, die weiter ducken und buckeln müssen und schließlich ihr Heil darin suchen, sich in die Warteliste der Diskriminierungsopfer einzutragen, an deren Spitze enigmatisch die „intersectionality“ steht. Soziale Ohnmacht wird so nicht überwunden. Sie wird vielmehr sozial segregiert.

Unter Bedingungen der Dissoziation lässt sich das Leben in der vom Markt geschaffenen Fremde nur zum Schein abmildern. Der soziale Ausdruck dieses Scheins ist das Antidiskriminierungsrecht.

### VIII. Schluss

Die Europäische Union ist mit einem Sozialmodell kompatibel, das es gestattet, Arbeitnehmer kollektiv zu entmachten. Der transnationale Kontext kommt der Realisierung dieser Kompatibilität entgegen. Er gestattet es, die kollektive Aktion durch den individuellen Kampf um die Abwehr von Diskriminierung auszuspielen.

*Alexander Somek ist Charles E. Floete Chair in Law am College of Law der University of Iowa; alexander-somek@uiowa.edu.*

21) Ich konzediere, dass ich mich an diesem Punkt wenigstens zwei Einwänden aussetze. Erstens ist die Abwesenheit von Ungerechtigkeit in der Verteilung von materiellen Gütern keine Garantie dafür, dass Menschen mit gleichem Respekt begegnet wird. Das Antidiskriminierungsrecht könnte daher noch immer bezogen gesehen

werden auf eine „Politik der Anerkennung“, die, um effektiv zu sein, über die Ressourcenverteilung im engeren Sinne hinausgehen muss. Zweitens lassen sich Patriarchat und Rassismus nicht auf Klassenherrschaft reduzieren. Sie mögen daher eines anderen Gegenmittels bedürfen als diese. Ich halte beide Einwände für bedenkenswert,

kann auf sie aber hier nicht eingehen. Es wäre allerdings durchaus lohnend, die wechselseitige Bedingtheit von Formen der Unterdrückung zu studieren und die alte These von Rawls zu durchdenken, wonach die „sozialen Bedingungen der Selbstachtung“ zu den Grundgütern zählen.

22) Kimberle Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum* (1989), 139-167

# What about Barack?

## Rhetorical reconstruction of Black citizenship in a discourse of post-racialism<sup>1</sup>

Bettina Scholdan

### 1. The ultimate redemption

After Hillary Clinton conceded her Presidential run to Barack Obama, feminist commentators argued that Barack appealed to America more than Hillary because he offers the fulfillment of the ultimate redemptive fantasy:<sup>2</sup> if Americans vote for a person with the morphological characteristics of a “Black man”, they have eradicated the last remnants of the primordial sin of the founding of their nation: slavery.

Is the mere possibility of a Presidential candidate Barack Obama a step forward? It would be foolish to deny this. But what does it mean beyond sheer wonder? Critical race studies have developed a range of analytic tools to understand the production of citizen-subjects on the racialized and gendered terrain of spectacular capitalism. Political personae are borrowed out of a cultural repertoire of characters and enacted and decoded on a discursive field of hierarchical subject-positions. The discursive field of the primaries 2008 is marked by two discourses – the discourse of “post-racialism” of the 1990s, and the post 9-11 discourse of nationalism and security. Taken separately, both discursive fields position subjects in an interlocking system of domination and subordination. Yet, when they articulate each other, the possibility of a Presidential candidate Obama emerges.

Obama’s rhetoric is not a facile one. It taps deeply into the political imagination of the United States, feeding its psyche with the hope it can be saved. This narrative of redemption has its origins not only in Puritanism, but was used by Abolitionism and Black Reconstruction to reclaim the true spirit of the Constitution (W.E.B. DuBois). In the past decades, it has undergone a neoliberal reading of racial equality achieved, a discursive move which embraces the ideals of the civil rights movement in the stranglehold of a political ideology set since the early 1970s to dismantle the legal safeguards against racialized discrimination (as flawed as these safeguards have themselves been). In this rewriting of the African-American political tradition, the narrative of redemption is populated by all-American heroes and Black and female victims of suffering.

Political culture studies, I have argued,<sup>3</sup> are an ideological practice that privileges certain utterances over others when it seeks to define American political culture. In their racialized listing of attitudes, they are unable to hear the perspective of subordinate groups, marking certain attitudes and beliefs as un-American, and thus negating the concrete experiences of subordination as ground for these beliefs. Where nationality is defined as a community of

values instead of descent, the delineation of acceptable civic values becomes the decisive act of bestowing or withholding full citizenship.

Progressive movements for equality of results thus were an aberration of American civic culture, while a color-blind society based on the principle of equality of opportunity was claimed as the true spirit of America. This rhetorical move wrote civil rights politics (and class critique) as well as the reason for their necessity, segregation and structural inequality, out of mainstream American civic identity. It also allowed the erasure, in the popular historical imagination, of the achievements of African-American activists and lawyers to breathe life into the constitutional promise.

### 2. The melodramatic citizen

The structure of the narrative of redemption is essentially a melodramatic variation of what Andreas Dörner called the American Monomyth.<sup>4</sup> The Monomyth is the basic structuring narrative of American culture whose origin lies in the values of the early settlers. One individual, goes the myth, can save the community from declension in betraying its own ideals. The narrative movement of melodrama is propelled by the nostalgic aim to restore an idealized past, represented through the tropes of innocence and home.<sup>5</sup> The rehabilitation of those unjustly accused, through the heroic representation by a trial lawyer, not only rescues the innocent from the gallows, but also the community from committing injustice. In their popular cultural variations, such myths function as a reformatting of political cultural values over time, and thus ensure their survival as the common bond of American nationhood.

Roopali Mukherjee analyzes the affirmative action discourse of the 1990s in public policy and popular culture as a racialized and gendered containment of the threat of Black men and White women to dismantle White male supremacy. White males, in their reaction

1) Many thanks are due to Chris Rogers who was an untiring sounding board for my thoughts on this Presidential campaign.

2) Cottle Michelle, Amanda Fortini, The Hillary Mystique, The New Re-

public 28.5.08. I cannot elaborate here whether the strict scrutiny of racism insulated Obama better than the permissive attitude towards sexism did Clinton.

3) Scholdan Bettina. Melodramat-

ic Subjects. Minority politics and the laws of political culture in the United States, Ph.D, Vienna, 2005  
4) Dörner Andreas, Politainment. Politik in der medialen Erlebnisgesellschaft (2001) 212

5) Williams Linda, Playing the Race Card. Melodramas of Black and White From Uncle Tom to O.J. Simpson (2001) 21-23



to affirmative action, produced their own racialized and gendered identity, hitherto invisible, as a signifier of suffering and injustice, “recentering and resecuring the power and privilege of whiteness, conflat[ing] white masculinity with an authentic American nationhood”.<sup>6</sup>

My own discussion of the legal melodrama of the 1960s and 1990s looks at a similar function of the virtuous lawyer.<sup>7</sup> The legal melodrama provides narrative structure to the effort to reconcile law and justice, the individual and the community, the reality of racism and corrupt politics with the constitutional ideals of the founding fathers. As such, it lends moral legibility to the social dilemmas of the time. However, the gap between law and justice cannot be closed and activates what I have called melodramatic citizenship. The tension between the great promise of the Constitution and its unfulfilment marks the defining dynamics of great American politics – Huntington’s creedal passion, Ackerman’s constitutional moments. In the political imagination of the United States, lawyers represent melodramatic citizenship, with their privileged access to law and the Constitution as the foundational origin of the nation.

Films such as *A Time to Kill*, *Ghosts of Mississippi* and *Amistad* overwrite a history of African-American political consciousness to celebrate the liberal White male hero. NAACP activists and radical abolitionists are portrayed as political profiteers – “playing the race card”, no less alien to American values than the Ku Klux Klan and at odds with the real needs of African-Americans. The White lawyer, after his enactment of melodramatic citizenship – a curious blend of the republican virtue of the early American Republic with the sentimentalist virtue of the abolitionist and women’s movement of the 19<sup>th</sup> century – redeems the innocence of the American nation in a community of color-blindness. The lawyer-hero must undergo suffering, usually at the hands of an incorrigibly racist South and in alienation from those closest to him, before

he can safely slide under the position of Black melodramatic subjects. *Amistad* (Spielberg, 1998) makes a point that most other legal melodrama carefully elides: John Quincy Adams, before the Supreme Court, acknowledges that he borrowed his argument – an appeal to return to the ideals of the Founding Fathers and the American Revolution – from Cinque, the leader of the *Amistad* Africans. “The Black redemptionist cannot yet speak for himself[...] but his authorship of redemptionist constitutional discourse is acknowledged.”<sup>8</sup>

It would take another 115 years from the historical *Amistad* trials for the Black redemptionist subject to be truly heard by the Supreme Court. *Brown v Board of Education I* (347 U.S. 483, 1954) constituted perhaps the one romantic moment in the Supreme Court’s jurisprudence on racial equality, with its explicit refusal to turn to constitutional precedents. Only a year later, *Brown II* safely framed the radical contention of equality in the judicial incrementalism of a promise yet deferred, opening thus the path for the popular protest movement of the 1960s, with the NAACP Legal Defense Fund taking second stage in African-American politics. Yet, *Brown I* had introduced a new melodramatic momentum into political lawyering. It would provide a reference point for constitutional nostalgia in legal scholarship enamored by the power of the Supreme Court to close the gap between law and justice. And, paradoxically, it would provide the reference point of color-blindness for the ensuing legal battle over reverse discrimination.

In a post-racial formation, the skin color of the Presidential candidate, more so than his “funny name”, is the absence around which exclusion is constructed. If voting for a morphologically Black person means that “race” does not matter, this is what Obama’s “Blackness” signifies. “Black”, in a post-racial reading, stands for a politics of racial confrontation, for racial excess and anger, dividing the nationhood. From the political cultural perspective of those who lived in the segregated South, “Black”

means struggle for freedom and justice, a refusal to accept White rhetoric designed to keep colored people in place. After the re-appropriation of Black redemptionist discourse for the project of White supremacy, Black identity politics was seen as the only way to be heard and yet almost automatically marginalized.

There is thus a divisiveness that cuts right through the African-American electorate. Obama does not say racism does not matter. He says unity over economic injustices matters more, coming down on one side in the longstanding dissent among African-American intellectuals over class (read: economic status) – versus “race”-based politics – by far not a safe winning card! With a President Obama, some fear it might be more difficult to point to continuing systemic injustices, while efforts to address them by the presidency could be discredited as partisan politics.

So what if this were the appeal of Barack Obama – a demonstration that the rhetoric of melodrama can be replaced by the rhetoric of romance? *Dreams from My Father* displays both a wistful longing for the “lost Eden”<sup>9</sup> of the civil rights era and a remarkable refusal of its emotional excess, bordering on a rejection of the melodramatic myth of a better future through realization of past promises. During this campaign, Obama so far had not much chance of melodrama: if he refers to his skin color and the perception of this by the electorate he risks to be accused of playing an unfair advantage – to represent the suffering subject of discrimination. There was, however, one truly melodramatic moment in Obama’s famed “Speech on Race”, in which he reacted to criticism over what were perceived as incendiary remarks by his pastor, Reverend Wright.<sup>10</sup>

The rhetoric structure of the speech is pure constitutional melodrama. Deeply suffused in American civil republicanism – Philadelphia, the Constitutional Convention, rhetorical echoes of the Gettysburg Address – the speech strikes a high note of the unfinished Constitu-

6) Mukherjee Roopali, *The Racial Order of Things. Cultural Imaginaries of the Post-Soul Era* (2006) 43  
7) See Scholdan Bettina, “Die Gesetze unserer Väter”. Das US-

Rechtsmelodram als Ritualisierung vorbildlicher Staatsbürgerschaft in Sauer/Knoll (Hrsg), *Ritualisierungen von Geschlecht* (2006), 127-142

8) Scholdan, *Melodramatic Subjects*, 391  
9) Obama Barack, *Dreams from My Father* (1995/2004) 26

10) Transcript of “Barack Obama’s Speech on Race” published in the New York Times, 18.3.08 [www.nytimes.com/2008/03/18/us/politics/18text-obama.html](http://www.nytimes.com/2008/03/18/us/politics/18text-obama.html)

tion, stained with slavery, but which carried in itself already the promise of equality. Perfectability is the engine of American politics, and unity is needed to become a more perfect union. Obama moves his biography into center stage of this union in a metaphor of Body Politic – out of many, one, is written in his “genetic makeup”. Racial divisiveness on both sides is threatening unity, indeed has driven a wrench in the efforts to reach a common good. African-American grievances are grounded in the legacy of slavery, Jim Crow and legal discrimination, while White resentment is born out of an immigrant’s dream unfulfilled in global corporatism. Not Reverend Wright’s anger is his error, but his belief that the American Dream is corrupted to its core, his refusal to hold it to its perfectability. The American people have a choice to move beyond this entrenchment to make the union more perfect. Obama found an image for this union in the “recognition between a young white girl and an old black man” during a political workshop, that the young white girl had organized and the old black man attended, because of her. One has to give Obama the credit of choosing with utmost care his every single word during this campaign. What I believe saves his speech from re-enacting White redemptionism is the expression “recognition between”, a very thin line indeed, but a line nevertheless.

However – and the figure of the White immigrant in Obama’s speech is only a case in point – the narrative of redemption is based on a binary structure of racism in the United States. Much of the commentary on whether “Obama is black enough” never transcends this dichotomy. Yet Black versus White does not tell the full story. Neither does the addition of a panoply of “ethnic” identities, or, as Obama’s rhetoric suggests, to move beyond “race” to class. Critical race theories have argued in the name of a more refined analysis of minority subject positions.

### 3. The third subject-position

Critical race theories of intersectionality (Deborah King, Kimberle Crenshaw)

widen the Black/White dichotomy to a multitude of socially constructed identities to highlight the many ways in which law and culture reinforce the historically grown discriminatory status of Black women. Recently, Sherene Razack used “interlocking” to describe systems of oppression that are not “discrete systems whose paths cross”, but that “are each other” and “give content to each other.”<sup>11</sup>

Claire Kim’s theory of racial triangulation<sup>12</sup> analyzes the way minority status is produced in a discursive field of possible political identities. While minority positions in this field are not entirely stable, they nevertheless remain bound to the position of White as a point of reference. This model allows an analysis of minority status as a relation to dominant and other subordinate positions, not as an essentialized identity. The excellence of Asian Americans in higher education is used against affirmative action, while at the same time maintaining the exclusion of Asians as alien to American culture. African Americans, for their part, can claim citizenship at least on paper, but retain a culturally inferior position to Asian Americans. Similarly, African Americans and Latino/a immigrants are played out against each other when it comes to citizenship and access to the labor market. Racial triangulation is a practice of inclusion, which produces at the same time exclusion, and orders subject positions in a hierarchical formation of citizenship.<sup>13</sup>

If one casts the field of discursive positions even wider, the *persona* Barack Obama is strengthened in its interlocking with a third subject-position, the non-citizen of the post-9/11 world. Popular culture again might explain the discursive moves that allow the Black subject to stand in for the all-American position.

In *The Siege*, (Edward Zwick, 1998) Denzel Washington plays Anthony Hubbard, the head of the FBI anti-terrorism unit in New York, who fights not only a terrorist threat to his city, but also the effects of martial law. His character firmly occupies the position of the rule

of law throughout the narrative, and he defends it against an executive power that justifies torture and murder in the name of security. This positioning as subject of the law is made possible as the film juxtaposes Hubbard with the Arabs rounded up in makeshift Brooklyn military camps. The African American subject as an individual citizen, entitled to speak in the name of the law, is thus triangulated with the visual mass of second-class citizens, whose rights to Habeas Corpus only revive once the security threat has been neutralized.

The citizen-subject Barack Obama becomes possible in this configuration of minoritized subject positions. In the popular imagery of the fight against terrorism, the Black subject is allowed to slide back into its original position of redemption, but according to the discursive rules of the White subject. This explains why Obama needs to distance his political identity from that new Other – the Muslim, the Arab. The *New Yorker* cartoon depicting Obama and his wife as jihadist hit where he is most vulnerable. Not only would a successful conflation of his subject-position with the cultural identity of “terrorists” mark him as un-American, it would also deprive him of a crucial mechanism to stabilize his subject-position as all-American.

When Obama addressed the Senate on the subject of the Detainee Treatment Act (2006) he meticulously performed this all-American subject.<sup>14</sup> Establishing himself as a father, worried about the safety of his family at night, who would not hesitate to take up arms to protect them, he taps into masculinist narratives of a patriarchal community of security. America is great because fathers do not have to worry about a knock at the door, and this greatness is under threat. Yet, Obama is careful to distance himself from too much empathy with the detainees – he does not want to have prisoners complain about the size of cells or their food. He then proceeds to explain why a suspension of Habeas Corpus does not make America safer. The United States need to keep these safeguards to keep its citizens safe when they go abroad. The United States need

11) Razack Sherene, Casting Out: Triangulation of Asian Americans” Charles Mills’ racia-sexual contract. *Pateman Carole, Charles Mills, Contract and Domination* (2007) 165-199  
 12) Kim Claire Jean, “The Racial includes a gender analysis see  
 13) For a similar model, which

14) Floor Statement on the Habeas Corpus Amendment, 27.9.06 www.obama.senate.gov/speech/060927-floor\_statement\_7



- Auszüge Grundbuch, Firmenbuch, Gewerbe- und Melderegister
- Suchfunktionen (Gerichte, Anwälte, Notare, Sachverständige...)
- Gesetzestexte, Kommentare, Vertragsmuster
- Elektronischer Rechtsverkehr (WebERV)
- Forum Recht, News-Ticker u.v.m.



**jusline.at**  
»»» Recht. Schnell

to keep these safeguards because they literally constitute the values of America. Much political litigation on behalf of detainees under executive power used a similar discourse. Yet this is not a discourse of inalienable rights, where the suffering victims, through heroic acts, redeem themselves as members of the community. This is a discourse of utilitarian redemption, with the rights of non-citizens derivative of the reproduction of a national community of values whose innocence has suffered.

And Obama offers redemption also for this suffering. If America remains Empire, and commentators have suggested the senator has no illusions about this, Barack Obama might have found just its rhetoric. When in Berlin – JFK’s “Ich bin ein Berliner” parochial in comparison – Obama pronounced himself a “citizen of the world”, one gets a glimpse of his vision of the chess-board of discursive citizenship: it stretches all over the globe.

#### 4. So what about Barack?

“Interest-convergence”, Derrick Bell has argued, is the reason behind many civil rights advances – African American demands are granted if it suits the maintenance of White privilege. What if Obama’s conciliatory stance is the last hope that existing relationships of power will endure a little bit longer, against the maelstrom of demographic developments, which will make those morphologically identified as White a numerical minority by 2050?

Yet I want to avoid the trap of discursive theory that robs minority subjects of all agency, reducing them to a mere puppet in the network of discursive threads. Barack Obama came of political age during the Reagan administration and the “culture wars” of the 1990s, when highly mediatized discourses pitted Black and White against each other (Rodney King, O.J.Simpson, Clarence

Thomas). Indeed, the discourse of “post-racialism” has closed certain avenues of radical politics. However, in their reaction to the civil rights legacy, White men were forced to come out of the woodwork of the invisible norm. Identity politics had exposed the contingency of racialized status, rendering the production of White normalcy more transparent, including the use of symbolic racism in campaigning and voter behavior. The critique of America as a racialized and gendered polity, widely practiced in the education of Obama and his cohort, opens space for a brittle re-articulation of African-American political identities.

One glance at the course material Obama assigned as a law professor at the University of Chicago shows that he worked over many years at mastering the intricacies of the politico-legal discourse of the 1990s, far from the disingenuousness of some brands of post-feminism. Elsewhere, I have argued for the importance of rhetoric as the production of an audience for studies of discourses on law and justice. Rhetoric implies agency, it implies the ability to produce identification, to create a common “We”, the ultimate test of American nationhood – always at the expense of the un-American. Some are put off by what they see as his spin, others admire Obama’s mastery of rhetoric: to create in a few minutes the bond between the suffering victims of racism and the suffering of the racist for being called a racist, the anger of generation after generation robbed of a fair shot at life and the anger of the fortunate losing their privileges.

Obama-the-Lawyer came of age in the heyday of critical race theory, when legal scholars discovered the power of story-telling to convey the complex, multi-layered experiences of minority subjects, discarding academic frameworks complicit in the exclusion of

these experiences. *Dreams from My Father* is a work in this tradition, a rhetorical binding of personal experiences and lacking these, a mythology produced out of family stories and popular cultural images of the Heartland, and what it might have meant to live a non-racist life in the 1950s. One of the most striking features of his memoir is how well Obama understands the power of family lore to shape lives; there is no doubt he masters the political fictions of the United States to a tee.

Obama now articulates his “multi-racial” upbringing with the political fiction of *E pluribus unum*. Yet, Obama consciously formed his political identity as an African-American and as a civil rights lawyer in the progressive political culture of Chicago’s Hyde Park. He then re-drew the boundaries of his state congressional district to include more wealthy White constituents. Authenticity, that hallmark of identity politics, has no meaning in a world of political identities bricked together in a process of story-telling and experiences as much mediated by oral history as by popularized discourses on the articulation of racism and class in American culture. There is nothing accidental about the political identity of Obama. If and where his appeal transcends racialized categories, it is because he and his advisers chose so. Critical race studies provided the tools to analyze the composites of this appeal, even if progressive theory does not necessarily breed progressive politics.

*Dr.<sup>in</sup> Bettina Scholdan hat Politikwissenschaft und Rechtswissenschaften in Wien, Paris und New York studiert. Sie lebt derzeit in Amman; bscholdan@yahoo.com*

# Stille Nacht, heimliche Macht

## Zur SPG-Novelle 2007 und der Erweiterung sicherheitspolizeilicher Ermittlungsbefugnisse

Satenig Maral Chadoian

In einer vorweihnachtlichen „Ho-Ruck und Husch-Pfusch“<sup>1</sup> – Aktion wurden im Dezember letzten Jahres 59 Gesetze in 3 Tagen durchgepeitscht, darunter die Novelle zum Sicherheitspolizeigesetz (SPG). Neben legislativen Mängeln und Unstimmigkeiten resultierte diese Beschlussfassungseuphorie bei der Novellierung des zuletzt genannten Gesetzes zusätzlich in der Umgehung parlamentarischer Kontrollmechanismen: Die tatsächlich beschlossene Version des Gesetzesentwurfs mit der Auskunftsbefugnis zu den Internetprotokolladressen (IP-Adressen) hat den Datenschutzrat „nie passiert“, der Innenausschuss wurde vor Gesetzesbeschluss erst gar nicht einberufen.<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang möchte ich meine Auseinandersetzung auf die Erweiterung der sicherheitspolitischen Auskunftsbefugnisse bezüglich der Standortdaten und der IP-Adressen im neuen § 53 Abs. 3a und 3b SPG beschränken. Dies erstens aufgrund der rechtspolitischen Brisanz dieser Bestimmungen und der medial-gesellschaftlichen Resonanz in Diskussionen um und Initiativen gegen einen „Überwachungsstaat“<sup>3</sup>. Zudem wurden erste

Individualanträge gegen die hier zu behandelnden Bestimmungen bereits eingebracht, weitere werden erwartet.<sup>4</sup>

### 1. Auskunft über IP-Adressen

Nach dem neuen § 53 Abs 3a SPG sind „die Sicherheitsbehörden berechtigt, von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsdienste (§ 92 Abs. 3 Z 1 Telekommunikationsgesetz – TKG 2003, BGBl. I Nr. 70) und sonstigen Diensteanbietern (§ 3 Z 2 E-Commerce-Gesetz – ECG, BGBl. I Nr. 152/2001) Auskunft zu verlangen über ...

2. Internetprotokolladresse (IP-Adresse) zu einer bestimmten Nachricht und den Zeitpunkt ihrer Übermittlung sowie

3. Namen und Anschrift eines Benutzers, dem eine IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesen war, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme einer konkreten Gefahrensituation rechtfertigen und die diese Daten als wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung der ihnen nach diesem Bundesgesetz übertragenen Aufgaben benötigen...“

Eine richterliche Genehmigung wird aber nach diesem Gesetz – im Gegensatz zu den strafprozessrechtlichen Be-

stimmungen<sup>5</sup> – nicht mehr verlangt. Ein versehentlicher Widerspruch oder eine bewusste Antino(m)ie?

### 1.1. IP-Adressen und das Fernmeldegeheimnis nach Art 10a StGG<sup>6</sup>

Das in Art 10a StGG geregelte Fernmeldegeheimnis schützt „die Vertraulichkeit der auf einem bestimmten Kommunikationsweg übermittelten Informationen“<sup>7</sup> und legitimiert Eingriffe „nur auf Grund eines richterlichen Befehls in Gemäßheit bestehender Gesetze“.

Die Internetkommunikation fällt jedenfalls auch unter das von Art 10a normierte Schutzgut.<sup>8</sup> Strittig ist, ob neben Inhaltsdaten auch Verkehrsdaten vom Fernmeldegeheimnis erfasst werden.

Anschließend müsste eruiert werden, ob IP-Adressen tatsächlich nur „Stammdaten“ sind, oder ob es sich hier um (auch inhaltlich angereicherte) Verkehrsdaten handelt, die unter das Fernmeldegeheimnis zu subsumieren sind. Eine diesbezügliche Auskunft von sicherheitsbehördlicher Seite wäre ohne richterliche Genehmigung ein Verstoß gegen das Fernmeldegeheimnis, die konkrete Norm somit grundrechtswidrig.

Das Fernmeldegeheimnis erfasst mE neben Inhaltsdaten, das sind Inhalte übertragener Nachrichten (§ 92 Abs 3 Z 5 TKG), auch Verkehrsdaten. Diese werden als „Daten, die zum Zwecke der Weiterleitung einer Nachricht an ein Kommunikationsnetz oder zum Zwecke der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden“ in § 92 Abs 3 Z 4 TKG legaldefiniert. Auch die herrschende strafrechtliche Judikatur und Lehre spricht sich für eine extensive Reichweite des Schutzes aus und sieht die Verkehrsdaten jedenfalls als vom Fernmeldegeheimnis erfasst an.<sup>9</sup>

Das Internet als neues Kommunikationsmedium war bei der Verfassungsgesetzgebung im Jahre 1974 eine quasi unbekannte Materie. Insofern war eine

1) Struger, Ho-Ruck und Husch-Pfusch. Vorweihnachtliche Fehlleistungen der Legistik, ÖJZ 2008, 205.

2) <http://futurezone.orf.at/stories/242015/> (7.4.08).

3) Vgl beispielsweise die Petition „SOS-Überwachung“ mit mehr als 24.000 Unterschriften auf <http://www.ueberwachungsstaat.at/> (7.4.08).

4) <http://futurezone.orf.at/stories/263387/> (15.04.08).

5) Vgl § 135 StPO, BGBl. I 2004/19.

6) BGBl. 1974/8.

7) Wiederin, Kommentierung von Art 10a StGG, in Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Textsammlung und Kommentar, 4. Lieferung (2001), Rz 3.

8) Brandl/Mayer-Schönberger, Datenschutz und Internet, ecolx (1996), 132.

9) OGH 26.7.2005, 11 Os 57/05Z = JBI 2006, 130; OGH 6.12.1995, 13 Os 161/95 = JBI 1997, 260; 17.6.1998, 13 Os 68/98 = EvBl 1998/191; Helmreich, Auskunftspflicht des Access-Providers bei Urheberrechtsverletzungen?, ecolx 2005, 379; Reindl, Telefonüber-

wachung zweimal neu?, ÖJZ 2002, 69; dies, Die nachträgliche Offenlegung der Vermittlungsdaten im Fernmeldeverkehr („Rufdaten-rückfassung“), JBI 1999, 791; Schmölzer, Rückwirkende Überprüfung von Vermittlungsdaten im Fernmeldeverkehr, JBI 1997, 211;

Bedachtnahme auf geänderte soziale Realitäten im Wege einer „intrasystematischen Rechtsentwicklung“ gefordert. Die neue Technologie ermöglicht Kommunikation in einer Dimension, die es in dieser qualitativen und quantitativen Form noch nicht gegeben hat: Sekundenschnelle Übertragung von Daten und Nachrichten, oft auch an mehrere Personen gleichzeitig, und eine Verlagerung zwischenmenschlicher Beziehungen auf die digitale Ebene. Zusätzlich ist zu bedenken, dass die TeilnehmerInnen durch jeden „Mausklick“ Spuren hinterlassen.

Unter Bedachtnahme auf die Definition von „Nachricht“ in § 92 Abs. 3 Z 7 TKG, die darunter „jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlichen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird“ unter Ausnahme von über Rundfunk verbreiteter Informationen versteht, ist klar, dass nicht nur Emails im klassischen Sinn erfasst sind, sondern beispielsweise auch Einträge in (nicht öffentlich zugänglichen) Foren, Chats, Skype, und bei weiter Interpretation sogar Downloads von Daten. Es handelt sich hier um Informationen, die wesentlich sensibler sind als Vermittlungsdaten im gewohnten Sinn, etwa beim Briefverkehr oder der Telekommunikation. Durch die umfassende Dokumentation der IP-Adressen beim Provider werden Gedankenzüge nachvollziehbar, die zusammengefügt einen Einblick in das Persönlichkeitsprofil der BenutzerInnen ermöglichen. Eine strikte Aufteilung in Inhaltsdaten und Verkehrsdaten ist oft weder möglich noch sinnvoll: Verkehrsdaten geben nicht selten „Rückschlüsse“ auf den Inhalt der Kommunikation,<sup>10</sup> eine restriktive Auslegung des Fernmeldegeheimnisses unter Ausschluss der Vermittlungsdaten würde – vor allem im Bereich der Informationstechnologie – letztendlich auch den Inhalt nicht ausreichend schützen und das Grundrecht ad absurdum führen.<sup>11</sup>

VertreterInnen der restriktiven Auslegung stützen sich vor allem auf die historische Interpretation und die dogmatische Verwandtschaft des Fernmeldegeheimnisses mit dem Briefgeheimnis nach Art 10 StGG, das Vermittlungsdaten auch nicht schützt<sup>12</sup>. Diese versteineringstheoretische Herangehensweise – wie sie sonst beispielsweise bei der Kompetenzinterpretation zur Anwendung verfehlt und wird in Rechtsprechung und Lehre heute anscheinend „einhellig abgelehnt.“<sup>13</sup> Der Sinn hinter den oft formelhaften und kurz gehaltenen Bestimmungen des StGG und der Grundrechte überhaupt besteht in der Anpassungsfähigkeit an geänderte soziale Realitäten, die nicht durch strikte Versteinierungen ausgehöhlt werden sollen.

#### 1.1.1. IPs: Stammdaten oder Verkehrsdaten?

Bei der Einteilung von IP-Adressen kann zwischen einer fixen und dynamischen Zuordnung unterschieden werden. Wird vertraglich eine statische IP-Adresse vereinbart, bleibt der/dem Kundin/en eine fixe IP zugewiesen. In den meisten Fällen wird die IP-Adresse an die UserInnen dynamisch vergeben. Nach einer Authentifizierung am Remote Access Server (RAS) – mit Benutzererkennung und Passwort – wird der BenutzerIn eine IP-Adresse aus dem dafür vorgesehenen Pool neu zugewiesen. Die IP-Adressen dienen alleine dem technischen Zweck der Weiterleitung von Daten.<sup>14</sup> Ob diese Adressen Stammdaten sind oder Verkehrsdaten, die nach § 93 TKG dem Kommunikationsgeheimnis unterliegen, muss untersucht werden.

Schon allein eine wörtliche Interpretation der Legaldefinition in § 92 Abs 3 Z 3 TKG schließt dynamische Adressen vom Definitionsbereich der Stammdaten aus, da sie weder für die „Begründung, Abwicklung, Änderung oder Beendigung der Rechtsbeziehungen... erforderlich“ sind, noch zur „Erstellung und Herausgabe von Teilnehmerverzeichnis-

nissen“. Viel plausibler erscheint eine Zuordnung als Zugangsdaten, das sind „jene Verkehrsdaten, die beim Zugang eines Teilnehmers zu einem öffentlichen Kommunikationsnetz beim Betreiber entstehen und für die Zuordnung der zu einem bestimmten Zeitpunkt für eine Kommunikation verwendeten Netzwerkkadressierungen zum Teilnehmer notwendig sind“ (§ 92 Abs 3 Z 4a TKG). IP-Adressen haben primär eine technische Funktion und dienen wie bereits erwähnt der Weiterleitung von Daten. Auch die Gesetzesmaterialien unterstreichen mit ihrem Verweis auf die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation<sup>15</sup> diese Auffassung.<sup>16</sup>

Statische IP-Adressen sind demnach ebenfalls von der Definition der Zugangsdaten erfasst, da sie sich ausschließlich durch die dauerhafte Zuweisung von dynamischen IP-Adressen unterscheiden und jedenfalls auch der Weiterleitung von Daten dienen. Denkbar wäre in diesem Fall aber auch eine Kategorisierung als Stammdaten, da die statische IP-Adresse zwar nicht für die Begründung und Beendigung, aber eventuell für die Abwicklung oder Änderung der Rechtsbeziehungen erforderlich sein könnte. Das ist mE zu wenig, wenn man die Funktion und Handhabung von IP-Adressen mit jener von Telefonnummern, die ausdrücklich als Stammdaten zu sehen sind, vergleicht: Eine Telefonnummer hat eine vergleichsweise viel engere Bindung zum/zur BenutzerIn als die (statische) IP-Adresse, deren Nummer weder in Verzeichnissen geführt wird, noch den durchschnittlichen UserInnen selbst bekannt ist.

Auch die Auskunftsbefugnis zu Name und Anschrift einer BenutzerIn der/dem eine IP-Adresse zugewiesen war (§ 53 Abs. 3a Z 3 SPG), ist mE nicht als bloße Auskunft über Stammdaten zu sehen. Zwar wird diese Datenauswertung Provider-intern vorgenommen, aber allein durch die Übertragung der Verarbeitungsaufgabe von Vermittlungsdaten auf Dritte dürfen verfassungsrechtliche

10) Funk/Krejci/Schwarz, Zur Registrierung von Ferngesprächsdaten durch den Dienstgeber. Erörterung am Beispiel der Universität Graz, RdA (1984), 294.

11) Vgl Wiebe, Auskunftspflichtung der Access Provider. Verpflichtung zur Drittauskunft bei Urheberrechtsverletzungen von Kunden,

die an illegalem File-Sharing teilnehmen. Gutachten im Auftrag der ISPA, MR 2005, H4 Beilage, 11f.

12) Wiederin, Art 10a StGG, Rz 12; Wessely, Das Fernmeldegeheimnis – ein unbekanntes Grundrecht?, ÖJZ 1999, 491.

13) Hiesel, Neue Wege der Grundrechtsinterpretation? Reflexionen zu methodologischen Positionen von US Supreme Court Justice Antonin Scalia, ZfRV (2000), 53. Siehe auch: Mayer, Das Schulkreuz und die Grundrechte, JRP (1995), 226.

14) Wiebe, MR2005, H4 Beilage, 10.

15) RL 2002/58/EG

16) 128 BlgNR 22. GP 18; Vgl Einzinger/Schubert/Schwabl/Wessely/Zykan, Werist 217.204.27.214? Access-Provider zwischen Auskunftsbefugnis(lichkeit)en der Rechteinhaber und Datenschutz, MR (2005), 117.

Schutznormen nicht umgangen werden.<sup>17</sup> Denn das ändert nichts an dem Umstand, dass hier für staatliche Zwecke auf vom Fernmeldegeheimnis geschützte Daten zugegriffen wird.<sup>18</sup>

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass die Bestimmungen des § 53 Abs. 3a Z 1, Z 2 SPG gegen das verfassungsrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis verstoßen, da es sich bei IP-Adressen um (oft auch inhaltlich angereicherte) Verkehrsdaten handelt, die nach richtiger Interpretation von Art 10a StGG erfasst sind und daher Eingriffe einer richterlichen Genehmigung bedürfen.

### 1.2. Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Neben Art 10a StGG schützt auch Art 8 EMRK den Fernmeldeverkehr vor staatlichen Eingriffen. Der Schutzbereich dieser Bestimmung erstreckt sich nach der Judikatur des EGMR neben Inhaltsdaten auch auf Verkehrsdaten.<sup>19</sup> Der EGMR hat in seinen Entscheidungen zu staatlichen Abhör- und Überwachungsmaßnahmen Grundsätze entwickelt, wann solche Eingriffe gerechtfertigt sind. Demnach müssen die innerstaatlichen gesetzlichen Normen „hinreichend präzise formuliert“ sein, um Gefahren der Willkür zu entgegnen.<sup>20</sup>

Die klaren Regelungen sollten detailliert die Eingriffsvoraussetzungen umschreiben, vor allem die eine Überwachung veranlassenden strafbaren Handlungen, eine Definition des Kreises davon betroffener Personen, die zeitliche Begrenzung der Überwachung und Vorgaben über die Löschung der Aufnahmen.<sup>21</sup> Die SPG Regelung wird diesen Erfordernissen keinesfalls gerecht: Die Formulierung „...wenn **bestimmte Tatsachen** die Annahme einer **konkreten Gefahrensituation** rechtfertigen...“ ist unter den bereits erwähnten Gesichtspunkten viel zu unbestimmt und unpräzise, den Sicherheitsbehörden wird dadurch ein unbegrenzter Ermessensspielraum eröffnet. Der undifferen-

zierte Wortlaut des § 53 Abs 3a SPG ermöglicht eine Umgehung der strikteren strafprozessualen Prämissen und ist im Sinne der Rechtssicherheit ein Dilemma. Unklar ist auch das Verhältnis zu den Löschungspflichten von Verkehrsdaten in § 99 TKG: Demnach sind diese Daten nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen; wenn sie jedoch für Entgeltverrechnungszwecke benötigt werden, spätestens nach der Unanfechtbarkeit der Rechnung. Es besteht also (bis zur Umsetzung der RL über die Vorratsdatenspeicherung<sup>22</sup>) keine darüber hinausgehende Speicherungspflicht, was wiederum die Erfüllbarkeit des Auskunftsbegehens nach § 53 Abs 3a SPG in Frage stellt.

Viel zu weitreichend und undefiniert bleibt auch die von den Überwachungen betroffene Kommunikation, nimmt man die in § 92 Abs 3 Z 7 TKG erfolgte Definition von „Nachricht“, die – wie bereits erwähnt – nicht nur auf Emails beschränkt ist, sondern auch Chats, Foreneinträge usw umfasst.

Auch der von Art 8 Abs 2 EMRK geforderten Verhältnismäßigkeit wird diese Bestimmung nicht gerecht. Der EMRK fordert hinreichende Garantien für den Schutz vor Missbrauch, tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht einer schwerwiegenden Straftat, Einsatz des gelindesten Mittels, besondere Verfahren für die Überwachung, eine möglichst richterliche Kontrolle der Überwachung.<sup>23</sup> Die behandelte Norm wird diesen Forderungen in keinem Fall gerecht: Auf das Vorliegen einer schwerwiegenden Straftat wird im Gegensatz zu § 135 StPO nicht abgestellt. Diese umfassende Überwachungsbefugnis ist jedenfalls nicht das gelindeste Mittel, sie könnte allein durch Präzision weniger in die Rechte der BürgerInnen eingreifen.

Eine richterliche Kontrolle wird durch die Regelung im SPG umgangen, stattdessen wird ein Rechtsschutzbeauftragter (RSB) als Kontrollinstanz zuständig, was der Forderung nach richterlicher Überprüfbarkeit nicht annähernd

gerecht wird. Die spezifische verfassungsrechtliche Garantie der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des RSB wurde Anfang des Jahres liquidiert, der bis dahin als Verfassungsnorm geltende § 91a Abs 1 SPG ist seitdem einfaches Gesetz.<sup>24</sup> Es fehlt ein Mindestmaß an Transparenz und an externen Kontrollmöglichkeiten der „Kontrolleure“ durch eine funktionierende Gewaltenteilung.<sup>25</sup> Daraus folgt, dass die Vorgaben des Art 8 Abs 2 EMRK durch die behandelte Norm ebenfalls nicht ausreichend erfüllt werden.

### 1.3. Grundrecht auf Datenschutz

Ebenso tangiert wird das Grundrecht auf Datenschutz, das für „personenbezogene Daten“ einen Anspruch auf Geheimhaltung statuiert, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Verkehrsdaten sind als solche „personenbezogenen Daten“ anzusehen und unterliegen demnach auch dem Schutz des DSGVO.<sup>26</sup> Aufgrund eines Verweises in Art 1 § 1 Abs 2 ist eine Einschränkung dieses Grundrechts für staatliche Behörden nur durch Gesetze, die aus den in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Gründen notwendig sind, möglich. Dass dem nicht der Fall ist, wurde bereits unter 1.2 abgehandelt. § 53 Abs 3a Z 1, Z 2 widerspricht daher auch datenschutzrechtlichen Eingriffserfordernissen nach Art 1 § 1 DSGVO.

## 2. Auskunft über Standortdaten

§ 53 Abs 3b SPG ermächtigt die Sicherheitsbehörden zur Auskunft über Standortdaten ohne richterliche Genehmigung: „Ist Auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen, dass eine gegenwärtige Gefahr für das Leben oder die Gesundheit eines Menschen besteht, sind die Sicherheitsbehörden zur Hilfeleistung oder Abwehr dieser Gefahr berechtigt, von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsdienste Auskunft über Standortdaten und die internationale Mobilteilnehmerkennung (IMSI) der von dem gefährdeten Menschen mitgeführten Endeinrichtung zu verlangen

17) So auch *Einzinger/Schubert/Schwabl/Wessely/Zykan*, MR 2005, 116ff. aA *Helmreich*, ecolex 2005, 380.

18) Vgl die völlig verfehlt Begründung der Entscheidung OGH 26.7.2005, 11 Os 57/05z.

19) EGMR 2.8. 1984, *Malone/Verinigtes Königreich*; EuGRZ 1985, 23f.

20) *Wiederin*, Art 8 EMRK, Rz 125f.

21) Ebd.

22) RL 2006/24/EG.

23) *Wiederin*, Art 8 EMRK, Rz 127.

24) BGBl I 2008/2.

25) Vgl *Lachmayer*, Demokratischer Überwachungsstaat im rechtsstaatlichen Spannungsfeld, *juridikum* 2006, 30. Zum Rechtsschutz und zur eventuellen Auskunftsverweigerung: *Klingen-*

*brunner/Bresich*, Telekommunikationsunternehmen: Beschränkter Rechtsschutz gegen Polizeihandeln?, ecolex 2008, 476.

26) *Funk/Krejci/Schwarz*, RdA 1984, 300.

sowie technische Mittel zu ihrer Lokalisierung zum Einsatz zu bringen...“

Der Wortlaut dieser Bestimmung ist – ebenso wie der zuletzt behandelte Abs 3a – bezüglich des Zwecks und der Aufgabenerfüllung durch die Sicherheitsbehörden viel zu weit gefasst und ermöglicht Auskünfte über Standortdaten, die nur unter den strengeren Voraussetzungen der StPO zulässig wären.<sup>27</sup> Diese Norm erweitert die bereits bestehenden Befugnisse zur Standortdatenauskunft nach § 98 TKG durch die Sicherheitsbehörden, die auch als Betreiberinnen von Notrufdiensten zu qualifizieren sind, beträchtlich. Laut den Erläuterungen zu § 53 Abs 3b SPG „sollen die Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste auch dann Standortdaten eines Mobiltelefons bekanntgeben können, wenn zuvor kein Notruf einer hilfsbedürftigen Person beim Betreiber eines Notrufdienstes eingegangen ist.“<sup>28</sup> Für diesen Zweck sollen die BetreiberInnen öffentlicher Kommunikationsdienste nicht nur die Standortdaten bekanntgeben, sondern auch die International Mobile Subscriber Identity (IMSI). Darunter ist eine auf der SIM-Karte gespeicherte, weltweit einmalige Kennung zu verstehen, die eine/n TeilnehmerIn eindeutig identifiziert. Mit Hilfe von „technischen Hilfsmitteln“ – den sog. IMSI-Catchern – kann dadurch der Standort eines Mobiltelefons innerhalb einer Funkzelle stark eingegrenzt werden. Problematisch erscheint dabei die zusätzliche technische Nebenfunktion der neuesten Geräte: Durch die Mobilfunkzellensimulation des IMSI-Catchers buchen sich die in einem gewissen Umkreis befindlichen Mobiltelefone beim Catcher ein.<sup>29</sup> Damit wird neben der Erstellung von Bewegungsprofilen auch das Mithören bzw. Mitspeichern von Handytelefonaten ermöglicht, die technisch schwierig nachzuweisen sind.

Zusätzlich treten Störungen des Netzbetriebes auf: Die sich im Einzugsbereich des IMSI-Catchers befindlichen Handys können nach erfolgtem Angriff für einen Zeitraum bis zu 10 Minuten weder Anrufe entgegennehmen noch selbst Verbindungen aufbauen, ebenso wenig können Notrufe getätigt werden.<sup>30</sup>

Dass auch diese Bestimmung einer grundrechtlichen Untersuchung nicht standhält, lässt sich anhand der dargelegten Fakten erahnen.

#### 2.1. Fernmeldegeheimnis und Standortdaten

Die Standortdaten sind nach § 93 TKG ebenfalls vom Kommunikationsgeheimnis und nach richtiger Interpretation auch vom Fernmeldegeheimnis nach Art 10a StGG erfasst.

Die Erläuterungen in der Regierungsvorlage, dass die Standortdatenauskunft nach § 53 Abs. 3b SPG nicht in das Fernmeldegeheimnis nach Art 10a StGG eingreife, da diese Daten außerhalb eines Kommunikationsvorganges erfasst werden, ist nicht stichhaltig. Durch den Einsatz der IMSI-Catcher werden Standortdatenermittlungen gerade während eines Kommunikationsvorganges möglich – ganz zu schweigen von Inhaltsdaten, die jedenfalls von Art 10a StGG geschützt sind.<sup>31</sup> Somit liegt mehr als offensichtlich ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis vor, der nach Art 10a Abs 2 StGG einer richterlichen Genehmigung bedarf.

#### 2.2. Vereinbarkeit mit Art 8 EMRK und Art 1 §1 DSGVO ?

Die behandelte Bestimmung ermöglicht durch die Legitimation des Einsatzes der IMSI-Catcher die Erstellung eines umfassenden Bewegungsprofils. Zusätzlich werden Daten und Gespräche auch unbeteiligter Personen

erfasst. Es liegt also eine Norm vor, die in das Grundrecht auf Datenschutz und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens eingreift. Nach den unter 1.2 erwähnten Kriterien des EMRK wird ein solch intensiver Eingriff den Forderungen des Art 8 Abs 2 EMRK nicht gerecht: Weder entspricht die gesetzliche Grundlage den geforderten Vorgaben, da kein genügender Schutz vor staatlichen Missbrauchs- und Willkürmaßnahmen gesetzt ist, noch ist der Eingriff verhältnismäßig. Die Standortdatenermittlungsbefugnis nach § 53 Abs 3b SPG greift daher vor allem aufgrund der mangelnden rechtsstaatlichen Schutzmöglichkeiten – auch hier ist ausschließlich der Rechtsschutzbeauftragte für die Prüfung der Rechtmäßigkeit verantwortlich – und des zu intensiven Eingriffs in Rechte Unbeteiligter ohne umfassende Informationsrechte in deren Grundrechte ein.

### 3. Fazit

Die erweiterten sicherheitspolizeilichen Befugnisse sind verfassungsrechtlich höchst problematisch und werden von den Sicherheitsbehörden ohne Zurückhaltung genutzt. Nach einer internen Statistik des Innenministeriums „seien in den ersten fünf Wochen 2008 die Standorte von 82 HandynutzerInnen lokalisiert und 2766 AnschlussinhaberInnen ausgeforscht worden.“<sup>32</sup> Zu hoffen bleibt, dass der VfGH aufgrund der eingebrachten Individualanträge die dringend geforderten Konsequenzen setzt.

Mag.<sup>a</sup> Satenig Maral Chadoian  
ist Assistentin am Institut für  
Staats- und Verwaltungsrecht  
der Universität Wien; satenig.  
chadoian@univie.ac.at

27) Vgl die Stellungnahme des Justizministeriums zum Gesetzesentwurf, 13/SN-118/ME 23. GP. 28) 272 RV 22. GP.

29) Fox, Der IMSI-Catcher, DuD 2002/26, 4. 30) Ebd.

31) Vgl Ringler, Individualantrag, [http://www.platterwatch.at/data\\_all/IndividualantragRingler\\_FINAL.pdf](http://www.platterwatch.at/data_all/IndividualantragRingler_FINAL.pdf) (14.04.08).

32) <http://futurezone.orf.at/stories/264593/> (14.04.08).

# Jherings Kampf um die Festungsbollwerke

Eine Rechtsgeschichte zur Praxis der Parteigutachten\*

Ulrich Falk

## 1. Jhering als Parteigutachter

Rudolph von Jhering (1818-1892) war einer der größten deutschen Zivilrechtler und Rechtshistoriker des 19. Jahrhunderts. Einige Jahre lehrte er auch an der Universität Wien, hielt dort vor der Juristischen Gesellschaft seinen legendären Vortrag vom *Kampf ums Recht* (1872) und wurde vom Kaiser geadelt. Ebenso berühmt sind seine beiden groß angelegten, mehrbändigen Hauptwerke, die er jeweils unvollendet ließ (*Der Geist des römischen Rechts; Der Zweck im Recht*)<sup>1</sup> und seine hell-sichtigen und einflussreichen, teilweise aber auch irreführenden Angriffe auf die sogenannte Begriffsjurisprudenz.<sup>2</sup>

Kennzeichnend für Jhering ist auch seine kämpferische Sprache, die vor bissiger Ironie und Satire nicht zurückschreckte, nicht einmal in Rechtsgutachten. Dies ist bemerkenswert, weil sich die meisten Verfasser juristischer Gutachten durch strenge Objektivität und Wissenschaftlichkeit auszeichnen suchen – wenn schon nicht immer in der Sache, so doch wenigstens stets der Form und dem Anspruch nach.

Im Jahr 1862 gab Jhering am Verlagsort Basel eine Abhandlung mit einem ausladenden Titel zum Druck: „Erwiderung auf das von H. Dernburg, Professor in Halle, in dem zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und

Basel-Stadt obwaltenden Rechtsstreit über die Festungswerke der Stadt Basel abgestattete Rechtsgutachten“.<sup>3</sup> Das von Jhering ausgearbeitete Gutachten war Teil eines Geschehens, das auf den ersten Blick ungewöhnlich anmutet. Bildhaft könnte man von juristischen Zweikämpfen um die Festung der Stadt Basel sprechen, von einem Turnier mittelalterlicher Art, ausgefochten von Juristen.

Wenn man aber die innere Logik kennt, die Parteien und Advokaten zur Einholung professoraler Gutachten veranlassen konnte, so wirkt das Geschehen in seinen Grundzügen wohlvertraut. Als wirklich ungewöhnlich erweist sich nur ein Aspekt, der unmittelbar mit Jherings Persönlichkeit zusammenhängt: Mit der Waffe der Satire schlug er weit härter zu, als zu erwarten war.

## 2. Grundzüge der Praxis der Parteigutachten

Zwei Parteien kämpfen mit juristischen Waffen um hohe Vermögenswerte, die Rechtslage ist schwierig. In dieser Ausgangslage rät ein Advokat seiner Partei, vorsorglich das Rechtsgutachten (gleichbedeutend: Konsilium) eines namhaften Professors einzuholen: Das vom Gutachter (Konsiliator) geforderte Honorar sei zwar keineswegs geringfügig, falle aber gegenüber dem Wert

der Streitsache kaum ins Gewicht und könne sich leicht als gute Investition erweisen. Was hat es mit diesem Rat auf sich?

### 2.1. Rechtsgeschichte<sup>4</sup>

Schon unzählige Advokaten haben seit dem hohen Mittelalter eine solche Empfehlung erteilt, manche Rechtsanwälte tun es bis heute. Im Mittelalter erlangten die Konsilien der Rechtsgelehrten (*consilia sapientis*) derart zentrale Bedeutung, dass sie sogar die Bezeichnung einer ganzen Epoche europäischer Rechtsgeschichte geprägt haben. Man spricht vom Zeitalter der Konsiliatoren um Bartolus de Sassoferrato und seinen Schüler Baldus de Ubaldis (1327-1400),<sup>5</sup> einen Giganten der Gutachtenpraxis, von dem mehr als 3.000 Konsilien überliefert sind.<sup>6</sup>

Die Verwendungszwecke der Rechtsgutachten waren im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit vielfältig, was mit Besonderheiten des damaligen Gerichtsverfassungs- und Prozessrechts zusammenhängt.<sup>7</sup> Fast alles davon kann hier auf sich beruhen. Festzuhalten ist, dass die Praxis der Rechtsgutachten einen gutgehenden Markt für professionelle Dienstleistungen darstellte, einen Markt für schriftlich ausgearbeitetes Expertenwissen zu problematischen Streitfällen und Prozessen. Dieses Wissen wurde von den Professoren auf Honorarbasis in aller Regel bereitwillig erbracht, und von Parteien und Advokaten, aber auch Gerichten in großem Umfang nachgefragt. Zu unterscheiden sind also zwei Grundformen: das Parteigutachten (*consilium pro parte*) und das Gerichtsgutachten (*consilium iudiciale*).

Was die Bedeutung der Konsilien in der Frühen Neuzeit angeht, sprechen schon wenige Zahlenbeispiele fast für sich: Vom 16. bis zum 18. Jahrhundert wurden im Alten Reich mindestens 190 Sammlungen mit Partei- und Gerichtsgutachten gedruckt, häufig mehrbändig und großformatig. Allein an der Univer-

\*) Marie Theres Fögen (1946-2008) zum Gedenken. – Der vorliegende Aufsatz ist vorveröffentlicht in NJW 2008, 719-722.

1) Dazu Rückert, *Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“*, Rechtsgeschich-

te [Rg] 5 (2004), 128-149; Rg 6 (2005), 122-142.

2) Dazu Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“ (2004); Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid (1989/1999).

3) Zu diesem Rechtsstreit sehr lesenswert Fögen, Lob der Pandek-

tistik, in FS Dieter Simon (2005), 179-205.

4) Keine Aussagen trifft der vorliegende Aufsatz zu den *responsa* im antiken römischen Recht; die eine oder andere teilweise Parallele ist freilich nicht völlig undenkbar.

5) Einführend Lepsius, Die Ehe,

die Mitgift und der Tod, in: Falk/Luminati/Schmoedel, Fälle zur Rechtsgeschichte (2007), Fall 9.

6) Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967), § 5 I.

7) Dazu Falk, *Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten* (2006), 183.



sität Jena – einem Zentrum der damaligen Praxis – kamen im Laufe der Jahrhunderte mehr als 200.000 Konsilien zustande. Vergleichsweise bescheiden, aber gleichwohl vielsagend ist auch die Gutachtenproduktion anderer Universitäten, etwa Kiel und Marburg mit je 36.000, Tübingen mit 25.000, Halle mit ebenfalls 36.000, obwohl diese Universität erst 1693/94 gegründet wurde; mindestens 4.350 der Hallischen Konsilien wurden gedruckt.<sup>8</sup>

Eine Besonderheit des neuzeitlichen Gutachtenmarkts lag darin, dass sich sogar ganze Juristenfakultäten zur kollektiven Erstattung von Gutachten bereit fanden; die Honorare kamen dann nicht etwa der Universität als Institution zu Gute, sondern wurden unter den ordentlichen Professoren aufgeteilt. Diese Besonderheit geriet in Deutschland erst im Laufe des 19. Jahrhunderts endgültig in Wegfall.

Noch ganz im Stil der alten Zeit verlief ein berühmter Zivilprozess um 1825-1828, der *Städelsche Beerbungsfall*, ein erbitterter Kampf um die Existenz des heute weltberühmten Kunstinstituts *Städel* in Frankfurt am Main. Hier erstatteten drei Fakultäten (Göttingen, Leipzig, Kiel) Parteigutachten für die Kläger, vier (Berlin, Gießen, Heidelberg, München) für die Beklagten. Die zuständigen Gerichte sahen im Fortgang des Verfahrens, das sich über drei Instanzen hinzog, mehrfach Bedarf nach Gerichtsgutachten; sie versandten die Gerichtsakte an vier weitere Fakultäten (Bonn, Jena, Tübingen und Halle). Zu einem rechtskräftigen Urteil kam es nicht. Letztendlich schlossen die Parteien vor dem Oberappellationsgericht Lübeck einen Vergleich.<sup>9</sup>

### 2.2. Innere Logik

Die Versendung von Gerichtsakten an Rechtsfakultäten gehört seit der Modernisierung der Gerichtsverfassung endgültig der Vergangenheit an; in Deutschland kam es dazu erst relativ spät, im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts. Seitdem sind die Gerichte flächendeckend mit selbstbewussten Berufsrichterinnen und -richtern be-

setzt, die nur in echten Sonderfällen bei juristischen Max-Planck-Instituten oder Universitäten um Gutachten nachsuchen.

Stärker gefragt sind weiterhin professorale Parteigutachten. Mit ihnen verknüpfen Anwälte und Parteien seit dem Mittelalter immer wieder die Hoffnung, die Gerichte mit der Autorität der Gutachter und der Qualität ihrer Argumentation zu beeinflussen. Manches Gutachten wurde (und wird) auch in Auftrag gegeben, um die Gegenpartei unter Druck zu setzen. Klangvolle Namen und schlagende Argumente konnten manchen Gegner einschüchtern, mitunter gar zur Aufgabe bewegen (zB durch Anerkennung einer angedrohten Klage), häufiger freilich zum Abschluss eines Vergleichs, auf den er sich anderenfalls nicht eingelassen hätte. Um diese Chancen zu erhöhen, versuchten viele Parteien, eine ganze Schar hochkarätiger Gutachter aufzubieten.

Lag es im Interesse der Partei, auch die Öffentlichkeit für sich zu gewinnen, so bot sich die Veröffentlichung des Gutachtens an. Nicht selten wählte man dann einen Verlag, der am Gerichtsort ansässig war. Im Regelfall waren die Professoren ohnehin an der Publikation ihrer Expertisen interessiert, in die sie geballtes Fachwissen, kostbare Arbeitszeit und nicht selten auch Kreativität investierten. Freilich gab es auch Gründe, bei Parteigutachten von einer Publikation zumindest des Volltexts abzusehen. Zum Einsatz kam dann im wörtlichen Sinne die Schere. Das Gutachten wurde zurechtgestutzt, die Namen des Auftraggebers und des Gegners wurden getilgt, Passagen des Gutachtens, deren Veröffentlichung untunlich erschien, entfernt oder umgeschrieben. Im Ergebnis ließ sich das Produkt kaum noch von einem normalen Aufsatz unterscheiden.<sup>10</sup>

Wenn Advokaten zur Einholung von Gutachten rieten, so handelten sie oft auch in wohlverstandem Eigeninteresse. Die Beteiligung eines professoralen Experten minderte das Risiko, Rechtsfehler zu begehen, die eine An-

waltshaftung auslösen konnten. Bei einem Misserfolg vor Gericht konnte man Verantwortung auf den Experten abwälzen. Nicht unerfreulich war auch die Aussicht, die eigene Arbeitsbelastung bei der Analyse der Rechtslage zu mindern.

Wollte ein Advokat zunächst von der Einholung von Gutachten absehen, so konnte er im weiteren Verlauf unter Handlungsdruck geraten. Wenn der Gegner dem Gericht beeindruckende Parteigutachten vorlegte, war allemal an Gegenmaßnahmen zu denken. Dann bot es sich an, Gegengutachten erstellen zu lassen, die wiederum den Gegner zu einem weiteren Zug veranlassen konnten. Mitunter reihte sich Gutachten an Gutachten und Gegengutachten an Gegengutachten.

## 3. Der Baseler Festungsstreit

### 3.1. Der Gegenstand des Streits

Als Parteien standen sich die Teilkantone Basel-Stadt und Basel-Land gegenüber. Nach damaligem Maßstab stritten sie um eine gewaltige Klagesumme, mehr als 1 Million Franken. Den rechtlichen Kern bildete die Frage nach den Eigentumsverhältnissen an den Festungsbollwerken, die das altertümliche Basel eingeschlossen hatten. Entstanden waren diese Bollwerke vor Jahrhunderten, als Basel noch einen ungeteilten Einheitskanton bildete. Basel-Stadt ließ sie im Zuge des Eisenbahnbaus schleifen und schuf Raum für moderne Bahnhöfe und Straßen.<sup>11</sup> Basel-Land, der wirtschaftlich schwächere Teilkanton, forderte mit seiner Klage gehörigen Anteil am finanziellen Ertrag dieser Modernisierung.

Präjudiziert wurde die Eigentumsfrage durch ein Schiedsurteil, das bereits 26 Jahre zuvor (1833) ergangen war, sich nunmehr aber als auslegungsbedürftig erwies. Dieses Urteil, das die vermögensrechtlichen Folgen der Aufspaltung des Einheitskantons regelte, stammte maßgeblich von Friedrich Ludwig von Keller, damals Professor zu Zürich. Für die Einzelheiten zur Sach- und Rechtslage des Falles, der

8) Dazu näher *Falk*, *Consilia*, S. 23. FS Dieter Simon (2005), 141-177.

9) Dazu *Kiefner*, *Das Städel'sche Kunstinstitut*, *Quaderni Fiorentini* 11/12 (1982/83), 339-397; *Falk*, *Das Testament des Kaufmanns*, in *Imboden*, *Bedeutung und Proble-*

*matik juristischer Gutachten*, in FS Gutzwiller (1959), 503-522; *von Münch*, *Gutachten: Der süße Duft*, NJW 1998, 1761 f.

11) Zu den historischen Zusammenhängen *Vec*, *Der Stromklau vor dem Reichsgericht*, in: *Falk/Luminati/Schmoeckel*, *Fälle zur Rechtsgeschichte* (2007), Fall 18.

im Oktober 1862 vom Schweizer Bundesgericht entschieden wurde, ist im vorliegenden Aufsatz kein Raum. Festzuhalten bleibt, dass Rechtsfragen von hoher Schwierigkeit anstanden.

3.2. *Der Schlagabtausch der Gutachter*

Jhering hatte am Verlagsort Basel eine „Erwiderung“ auf ein von Heinrich Dernburg „abgestattete(s) Rechtsgutachten“ veröffentlicht, also ein Gegengutachten erstellt, und zwar für Basel-Stadt gegen ein Honorar von 500 Reichstalern. Dies war sein zweites Gegengutachten in dieser Sache. Mit dem ersten, honoriert mit 400 Talern, hatte er für seine Auftraggeberin „für viele Gulden seine Pflicht getan, Herrn Rüttimann zu vernichten“ – so die ironische Formulierung der Rechtshistorikerin Marie Theres Fögen (2005).<sup>12</sup>

Johann Jakob Rüttimann, ebenfalls Professor zu Zürich, war 1859/60 für die Gegenpartei (Basel-Land) mit zwei Gutachten aufgetreten. Darin hatte er sich seinerseits nach Kräften bemüht, zwei gegnerische Parteigutachten aus den Angeln zu heben. Diese stammten pikantesweise von Friedrich Ludwig von Keller, nunmehr Professor zu Berlin. Jener Keller war im Auftrag von Basel-Stadt als erster Experte in die Schranken getreten und hatte sein eigenes Schiedsurteil nach den Regeln der juristischen Kunst (authentisch) ausgelegt.<sup>13</sup>

Nachdem Jhering seinen Schlag gegen Rüttimanns Gutachten geführt hatte, entsendete Basel-Land einen „neuen, stärkeren Gegner“. Die anspruchsvolle Aufgabe, den Kampf gegen Jhering aufzunehmen, übernahm Heinrich Dernburg (1829-1907). Er zählt aus heutiger Sicht ebenfalls zu den großen deutschen Juristen jener Epoche,<sup>14</sup> war seinerzeit Professor zu Halle, später ebenfalls zu Berlin. Die Höhe seines, des Kellerschen und des Rüttimannschen Honorars ist nicht überliefert.<sup>15</sup> Fest steht, dass sämtliche Gutachten im Ergebnis zugunsten der jeweiligen Auftraggeberin ausfielen.

3.3. *Die satirische Züchtigung eines Gutachters*

Dernburgs juristische Argumentation erschien Jhering unhaltbar, sowohl im Großen und Ganzen wie in den Einzelheiten. Obendrein gewann er den Eindruck, dass Dernburg eine hochgradig parteiliche, wissentlich falsche „Verwendung der Jurisprudenz“ zur Last falle. Empört beschloss er, diesem pflichtvergessenen Kollegen „im Namen der deutschen Wissenschaft“<sup>16</sup> eine öffentliche „Züchtigung“<sup>17</sup> zu erteilen. In das Gegengutachten nahm er eine satirische Zutat auf, ein erfundenes Gespräch zwischen zwei Advokaten, die angeblich gemeinsam die Dernburgsche Partei vertraten:

Der jüngere der beiden Advokaten (A) machte ein Eingeständnis: „Ich glaube zwar, daß es mir nicht an brauchbaren Ideen fehlt, aber es fehlt mir, um sie wirklich zu benutzen, noch die nöthige – nun, wie soll ich es gleich ausdrücken?“ Der ältere Advokat (B) antwortete jovial: „Sagen wir es nur gerade heraus: Sie meinen Frechheit und Unverschämtheit, – wir sind ja unter uns! Das lernt sich mit dem Alter, und Sie sind bereits auf dem besten Wege!“<sup>18</sup> Danach einigten sich die beiden auf einen prozessualen Plan, der ein Rechtsgutachten mit einem bestimmten, mit der objektiven Rechtslage unvereinbaren Ergebnis voraussetzte. Nach einigen Wochen besprachen sie sich erneut:

„A. Haben Sie das Gutachten von Dernburg bereits gelesen? B. Ja, und ich finde es ganz vortrefflich; unser Einer hätte es nicht besser machen können. A. Gewiß! Man sollte nicht glauben, daß es von einem Professor herrührt! B. Hatten Sie ihm unsern Operationsplan mitgeteilt? A. Kein Wörtchen! Den hat er rein aus sich selbst, und ich glaube nicht einmal, daß er sich desselben recht bewußt geworden ist. B. Also instinctiv das Richtige getroffen? Um so bewundernswürdiger!“<sup>19</sup>

Jherings Advokatengespräch löste im Kollegenkreis Befremden aus. Auch Bernhard Windscheid (1817-1892), der

Verfasser des berühmten Lehrbuchs des Pandektenrechts, äußerte sich tadelnd. In einem vertraulichen Brief gab er seinem Freund Jhering zu bedenken, dass es nicht auf die Qualität der Argumente Dernburgs ankomme: „Es mag sein, daß sie unhaltbar sind – ich halte sie zum großen Theil nicht dafür, aber es mag sein – jedenfalls frivol kann ich sie nicht nennen.“<sup>20</sup>

Im Ausgangspunkt war sich Windscheid mit Jhering aber durchaus einig. Für beide war es eine unerhörte Vorstellung, dass ein Rechtsprofessor für eine Partei „mit Bewußtsein die Unwahrheit“ schreiben könnte. Auch bei der Vertretung privater Interessen gegen Honorar sei er voll verantwortlich „in der Handhabung seiner Wissenschaft, die Jedem von uns das Heiligste ist, was er hat“. Jhering habe jedoch – so Windscheids Vorwurf – „ohne allen Anhalt“ einem Kollegen und „Gelehrten von geachteter wissenschaftlicher Stellung“ vorsätzlich falsche Rechtsausführungen unterstellt, „denn gesetzt auch, die Gründe D’s sind wirklich so schlecht wie du annimmst: muß er denn deswegen selbst nicht an dieselben geglaubt haben?“<sup>21</sup> Auf diese Frage wusste Jhering keine Antwort. Er hatte einen begreiflichen, aber unbeweisbaren Verdacht, den er gegen Dernburg hegte, öffentlich als zweifelsfreie Tatsache hingestellt.

4. *Der perfide Jhering*

Marie Theres Fögen, Professorin zu Zürich und Direktorin des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, hat Jherings Verhalten sehr negativ bewertet: „der perfide quicklebendige Jhering“ habe schon seinen ersten Gegner hochnäsigg attackiert und den zweiten im frechen Advokatengespräch „durch und durch in die Rolle eines bössartigen Narren“ gedrängt. Ihre Sympathie gehört dem „braven Dernburg“, der in aller ihm „eigenen Breite, Rechtschaffenheit und Gründlichkeit“ Rüttimanns juristische These sachgerecht verteidigt habe. Nach ihrer Ein-

12) Jhering, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel (1862) = *ders.*, Vermischte Schriften juristischen Inhalts (1879) 103-154; Fögen, Lob 185; bei Fögen ist sowohl von Gulden wie von Talern die Rede, 184/193.  
 13) Verzeichnis aller Gutachten bei Fögen, Lob 201 f.  
 14) *Luig*, Heinrich Dernburg, in: *Heinrichs* (Hrsg), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft (1993) 230-247.  
 15) Keine Angaben jedenfalls bei Fögen, Lob.  
 16) Jhering, Erwiderung 60 f.  
 17) Die Absicht der „Züchtigung“ ist einem Brief Windscheids vom 2.11.1862 zu entnehmen; gemeinsam mit Friedrich Klein bereite ich die Drucklegung der Windscheidbriefe an Jhering vor.  
 18) Jhering, Erwiderung 31, 60 f.  
 19) Jhering, Erwiderung 31.  
 20) Brief Windscheids vom 2.11.1862.  
 21) Brief Windscheids vom 2.11.1862.

# Newsletter Menschenrechte

## Aktuelles zur Europäischen Menschenrechtskonvention

Der **Newsletter Menschenrechte** informiert aktuell und umfassend über die Judikatur zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Neben allen wichtigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in prägnanter deutscher Bearbeitung enthält die Zeitschrift des Österreichischen Instituts für Menschenrechte Kurzfassungen der aktuellen Judikatur der österreichischen Höchstgerichte zu grundrechtlichen Fragen sowie Hinweise auf neue Literatur.

Mit dem **Newsletter Menschenrechte** bleiben Sie auf dem Laufenden und bewahren den Überblick über die europäische und österreichische Judikatur zur EMRK.

Erscheinungsweise: 6 Ausgaben jährlich  
 Jahresabonnement: € 51,- (inkl. Versand)  
 Machen Sie sich selbst ein Bild und bestellen Sie jetzt ein kostenloses Probeheft. Bitte richten Sie Ihre Bestellung an das Österreichische Institut für Menschenrechte.

**Österreichisches Institut für Menschenrechte**



### Newsletter Menschenrechte

**Rechtsprechung**

- **Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte**
  - Dietmar Karg gg. Österreich (6.5.2008) ... 131
  - Alexandra von Reffingen u.a. gg. Deutschland (6.5.2008) ... 132
  - Jührke gg. die Türkei (13.5.2008) ... 134
  - McCarrin gg. das Vereinigte Königreich (13.5.2008) ... 137
  - Or gg. Norwegen (15.5.2008) ... 140
  - Gülmez gg. die Türkei (20.5.2008) ... 142
  - Erne gg. die Schweiz (22.5.2008) ... 145
  - N. gg. das Vereinigte Königreich (27.5.2008) ... 148
  - Sampiris u.a. gg. Griechenland (5.6.2008) ... 151
  - Elei gg. Deutschland (12.6.2008) ... 155
  - Mozlov gg. Österreich (23.6.2008) ... 157
  - Adamson gg. Lettland (24.6.2008) ... 161
  - Gölgén gg. Deutschland (30.6.2008) ... 164
  - Weitere Urteile und Entscheidungen des EGMR
- **Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften**
  - Europäisches Parlament gg. Rat der Europäischen Union (6.5.2008) ... 175
- **Österreichische Judikatur**
  - VfGH B 1065/07 v. 13.3.2008: Kommunikation eines Schubhäftlings mit seinem Rechtsbeistand nur durch eine Glasierwand OGH 6 Ob 285/07 v. 10.4.2008: KfSt eines Wochenmagazins an parteipolitischer Beeinflussung von Jungwählem OGH 1 Ob 8/08w v. 6.5.2008: (Kein) Anhaltungsersuch aus „view“ des UN-Menschenrechtsausschusses gegen Österreich ... 180
- Literatur** ... 183

ISSN: 1815-1604  
 Juli 2008 2008/3



## Österreichisches Institut für Menschenrechte

Mönchsberg 2a, 5020 Salzburg

Telefon: 0662 / 84 31 58 - 11

e-mail: office@menschenrechte.ac.at

Fax: 0662 / 84 31 58 - 15

www.menschenrechte.ac.at

schätzung war die Dernburgsche Argumentation bestens vertretbar; ähnlich hatte dies schon Windscheid gesehen.<sup>22</sup>

Bedauernd zieht Fögen die Lehre, dass sich „Rechtschaffenheit von der Art eines Dernburg und Rüttimeann nicht immer auszahlt“. Das Bundesgericht nämlich hatte „im Sinne der von Jhering vertretenen Ansicht“ entschieden und die Millionenklage gegen Basel-Stadt abgewiesen.<sup>23</sup> Jherings Gegengutachten hatten die Überzeugungskraft der Klage, die von der gutachterlichen Klagebegründung Rüttimeanns und Dernburgs abhing, mit einem Feuerwerk guter Gegenargumente restlos zerstört.

Fögens emotionale Reaktion ist be-greiflich. Spott und Satire, als Waffe der Kritik gegen wissenschaftliche Gegner benutzt, können abstoßend wirken, zumal wenn sie vereint mit polterndem

Selbstbewusstsein und Blindheit für die Schwachpunkte der eigenen Position dahergehen. Jherings Mut zu scharfer öffentlicher Kritik verdient aber auch Respekt, obwohl er in seinem leidenschaftlichen Kampfs ums Recht über das Ziel hinausschoss. Fögen berichtet, er habe sich leidenschaftlich mit der Sache von Basel-Stadt identifiziert.<sup>24</sup> Mit gleicher Leidenschaft stand er für das grundlegende Gebot an die Professoren der Rechtswissenschaft, die eigenen Überzeugungen von juristischer Wahrheit und Unwahrheit nicht zu verleugnen oder zu verbiegen, wenn dies im Interesse der Auftraggeber von Vorteil war. Das wird man nicht von jedem Gutachter behaupten können.

Für Jhering war ein Gutachten für die Partei (*consilium pro parte*) zugleich immer ein Gutachten für die Wahrheit

(*consilium pro veritate*). Ein Rechtsgelehrter durfte den Auftrag einer Partei nur annehmen, wenn er sich zuvor in gewissenhafter Prüfung der Sach- und Rechtslage davon überzeugt hatte, dass ihm diese Partei eine gerechte Sache (*justa causa*) vortrug. Diese Forderung bildete schon im Mittelalter und der Neuzeit das Fundament der gutachterlichen Standesethik, die Gutachten-wirklichkeit war aber oft eine andere.<sup>25</sup>

Prof. Dr. Ulrich Falk,  
 Universität Mannheim,  
 Lehrstuhl für Bürgerliches  
 Recht, Rhetorik und Europäische  
 Rechtsgeschichte;  
 ufalk@uni-mannheim.de

22) Fögen, Lob 183, 186 (Fn 13), 194.  
 23) Fögen, Lob 193 f.  
 24) Fögen, Lob 193.

25) Zu diesem Problemkreis Falk, Consilia, 59-63, 203-213, 403-408.

# strafrecht – neue wege?

betreut von Alexia Stuefer

## Vorwort

Alexia Stuefer

Aus strafprozessualer Sicht wurde mit dem Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes am 01.01.2008 eine neue Ära eingeläutet. Nicht nur die Beschuldigten- und Opferrechte haben eine umfassende Neuregelung und bedeutende Ausweitung erfahren, auch das Rechtsschutzsystem wurde in weiten Teilen neu gestaltet. Dem Gericht obliegt nunmehr im Wesentlichen die Wahrung des Rechtsschutzes. In dem von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei geführten Vorverfahren wird es nur ausnahmsweise und auf Antrag tätig. Nach knapp einem Jahr ist nun zu fragen: Sind die Wege, die mit dem neuen Gesetz beschritten wurden, sinnvoll?

Weitere legislative Änderungen hat es mit Jahresbeginn ua im Bereich der bedingten Entlassung („Haftentlastungspaket“, § 133a StVG), des Suchtmittelrechts und des Rechts zur Bekämpfung der Korruption gegeben. Welche Auswirkungen hat diese Gesetzgebung? Ermöglichen die bestehenden Gesetze eine adäquate Bewältigung der Problemstellungen unserer Zeit? Welche Wege werden in der Rechtsprechung beschritten? Der Untersuchung dieser Fragen widmet sich der vorliegende Schwerpunkt.

Problemen der Strafprozessreform geht *Andreas Venier* gleich zu Beginn auf den Grund. Die seit Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetz gängige Praxis, dass der/die HaftrichterIn bei Bewilligung von Zwangsmittel bloß auf die staatsanwaltliche Antragsbegründung verweist und als Anordnung nach Versehen von Unterschrift und Stampiglie erlässt, wird ebenso kritisiert, wie die unbestimmte Fassung des § 106 StPO, der den Einspruch wegen Rechtsverletzung regelt. Der Autor fragt zu recht, ob die Gesetzesänderung zu einer Erhöhung des Rechtsschutzes oder aber zu einer Verschlechterung geführt hat. Ausführlich untersucht werden weiters die Möglichkeit der Opfer, die Fortführung eines von der Staatsanwaltschaft eingestellten Verfahrens zu beantragen, und die daraus für den Beschuldigten und den beteiligten Gerichtsbehörden resultierenden Konsequenzen.

*Mehr Rechtskultur statt „Zero Tolerance“* fordert *Alois Birklbauer* in seinem Beitrag, indem er anhand von aktuellen Strafprozessen kritisch ua zum Umgang mit der „Bedro-

hung“ durch den internationalen Terror, zur „Wunderwaffe“ DNA-Analyse, zur Unschuldsvermutung, zum Umgang mit sensiblen Daten durch PolitikerInnen, Stellung bezieht. Zur recht konstatiert er, dass *„die Tendenzen verstärkter sozialer Kontrolle durch die Mittel des Strafrechts in den vergangenen Jahren zugenommen [haben],“* was sich durch die Schaffung neuer Straftatbestände und Strafreaktionen, aber auch an der Opfergesetzgebung zeigt.

Strafprozessuales Neuland betreten hat der Schwurgerichtshof des Landesgerichts für Strafsachen Wien durch den Ausschluss der Angeklagten, die sich in einem Verfahren wegen des Verdachtes der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung weigerte, den Niqab abzunehmen. Ob Verschleierung ein „ungeziemendes Benehmen“ im Sinne des § 234 StPO ist und der Ausschluss zu recht erfolgt ist, untersucht *Eva Pentz*. Sie gelangt zum Ergebnis, dass die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses nicht nur aus strafprozessrechtlichen Gründen, sondern auch aus verfassungsrechtlichen Erwägungen mehr als fragwürdig ist.

Ebenfalls neu ist die Frage der Strafbarkeit der Teilnahme an so genannten Terrorcamps. *Alice Sadoghi* und *Barbara Starzer* nähern sich dieser Problematik – nach einer ausführlichen Einführung – anhand eines Fallbeispiels. Angesichtes der *„extensiven Ausdehnung feindstrafrechtlicher Normen im Zuge des war on terrorism“* warnen die Autorinnen vor einer ausufernden Gesetzgebung, *„da der Gesetzgeber sonst Gefahr läuft, ein Opfer seiner selbst zu werden.“*

Einen ersten Erfahrungsbericht zur Neuregelung der bedingten Entlassung und der seit 01.01.2008 bestehenden Möglichkeit des vorläufigen Absehens vom weiteren Vollzug nach der Verbüßung der Hälfte der Freiheitsstrafe für ausländische Strafgefangene, über die ein rechtskräftiges Aufenthaltsverbot verhängt wurde (§ 133a StVG) („Haftentlastungspaket“) liefert *Lukas Kollmann*. Seit Inkrafttreten des Gesetzes sank die Zahl der in Strafhaft befindlichen Personen um immerhin 10 %. Schon aus diesem Grunde würdigt er das Haftentlastungspaket als einen viel versprechenden Weg, um das Ziel einer besseren Gestaltung des Strafvollzuges zu erreichen.

**1. Probleme?**

Die Reform des strafprozessualen Vorverfahrens gilt als „Jahrhundertreform“. Auch eine solche Reform löst nicht alle Probleme, manchmal schafft sie auch neue, vorhergesehene und unvorhergesehene. Nehmen wir folgende Beispiele:

Erstens. Dass Gerichte Grundrechtseingriffe wie Festnahmen, Hausdurchsuchungen usw begründen müssen, gilt seit den Anfängen rechtsstaatlicher Prozessgesetze als selbstverständlich. Dass auch Staatsanwälte ihre darauf gerichteten Anträge zu begründen haben, ist eine sehr begrüßenswerte Neuerung. Aber wie nimmt die Praxis sie auf? Die Praxis sieht in der Neuerung vor allem eine Gelegenheit zur Arbeitersparnis. Der Richter verweist, wenn er das Zwangsmittel bewilligt, schlichtweg auf die Begründung des Antrags. Das Zwangsmittel wird durch den Antrag „begründet“, auf den die gerichtliche Entscheidung verweist.

Zweitens. Der Einspruch an das Gericht nach § 106 StPO kann von jedem erhoben werden, der im Ermittlungsverfahren durch Kriminalpolizei oder Staatsanwalt in einem subjektiven strafprozessualen Recht verletzt wurde, zB weil seinem Beweisantrag nicht entsprochen wurde (§ 55 Abs 4 StPO) oder die Polizei bei der Durchsuchung seiner Wohnung ein Chaos angerichtet hat (§ 5 Abs 2, § 121 Abs 3 StPO). Das Gesetz erklärt den Einspruch für unzulässig, soweit Kriminalpolizei und Staatsanwalt nur von einem gesetzlich eingeräumten Ermessen Gebrauch machen. Die Bedeutung dieser Einschränkung ist unklar.

Drittens. Das Opfer kann bei Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch den Staatsanwalt einen Fortführungsantrag an das OLG stellen, mittlerweile ein Fünftel des Aktenanfalls der OLG.<sup>1</sup> Die OLG stöhnen unter dem Neuanfall, sind aber zum Teil selbst schuld daran, weil sie die Anträge als Aufforderung zu einer umfassenden Prüfung der Einstellungsvoraussetzungen verstehen. Sie wollen wie ein Staatsanwalt das vorhandene Beweismaterial daraufhin prüfen, ob es nicht doch eine Anklage zulässt, mit bedenklichen Konsequenzen.

Alle drei Beispiele werfen Fragen auf, welche für das Verständnis des neuen Strafprozessrechts bedeutsam sind. Sie werden im Folgenden näher behandelt.

**2. Die Bewilligung von Zwangsmitteln und ihre Begründung**

Zwangsmittel von gewisser Eingriffsintensität darf der Staatsanwalt „aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung“ anordnen. Das betrifft die Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte;<sup>2</sup> die Durchsuchung von Orten und Gegenständen nach § 117 Z 2 lit b (Wohnungsdurchsuchung), von Personen nach § 117 Z 3 lit b StPO (Besichtigung des unbedeckten Körpers);<sup>3</sup> die körperliche Durchsuchung mit Ausnahme des Mundhöhlenabstrichs;<sup>4</sup> die molekulargenetische Untersuchung;<sup>5</sup> die Beschlagnahme von Briefen, die Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung sowie Überwachung von Nachrichten, die optische

und akustische Überwachung von Personen;<sup>6</sup> der automationsunterstützte Datenabgleich;<sup>7</sup> die Festnahme.<sup>8</sup> Das Gericht wiederum darf diese Zwangsmittel nur bewilligen, wenn ihm ein darauf gerichteter Antrag des Staatsanwalts mit einer Begründung vorliegt (§ 101 Abs 3, § 105 Abs 1 StPO). Die Begründung ist ein notwendiger Bestandteil des Antrags, wenn sie fehlt, ist der Antrag unzulässig.<sup>9</sup>

Die Pflicht zur Begründung von Zwangsmittelanträgen ergibt sich aus der unterschiedlichen Rollenverteilung von Rich-

# Probleme der Strafprozessreform

Andreas Venier

ter und Staatsanwalt. Das Gericht wird im Ermittlungsverfahren idR nur noch auf Antrag des Staatsanwalts tätig (§ 104 Abs 1, § 105 Abs 1 StPO), während für die Stoffsammlung Polizei und Staatsanwalt allein verantwortlich sind (§ 98 Abs 1 StPO). Im Unterschied zu ihnen und anders als der frühere Untersuchungsrichter hat der Richter keinen vollständigen Überblick über die Ermittlungen und das Beweismaterial, da er mit den Ermittlungen nur noch punktuell befasst ist. Ausnahmen wie § 105 Abs 2 letzter Satz StPO bestätigen diese Regel. Danach sind dem Richter nach Verhängung der Untersuchungshaft auf seine Anordnung hin auch weiter alle haftrelevanten Aktenstücke zu übermitteln, damit er laufend die Haftvoraussetzungen prüfen kann. Im Übrigen aber muss sich der Richter den nötigen Informationsstand von Mal zu Mal aufgrund der Unterlagen erarbeiten, die ihm der Staatsanwalt gemeinsam mit einem Antrag zukommen lässt. Dessen ungeachtet soll der Richter gerade über Zwangsmittelanträge rasch und vor allem richtig entscheiden. Das setzt voraus, dass man an solche Anträge auch inhaltliche Anforderungen stellt, die über bloße Phrasen und Gesetzeszitate hinausgehen. Das Gesetz verlangt eine Begründung (§ 101 Abs 3 erster Satz StPO), dh der Antrag muss erkennen lassen, aus welchen Tatsachen der Staatsanwalt die Voraussetzungen des beantragten Zwangsmittels ableitet.<sup>10</sup> So kann der Richter Anträge, für die nicht einmal der Staatsanwalt Tatsachen angeben kann, schon mangels Begründung zurückweisen.<sup>11</sup> Dass der Staatsanwalt seine Anträge konkretisieren muss, entbindet den Richter der oft zeitraubenden Aufgabe, selbst im Akt nach Tatsachen zu suchen, die für das Vorliegen der Zwangsmittelvoraussetzungen sprechen könnten. Die Begründung erleichtert aber nicht nur die Prüfung des Antrags, sie bewahrt den Richter auch davor, sich mit der Rolle des Staatsanwalts zu identifizieren,

1) Justizministerin Berger am 25.6.2008 auf dem 17. Forum der StaatsanwältInnen in Innsbruck.  
 2) § 116 Abs 3 StPO.  
 3) § 120 Abs 1 StPO.  
 4) § 123 Abs 3 StPO.

5) § 124 Abs 2 StPO.  
 6) § 137 Abs 1 StPO.  
 7) § 142 Abs 1 StPO.  
 8) § 171 Abs 1 StPO.  
 9) Bertel/Venier, Strafprozessrecht<sup>2</sup> (2008) Rz 205.

10) Das Gesetz (§ 102 Abs 2 Z 3 StPO) erwähnt das ausdrücklich nur für die Anordnung, für den Antrag versteht es sich von selbst. Bertel/Venier, Strafprozessrecht<sup>2</sup> (2008) Rz 22, 194.  
 11) Bertel/Venier, Strafprozessrecht<sup>2</sup> Rz 205.

indem er an dessen Stelle nach Gründen sucht, die das Zwangsmittel vielleicht doch berechtigt erscheinen lassen. Damit erfüllt die Begründungspflicht auch eine wesentliche Funktion des Anklageprinzips.<sup>12</sup>

Es ist also Aufgabe des Staatsanwalts zu sagen, worin die gesetzlichen Voraussetzungen des Zwangsmittels verwirklicht sind, Aufgabe des Richters zu prüfen, ob sie gegeben sind, wenn ja, aus welchen Gründen. Nun hat sich folgende Vorgangsweise eingebürgert: Der Staatsanwalt übermittelt dem Richter eine mit Gründen versehene „Anordnung“ zB der Festnahme. Darauf befindet sich ein Beschlussvordruck, welcher lautet: „Beschluss: Die Anordnung der Staatsanwaltschaft XY wird aus den in der Anordnung angeführten Gründen bewilligt. Die Durchführung ist bis zum .... befristet. Landesgericht XY, Abt .... am ....“ Der Richter füllt den Vordruck aus, unterschreibt ihn und schon ist das Zwangsmittel – genauer: seine Anordnung – „aus den in der Anordnung angeführten Gründen“ bewilligt. Diese Praxis weckt schwere Bedenken.

Erstaunlich ist zunächst, dass der Richter eine Anordnung bewilligt. Zugegeben, dem Gesetz ist die Bewilligung einer Anordnung nicht ganz fremd, allerdings nur in einem Ausnahmefall, der hier keine Rolle spielt: Der Staatsanwalt hat der Kriminalpolizei die körperliche Untersuchung wegen Gefahr im Verzug schon angeordnet, er muss daher „unverzüglich die gerichtliche Bewilligung einholen“ (§ 123 Abs 3 StPO). Sonst aber herrscht das Prinzip, dass der Staatsanwalt die Anordnung „auf Grund“ der richterlichen Bewilligung und nicht der Richter die Bewilligung auf Grund der Anordnung erlässt.<sup>13</sup> Wenn es genüge, dass der Staatsanwalt eine begründete Anordnung dem Richter zur Bewilligung vorlegt, bräuchte es keinen begründeten Antrag. Das Antragserfordernis für Zwangsmittel (§ 101 Abs 2, § 105 Abs 1 StPO) erklärt sich gerade aus dem Umstand, dass der Richter über den Antrag und nicht über die Anordnung zu entscheiden hat. Darüber lassen auch die Gesetzesmaterialien den Leser nicht im Zweifel.<sup>14</sup>

Freilich könnte man die Anordnung auch als konkludenten Antrag verstehen, das in der „Anordnung“ Angeordnete zu bewilligen; dann fallen Antrag und Anordnung zusammen und der Staatsanwalt braucht hinterher, nach Bewilligung des Zwangsmittels, nicht noch eine Anordnung zu erlassen. Aber korrekt ist diese Vorgangsweise nicht. Nach dem Gesetz darf der Richter – von § 123 Abs 3 StPO abgesehen – nur Anträge bewilligen und der Staatsanwalt Anordnungen nur auf Grund von Bewilligungen erlassen. Die Bezeichnung des Antrags als „Anordnung“ ist außerdem missverständlich. Zudem sind im Tenor der Anordnung auch Umstände erwähnt, die ein Antrag nicht enthalten muss und die den Richter auch nichts angehen, zB die Anweisung an die Polizei, den Staatsanwalt von der Festnahme unverzüglich zu verständigen; oder jene, dass mit der Durchführung der Anordnung eine bestimmte Polizeidienststelle beauftragt wird. Der richterliche Beschluss, die Anordnung werde bewilligt, bezieht sich formal auch auf solche Anweisungen, wodurch der Richter – gewollt oder ungewollt – in die Kompetenz des Staatsanwalts eingreift.

Doch viel bedenklicher ist der Umstand, dass der Richter zur Begründung seiner Entscheidung lediglich auf die Gründe der

Anordnung verweist. Ein wesentliches Element richterlicher Entscheidung ist die Begründung. Nach § 86 Abs 2 StPO muss der Richter in der Begründung des Beschlusses „die tatsächlichen Feststellungen und die rechtlichen Überlegungen ausführen“. Der bloße Verweis auf die Begründung im Antrag des Staatsanwalts ist schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kein „Ausführen“, er macht vielmehr deutlich, dass der Richter ein Ausführen für überflüssig hält, weil schon im Antrag „alles gesagt“ ist. Diese Vorgangsweise ist bequem, man kann auch sagen „ökonomisch“, aber nichtsdestoweniger äußerst bedenklich: Die Versuchung, einfach den Vordruck auszufüllen und zu unterschreiben, ist groß. Hat nicht schon der Staatsanwalt die Voraussetzungen des Zwangsmittels geprüft? Die Begründung zeigt es ja! Warum sich noch einmal die Mühe machen? Nur wenn der Richter den Antrag ablehnt, muss er eine Begründung verfassen. Die Ablehnung des Zwangsmittels verursacht also mehr Arbeit als seine Bewilligung. Eigentlich sollte es zum Schutz der Grundrechte umgekehrt sein.

Natürlich kann der Richter von der Berechtigung eines Antrags überzeugt sein, aber dann muss diese, seine Überzeugung auch in der Begründung ihren Niederschlag finden. Darum verlangt das Gesetz, der Richter müsse in der Begründung die tatsächlichen Feststellungen und die rechtlichen Überlegungen ausführen. Wer „ausführt“, zeigt, dass er die Unterlagen studiert und sich die Sache überlegt hat. Das Gesetz will jeden Anschein vermeiden, Richter würden sich Grundrechtseingriffe nicht sorgfältig überlegen. Doch diesen Eindruck muss man haben, wenn der Richter nur Beschlussvordrucke ausfüllt.

Damit ist auch ein weiteres Problem angesprochen: Der Richter ist zur Objektivität und Unparteilichkeit verpflichtet (§ 3 Abs 2 StPO). Die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit des Richters (§ 43 Abs 1 Z 3 StPO) muss auch in der Beschlussbegründung zum Ausdruck kommen.<sup>15</sup> Beschlussvordrucke sind nicht geeignet, diese Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit zu verdeutlichen, sie erwecken vielmehr den Eindruck, der Staatsanwalt gebe dem Richter vor, wie er zu entscheiden habe, der Richter brauche nur noch zu unterschreiben. Der Richter eine Marionette des Staatsanwalts?

### 3. Der Einspruch wegen Rechtsverletzung

Im Einspruch nach § 106 StPO macht der Betroffene Verletzungen seiner strafprozessualen Rechte durch Polizei oder Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren geltend. Eine solche Rechtsverletzung liegt nicht vor, wenn Polizei und Staatsanwalt nur von einem gesetzlich eingeräumten Ermessen Gebrauch machen (§ 106 Abs 1 letzter Satz StPO). Doch wann liegt die Gewährung von Verfahrensrechten oder die Anwendung von Zwangsmitteln im Ermessen der Polizei oder des Staatsanwalts? Ein Beispiel soll angeblich die Beschränkung der Akteneinsicht sein. Sie ist zulässig, wenn „besondere Umstände“ befürchten lassen, die Einsicht in bestimmte Aktenteile gefährde den Ermittlungszweck (§ 51 Abs 2 StPO). Gegen eine Beschränkung können sich die Betroffenen mit Einspruch wehren, aber wenn Polizei und Staatsanwalt die Gefährdung „zumindest aus guten Gründen“ für gegeben halten, sei der Einspruch ausgeschlossen.<sup>16</sup> „Gute Gründe“ können nur „besondere Umstände“ iSd

12) Bertel/Venier, Strafprozessrecht<sup>2</sup> Rz 22. 14) EriRV 25 BlgNR 22.GP 14 f, 135 f.

13) Venier, Strafprozessreform und Haftrecht, 15) Venier in Miklau-FS 610. in Miklau-FS (2006) 610.

16) Pilnacek/Pleischl, Das neue Vorverfahren (2005) Rz 435; E Fuchs, Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren, ÖJZ 2007, 898.

§ 51 Abs 2 StPO sein, und was sie bedeuten und ob sie im Zeitpunkt der Beschränkung wirklich vorlagen, muss doch wohl das Gericht entscheiden. Gerade daran zeigt sich, wie wenig Raum für ein Ermessen bleibt. Es braucht die richtige Auslegung eben auch der unbestimmten Rechtsbegriffe, um eine fehlerfreie Gesetzesanwendung zu gewährleisten.<sup>17</sup>

Andererseits wird die Meinung vertreten, das Gericht brauche nur eine Art Willkürprüfung durchzuführen<sup>18</sup> oder eine Rechtsverletzung nur anzunehmen, wenn „jedes Tatsachensubstrat“ für den Rechtseingriff fehle.<sup>19</sup> Solche Formulierungen erwecken den Eindruck, das Gericht müsse sich nur mit extremen, geradezu haarsträubenden Rechtsverletzungen befassen. Das würde den Anwendungsbereich des Einspruchs auf einige wenige Extremfälle beschränken. Das ist entschieden abzulehnen. Der Einspruch nach § 106 StPO ist als Ersatz für die Maßnahmenbeschwerde an die Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS) gedacht,<sup>20</sup> und in dieser können die Betroffenen auch Gesetzesverstöße geltend machen, die nicht geradezu auf Willkür hinauslaufen. Der Rechtsschutz durch die Gerichte kann nicht von geringerer Qualität sein als der durch die UVS.

Dabei fällt freilich schwer ins Gewicht, dass der siegreiche Einspruchswerber im Gegensatz zum siegreichen Beschwerdeführer keinen Kostenersatz erhält. Wenn die Polizei von sich aus eine Personendurchsuchung durchführt (§ 120 Abs 2 StPO), kann der Betroffene nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG Maßnahmenbeschwerde an den UVS erheben und, falls er damit durchdringt, die Kosten seines Anwalts dem Bund in Rechnung stellen.<sup>21</sup> Neuerdings soll der Betroffene – will man den Materialien glauben<sup>22</sup> – nur Einspruch an das Gericht erheben können, und das ohne Aussicht auf Ersatz der zur Durchsetzung seiner Rechte nötigen und angemessenen Vertretungskosten. So ist der Betroffene auch dann um die Kosten seines Anwalts geschädigt, wenn das Gericht seinem Einspruch stattgibt. Der fehlende Kostenersatz macht den Einspruch wenig attraktiv, zumal man nicht vorhersehen kann, wie die Gerichte den Ermessensvorbehalt des § 106 Abs 1 letzter Satz StPO interpretieren.

#### 4. Der Antrag auf Fortführung des Ermittlungsverfahrens

Wenn der Staatsanwalt das Verfahren eingestellt hat, kann das Opfer beim OLG die Fortführung des Ermittlungsverfahrens nach § 195 StPO beantragen. Der Opferbegriff des § 195 erfasst alle Personen, die an der Strafverfolgung ein rechtliches Interesse haben könnten.<sup>23</sup> Das ist eine ausgesprochen weite Opferdefinition, und der Staatsanwalt muss jedes dieser möglichen Opfer von der Einstellung und dem Recht eines Antrags nach § 195 StPO verständigen (§ 194 StPO). Manche Opfer lassen sich nur mit erheblichem Aufwand ausforschen, etwa die Opfer mutmaßlicher Seriendiebstähle. Auch Opfer mit Wohnsitz im Ausland müssen verständigt werden, obwohl sie am Verfahren oft wenig Interesse zeigen. Jedes Opfer, das nicht nachweislich und in einer ihm verständlichen Sprache von der Einstellung und

dem Recht auf Antragstellung nach § 195 verständigt wurde, ist berechtigt, die Fortführung des Verfahrens noch bis zu sechs Monate nach der Einstellung zu verlangen (§ 195 Abs 2 StPO). Wenn man das mit den Vorschriften vergleicht, nach denen etwa gesetzliche Vertreter Jugendlicher von wichtigen Verfahrenshandlungen informiert werden müssen, wird deutlich, welche Sonderstellung das Opfer genießt. Dem gesetzlichen Vertreter sind Entscheidungen nur bekannt zu machen, wenn er im Inland wohnt und die Justiz seinen Aufenthalt schon kennt (§ 38 Abs 2 JGG). Dem Gesetzgeber liegt offenbar mehr daran, mögliche Opfer zu verständigen, als die Erziehungsberechtigten jugendlicher Beschuldigter.

Der Beschuldigte hat ein Recht, dass sein Verfahren innerhalb angemessener Zeit abgeschlossen wird (§ 9 Abs 1 StPO). Die lange Antragsfrist des § 195 Abs 2 stellt dieses Recht in Frage, weil sie es ermöglicht, die Einstellung des Verfahrens selbst in Bagatellstrafsachen bis zu einem halben Jahr in Schwebe zu belassen. Besonders bei kleinen Delikten, deren Strafbarkeit innerhalb eines Jahres verjährt (§ 57 Abs 3 StGB), steht die Frist in keinem Verhältnis „zum Gewicht der Straftat“ (§ 5 Abs 1 StPO). Es ist auch nicht einzusehen, weshalb über Opferanträge das OLG und nicht das LG entscheiden soll. Über Anträge auf Einstellung des Verfahrens nach § 108 StPO entscheidet ja auch das LG, erst seine Entscheidung kann beim OLG angefochten werden. § 195 ermöglicht ein systemwidriges Überspringen einer Entscheidungsinstanz, ohne dass eine besondere Notwendigkeit dafür ersichtlich wäre.

Über § 195 StPO können auch Nichtgeschädigte oder nur marginal in ihren Rechten Betroffene das OLG mit Bagatellen befassen. Wenn zB der Staatsanwalt das Verfahren wegen Geringfügigkeit einstellt (§ 191 StPO), wenn er von der Verfolgung einzelner, für die Strafbemessung ohnehin kaum relevanter Taten absieht (§ 192 StPO), können die Opfer Fortführungsanträge stellen. Dass sich das OLG auch damit und ohne Zwischenschaltung des LG auseinandersetzen muss, ist nicht nur systemwidrig, sondern ein Anschlag auf die Verfahrensökonomie und den gesunden Menschenverstand.<sup>24</sup>

Das Opfer kann die Fortführung des Verfahrens aus zwei unterschiedlichen Anlässen begehren. Es kann zum einen seinen Antrag damit begründen, dass neue Tatsachen oder neue Beweismittel jetzt eine Bestrafung oder Diversion ermöglichen. Aus denselben Gründen könnte auch der Staatsanwalt das Verfahren fortsetzen (§ 193 Abs 2 Z 2 StPO). Das Opfer wird gleichsam für den Staatsanwalt initiativ, der das Verfahren auch wieder von sich aus fortführen kann (§ 195 Abs 2 StPO). Das Opfer kann zum anderen den Antrag darauf stützen, dass „die Voraussetzungen für eine Beendigung des Verfahrens nicht vorlagen“ (§ 195 Abs 1 StPO). Das kann bedeuten, der Staatsanwalt hat die in Frage kommenden Erkenntnisquellen noch nicht ausgeschöpft; es kann aber auch bedeuten, er hat die Ergebnisse dieser Recherchen nur nicht richtig gewürdigt, indem er daraus – nach Meinung des Antragstellers – falsche tatsächliche oder

17) *Venier*, Rechtsschutz im neuen Vorverfahren: Der Einspruch wegen Rechtsverletzung, 34. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2006) 69f; in diesem Sinn auch *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten der Strafprozessreform, JBl 2008, 417.

18) *E Fuchs* ÖJZ 2007, 898.

19) *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren Rz 435.

20) *ErIRV* 25 BlgNR 22. GP 143.

21) § 79a AVG.

22) *ErIRV* 25 BlgNR 22. GP 143; dagegen *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht<sup>2</sup> Rz 224; vgl auch

*Ennöckl*, JBl 2008, 416 f und die dort in FN 53 angegebene Literatur.

23) Das dürfte sich mit dem Opferbegriff des § 65 StPO decken.

24) *Venier*, Einstellung und Anklage im neuen Strafprozessrecht, ÖJZ 2007, 910.

rechtliche Schlüsse gezogen hat. Das Opfer will in diesem Fall eine Korrektur der Entscheidung des Staatsanwalts durch das OLG, ohne dass Tatsachen oder Beweise vorliegen, die der Staatsanwalt im Zeitpunkt der Einstellung noch nicht kennen oder noch nicht aufnehmen konnte, ohne dass er darum nach Art einer Wiederaufnahme das Verfahren von sich aus fortsetzen dürfte. Soweit aber der Antragsteller lediglich eine Überprüfung der Beweiswürdigung des Staatsanwalts oder eine Korrektur seiner Rechtsansicht anstrebt, begegnet der Antrag schweren Bedenken:

Der Staatsanwaltschaft ist eine vom Gericht unabhängige Justizbehörde (§ 1 StAG), der Staatsanwalt ein selbständiges „Organ der Gerichtsbarkeit“, das die „Ermittlungs- und Anklagefunktion“ wahrnimmt (Art 90a B-VG).<sup>25</sup> Damit nicht zu vereinbaren sind gerichtliche Entscheidungen, die dem Staatsanwalt die Anklage, in welcher Form auch immer, vorschreiben, weil dann nicht er, sondern das Gericht die Anklagefunktion ausübt. Wenn das OLG in seiner Entscheidung zum Ausdruck bringt, die Einstellung sei verfehlt, weil der Staatsanwalt die Beweise nicht richtig gewürdigt oder die maßgebliche Rechtsfrage nicht richtig gelöst habe, tut es der Sache nach genau das. Zweck einer solchen Entscheidung ist nicht etwa die Fortführung des Ermittlungsverfahrens – es gibt ja nichts mehr zu ermitteln –, sondern die Anklage. Dass daraufhin der Staatsanwalt „die Fortführung des Verfahrens anzuordnen“ hat, wie § 196 Abs 3 letzter Satz StPO bestimmt, zeigt andererseits, dass das OLG den Staatsanwalt doch nicht zur Anklage zwingen kann. Was aber soll die Entscheidung bewirken? Sie soll den Staatsanwalt „zum Nachdenken“ zwingen, wird behauptet. Womöglich hat sich der Staatsanwalt geirrt und erkennt jetzt seinen Irrtum. Was aber, wenn der Staatsanwalt von der Richtigkeit der Einstellung überzeugt ist, worüber soll er dann „nachdenken“? Wenn der Staatsanwalt in diesem Fall seiner Überzeugung treu bleibt und das Verfahren wieder einstellt, hat er das OLG, häufig auch Opferverbände und Medien gegen sich; wenn er jedoch anklagt, tut er dies nicht aus eigener Überzeugung, sondern weil es das OLG wünscht, dann ist er ein Werkzeug des OLG und keine von den Gerichten unabhängige Justizbehörde. Dieses Dilemma ist unerfreulich, weil es letztlich doch die selbständige Anklagefunktion des Staatsanwalts in Frage stellt.

Dem Anklagegrundsatz gemäß hat der Staatsanwalt für die „notwendigen Ermittlungen“ zu sorgen (§ 4 Abs 1 StPO), und nur zu solchen Ermittlungen kann das OLG den Staatsanwalt zwingen, nur insoweit macht die Fortführung des Ermittlungsverfahrens überhaupt Sinn. Die Fortführung des Ermittlungsverfahrens ohne Notwendigkeit weiterer Ermittlungen ist ein Widerspruch in sich. Das OLG kann den Staatsanwalt nicht zwingen, die Einstellung noch einmal zu überdenken, wenn es nicht auch weitere Ermittlungen für nötig hält. Die Verpflich-

tung des OLG, einem Fortführungsantrag stattzugeben, muss schon darum auf Fälle beschränkt bleiben, in denen der Staatsanwalt noch nicht alle Erkenntnisquellen ausgeschöpft hat, die vernünftigerweise in Betracht kommen: sei es, dass neue Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden; sei es, dass noch nicht alle relevanten Tatsachen und Beweismittel genutzt wurden, obwohl sie längst bekannt waren, zB aktenkundige Zeugen, die man noch nicht oder nicht zu allen erheblichen Umständen vernommen hat. Auch der Antragsgrund „die Voraussetzungen für eine Beendigung des Verfahrens lagen nicht vor“ (§ 195 Abs 1 StPO) will nicht bedeuten, dass sich das OLG über § 4 Abs 1 StPO hinwegsetzen darf. Soweit der Antragsteller nur die Würdigung des vorhandenen Beweismaterials durch den Staatsanwalt in Zweifel zieht, macht er keine Fehler geltend, die das OLG im Verfahren nach § 196 StPO aufgreifen kann.

Neuerdings wird in einem Erlass der Generalprokuratur<sup>26</sup> die Ansicht vertreten, das OLG dürfe immerhin prüfen, ob ein objektiver Beobachter „auf Grund aktenkundiger Beweisergebnisse“ die Beurteilung des Staatsanwalts „vernünftigerweise“ teilen könne, ob „erhebliche Zweifel“ an der Richtigkeit der Beweiswürdigung des Staatsanwalts vorlägen. Aber auch das setzt voraus, dass das OLG die Fortführung des Verfahrens anordnet, obwohl es nichts mehr zu ermitteln gibt, nur auf Grund von „erheblichen Zweifeln“ an der Beweiswürdigung des Staatsanwalts. Der Widerspruch zu § 4 Abs 1 StPO bleibt also, er wird nur auf Fälle beschränkt, in denen der Staatsanwalt – was immer das bedeuten mag – „den Rahmen und die Grenzen der freien Beweiswürdigung“ überschritten hat.

Nicht übersehen sollte man auch, dass das OLG der Beweiswürdigung und damit der Entscheidung des erkennenden Gerichts nicht vorgreifen darf (ausdrücklich für den Anklageeinspruch § 215 Abs 5 StPO). Entscheidungen, die zum Ausdruck bringen, die Verantwortung des Beschuldigten sei „widerlegt“, die subjektive Tatseite „erweislich“,<sup>27</sup> nehmen das Urteil vorweg und verstoßen damit auch gegen die Unschuldsvermutung des § 8 StPO.<sup>28</sup> Besonders unerfreulich ist, wenn das OLG die Beweiswürdigung des Einzelrichters vorwegnimmt und später als Berufungsgericht die Beweiswürdigung eben dieses Richters überprüft. Auch wenn nicht dieselben OLG-Richter entscheiden,<sup>29</sup> so ist es doch dasselbe OLG, und es hat sich schon auf eine bestimmte Beweiswürdigung festgelegt. Was kann ein Rechtsmittelwerber von einem solchen Rechtsmittelgericht erwarten?

*Ao. Univ.-Prof. Dr. Andreas Venier ist Professor am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Innsbruck; andreas.venier@uibk.ac.at*

25) Eingefügt durch BGBl I 2008/2.  
26) Gw 105/08m.

27) OLG Linz 7 Bs 34/08m.  
28) Bertel/Venier, Strafprozessrecht 2 Rz 41.

29) Hier ist eine Ausgeschlossenheit jedenfalls nach § 43 Abs 1 Z 3 StPO gegeben.



Der Umgang mit Kriminalität ist häufig ein Gradmesser für die Reife einer Gesellschaft. Dies zeigt sich auch darin, wie in spektakulären Kriminalfällen mit Grundsätzen des Strafverfahrens umgegangen wird. Gerade in Zeiten von Reformen, im Zuge derer die Kompetenzen der einzelnen handelnden Organe und die zulässigen Ermittlungsmethoden noch nicht hinreichend geklärt sind, zeigt sich eine vorhandene oder fehlende Rechtskultur am Umgang mit dem Neuen. Im Folgenden soll eine subjektiv getroffene Auswahl aktueller Kriminalfälle kritisch kommentiert werden. Dabei sollen die in Österreich vorhandene Rechtskultur und das kriminalpolitische Verständnis sichtbar werden.

**Der Umgang mit der „Bedrohung“ durch den internationalen Terror**

Die materiellen Strafgesetze haben ihre Verschärfung als Reaktion auf den islamistisch orientierten Terror am Anfang dieses Jahrtausends bereits hinter sich (siehe dazu die im Jahre 2002 eingefügten §§ 278b bis d StGB). Im Strafprozess glaubte der Gesetzgeber, mit den vorhandenen Instrumentarien das Auslangen zu finden. Da Österreich erfreulicher Weise kein unmittelbares Ziel terroristischer Aktivitäten ist, kam es erst heuer zum ersten Prozess, in dem das Ausreichen der vorhandenen **strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse** überprüft werden konnte. Dabei zeigte sich, dass keine Erweiterung der Eingriffsbefugnisse erforderlich ist, weil die vorhandenen seitens von Polizei und Justiz so verstanden werden, dass sie eine weitgehende Überwachung der Privatsphäre zulassen. So wurde etwa der Computer eines Verdächtigen durch heimliche Installation einer Software überwacht. Dadurch hatte – im Unterschied zu einer so genannten Online-Fahndung, im Zuge derer Verbindungs- und Inhaltsdaten eines Verdächtigen auf staatsanwaltliche Anordnung nach richterlicher Genehmigung vom Provider übermittelt werden müssen (vgl §§ 135, 137 ff StPO) – die Justiz zur Verdachtsermittlung nicht nur Zugang zu jenen Informationen, die über das World-Wide-Web zu Kommunikationszwecken transportiert werden, sondern auch über alle Notizen, die der User „offline“ zu ausschließlich privaten Zwecken vornimmt, von der Einkaufsliste über die „Tagebucheintragung“ bis zum nicht abgeschickten Entwurf eines Liebesbriefs. Dass es dafür keine gesetzliche Ermächtigung gibt, sieht man von der Möglichkeit der Sicherstellung und Beschlagnahme des Computers nach vorhandenem Verdacht (vgl §§ 110 ff StPO) ab, wurde von Innen- und Justizministerium stets in Abrede gestellt. Dennoch blieb ein Aufschrei gegen diese Praxis in der breiten Öffentlichkeit aus. Möglicherweise hatte die seitens der Justiz gezielt transportierte Botschaft, dass die Installation der Software im Rahmen der rechtlich geregelten und im konkreten Fall zulässigen Montage von Mikrofonen für einen großen Lauschangriff geschehen ist, Erfolg, denn wenn Mikrofone zur Überwachung der Privatsphäre eingesetzt werden dürften, dann gelte das wohl auch für eine Software, die die in den PC eingegebenen Daten überwacht und aufzeichnet. Das Argument, dass der Eingriff in die Privatsphäre bei einer solchen Überwachung bei weitem größer ist als bei der Überwachung der Telekommunikation oder des optischen/akustischen Verhaltens, weil sich der User bei geäußertem Inhalt im Zuge einer Kommunikation der möglichen (zulässigen oder unzulässigen) Überwachung bewusst

sein und die Informationen entsprechend filtern kann, während diese Filterüberlegungen bei einem Offline-Use nicht erforderlich sind, fand kaum Beachtung. Wozu auch: der/die anständige BürgerIn hat ja auch in seinen/ihren Gedanken nichts zu verbergen. Daraus folgt, dass schon verdächtig ist, wer sich kritisch gegen die Überwachung äußert. Bei einem solchen Verständnis ist es auch nicht entscheidend, ob ein Grundrechtseingriff rechtlich zulässig ist oder nicht, denn Grundrechte schützen ohnehin nur irgendwie verdächtige Personen ... Der Mangel an Rechts-

# Mehr Rechtskultur statt „Zero Tolerance“

Kritische Überlegungen zu aktuellen Straffällen und kriminalpolitischen Forderungen

Alois Birklbauer



kultur, der hinter solcher Argumentation steckt, ist evident, und dass mit einer solchen Einstellung der Weg für eine weitere Einschränkung der Privatsphäre bereitet ist, liegt auf der Hand.

Beim Prozess in der genannten Causa konnte sich der interessierte Beobachter auch ein (unrühmliches) Bild davon machen, wie die österreichische Strafjustiz mit bestimmten Verfahrensgrundsätzen bei Personen, die sich zu einer nicht mehrheitsfähigen Kultur bekennen, umgeht. Der Richter sprach dem gemeinen Volk aus der Seele, indem er bei einer Beschuldigten das **Tragen der Burka** nicht duldete und darin eine Missachtung des Gerichts sah. Wer sich nicht an die Regeln halte, könne sich auch nicht auf bestimmte Rechte (vor allem auf das Recht, dem Verfahren beizuwohnen, um sich entsprechend verteidigen zu können) berufen. Denn es müsse dem Gericht die Mimik der Beschuldigten erkennbar sein, um ihre Glaubwürdigkeit und den Wahrheitsgehalt ihrer Aussage beurteilen zu können. Dass kein Beschuldigter auf Grund des verfassungsrechtlich verankerten Nemo-tenetur-Grundsatzes (vgl Art 90 Abs 2 B-VG; Art 6 EMRK) verpflichtet ist, wahrheitsgemäß auszusagen, gilt für burkatragende Beschuldigte offenbar nicht! Die zentrale Verfahrensgrundsätze missachtende Entscheidung des Gerichts ist Ausdruck eines bestimmten Rechtsverständnisses bzw einer fehlenden Rechtskultur.

**Die DNA-Analyse als „Wunderwaffe“ kriminalistischer Aufklärung**

Dass Eingriffe in die Privatsphäre von so genannten „anständigen BürgerInnen“, die nichts zu befürchten haben, geduldet werden sollten, wurde auch noch in einem anderen spektakulären Kriminalfall dieses Jahres diskutiert. Anfang 2008 wurde ein niederösterreichischer Lokalpolitiker vergiftet, vermutlich durch in eine Praline injiziertes Strychnin. Sorgfältige Analysen

fürten dazu, dass die DNA des mutmaßlichen Verdächtigen extrahiert werden konnte. Jetzt galt es nur noch, nachdem der Abgleich mit der DNA-Datenbank des Innenministeriums erfolglos geblieben war, die der vorhandenen Spur entsprechende DNA des mutmaßlichen Täters, der vermutlich aus dem räumlichen Umfeld des Politikers kam, auf andere Weise zu finden. Es dauerte nicht lange, bis Forderungen nach **DNA-Massentests** auftauchten, die seit der mit 1.1.2008 in Kraft getretenen neuen StPO in engen Grenzen zulässig sind. Das Bild, dass alle männlichen Bewohner einer bestimmten Gegend zur (freiwilligen) Abgabe einer DNA-Probe aufgefordert werden, um den Kreis der Verdächtigen auf jene Bürger einzugrenzen, die (weil sie offenbar etwas zu verbergen haben) die Kooperation verweigern, tauchte in den Medien auf<sup>1</sup>. Erfreulicher Weise gab es in diesem Zusammenhang besonnene Zurückhaltung aus dem Justizministerium, indem die für solche Massentests im Gesetz relativ streng umschriebenen Voraussetzungen hervorgehoben und die Diskussion damit zu beenden versucht wurde<sup>2</sup>. Und nachdem nach nicht allzu langer Zeit ein Tatverdächtiger auf andere Weise ausgeforscht wurde, dem die vorhandene DNA-Spur zugeordnet werden konnte, war das Thema DNA-Massentest tatsächlich rasch von Tisch. Es fragt sich aber angesichts der in Österreich vorhandenen Rechtskultur, die immer wieder die anständigen BürgerInnen, die nichts zu verbergen hätten, ins Spiel bringt, wie lange der Versuchung eines DNA-Massentests noch widerstanden werden hätte können, wenn die Polizei weiterhin im Dunkeln getappt wäre. Vermutlich wäre es über kurz oder lang zu einer solchen Ermittlungsmaßnahme gekommen.

**Der Umgang mit der Unschuldsvermutung als Ausdruck fehlender Rechtskultur**

Einer der von der breiten Öffentlichkeit wohl am wenigsten beachteten Verfahrensgrundsätze ist die **Unschuldsvermutung** (Art 6 Abs 2 EMRK; § 8 StPO). Regelmäßig wird durch Medienberichte, die umfassend die Ergebnisse von Polizeiermittlungen bringen (zum Teil auch, um Solidarität mit dem Opfer hervorzuheben und den Hass auf den „Täter“ zu schüren), ein Verdächtiger bereits zum Schuldigen abgestempelt. Dabei wird subtil dem Leser der Schluss nahe gelegt, wozu es überhaupt noch eines Gerichtsverfahrens bedürfe, wenn ohnehin schon alles geklärt sei. Der Täter solle für seine Tat möglichst rasch und möglichst lange ins Gefängnis und dem Opfer solle man gefälligst seine Ruhe gönnen. Das Gerichtsverfahren schütze ohnehin nur den Täter über Gebühr und verhindere, dass die gerechte Strafe der Tat auf dem Fuß folge. Eine nicht verhängte Untersuchungshaft wird dabei häufig als Duldung von Kriminalität interpretiert, um bei den BeobachterInnen Ärger über die nicht funktionierende Justiz zu schüren. Vor allem PolitikerInnen konservativer Parteien zeichnen immer wieder dieses Bild.

Vor diesem Hintergrund war es in der jüngsten Vergangenheit erfreulich, dass in einem Verfahren gegen einen Politiker, der wegen falscher Beweisaussage vor einem Gericht (§ 288 StGB) zu einer beträchtlichen Freiheitsstrafe in erster Instanz verurteilt wurde, von seinen Parteifreunden, die sonst eher die Grundrechte

des Beschuldigten als „Täterrechte“ negativ abstempeln und meist auch kein Verständnis für eine nicht verhängte Untersuchungshaft aufbringen, sofort nach diesem Urteil die Bedeutung der Unschuldsvermutung hervorgehoben wurde, indem sie zu Recht betonten, dass die Schuld auf Grund des (wenn zunächst auch nur angekündigten) Rechtsmittels bis zur Entscheidung zweiter Instanz noch nicht feststehe (natürlich in Verbindung mit der Behauptung, dass die zweite Instanz gar nicht anders könne, als dieses politisch motivierte „Fehlurteil“ wieder aufzuheben). Freilich wurde in diesem Zusammenhang der Rechtsstaat gleich wieder diskreditiert, indem behauptet wurde, der entscheidende Richter hätte selbstverständlich auf Weisung der Justizministerin gehandelt, die einen ihrer politischen Gegner mundtot machen wolle. Eine weisungsfreie und unabhängige Justiz als Bestandteil einer funktionierenden Demokratie gebe es in Österreich nicht. Die dagegen protestierende Erklärung der richterlichen Standesvertretung wurde gleich vorweg dadurch diskreditiert, dass sich ein Politiker in einer Nachrichtensendung darüber wunderte, warum es so lange gedauert habe, bis die erwartete Reaktion der Standesvertretung gekommen sei. Nichtsdestotrotz war die Betonung der Unschuldsvermutung in dieser Causa eine Chance, die Bedeutung von Beschuldigtenrechten als Wesensmerkmal eines demokratischen Rechtsstaats zu betonen und sie auch für andere – weniger prominente Fälle – einzufordern.

Diese Chance wurde aber nicht ergriffen. Der Umgang derselben PolitikerInnen, die für ihren Parteikollegen die Unschuldsvermutung einmahnten, in anderen Fällen machte augenscheinlich, dass sie diesen Grundsatz nicht als Wesensmerkmal eines liberalen Rechtsstaats betonen wollen. Sie sei eben nur ein „Recht für alle anständigen BürgerInnen“, vornehmlich für solche österreichischer Herkunft. Denn wenn Asylwerber beschuldigt werden, eine Straftat begangen zu haben, werden sie samt ihren Angehörigen von den gleichen Politikern, die eben noch den Stellenwert der Unschuldsvermutung gepriesen haben, umgehend und in rechtswidriger Weise<sup>3</sup> in einen Bus gezerrt und aus dem eigenen Bundesland in ein anderes abgeschoben, Unschuldsvermutung hin oder her, denn „das Bundesland müsse sauber bleiben“. Auf die Prüfung der Vorwürfe durch die unabhängige Justiz kommt es bei solchen Menschen nicht an, denn da reicht bereits die Tatsache der Anzeige (!), um Menschen als kriminell abzustempeln. Und der diesbezügliche Aufschrei von PolitikerInnen anderer Parteien blieb weitgehend aus. Einzig darüber, dass sich ein Bundesland „seine Asylwerber“ gleichsam „aussucht“, stieß auf Unmut. Denn wo käme man da hin, dass sich die Guten das „paradiesische Kärnten“ aussucht während die Schlechten in Wien und Umgebung auf die Erledigung ihres Asylverfahrens warten müssen? Dass aber eine Anzeige keine gerichtliche Verurteilung und somit der Begriff „kriminelle Ausländer“ völlig unangebracht ist, wurde nicht ins Spiel gebracht, vielleicht aus Angst vor einem bevorstehenden Wahlkampf. Unabhängig von den vorhandenen Motiven handelt es sich in jedem Fall um ein Indiz für eine fehlende Rechtskultur.

1) So etwa im Kurier am 16.2.2008, <http://www.kurier.at/nachrichten/niederoesterreich/132063.php>.  
 2) Siehe etwa *Pilnacek* gegenüber den Salzburger Nachrichten vom 20.2.2008, [http://www.salzburg.com/sn/archiv\\_artikel.php?xm=3437178&res=0](http://www.salzburg.com/sn/archiv_artikel.php?xm=3437178&res=0).  
 3) Siehe dazu die unlängst vom UVS in einem ähnlichen Fall ergangene Entscheidung, die solche „Abschiebungen“ als Verstoß gegen das in Art 5 EMRK garantierte Grundrecht auf persönliche Freiheit wertete, <http://kaernten.orf.at/stories/302682/>.

### Die für Politiker gerechtfertigte Datenschutzverletzung

Als weiteres Beispiel für eine vorhandene oder fehlende Rechtskultur soll der Umgang mit sensiblen Daten durch PolitikerInnen und deren Verteidigungsstrategien bei Bekanntwerden von Datenschutzverletzungen angesprochen werden. Als in der zweiten Jahreshälfte 2007 eine gut integrierte Familie aus Österreich in den Kosovo abgeschoben werden sollte und sich zeigte, dass ein großer Teil der Bevölkerung sich mit der Familie zu solidarisieren begann, schritten Politiker zur Tat. Zum einen wurde versucht, die **Schuld an der überlangen Verfahrensdauer** der Familie zuzuschreiben: Hätte sie nicht sämtliche möglichen Rechtsmittel ausgeschöpft, wäre das Verfahren schon früher beendet gewesen und die Abschiebung hätte früher durchgeführt werden können. Wer „aussichtslose Rechtsmittel“ einlege, um dadurch das Verfahren zu verzögern, sei nicht schutzwürdig. Das hinter solchen Aussagen stehende Rechtsverständnis ist demokratiepolitisch bedenklich. Wenn es nicht mehr dem Gericht obliegt, über die Zulässigkeit und/oder den Inhalt eines Rechtsmittels zu entscheiden, sondern PolitikerInnen und Behörden von vornherein dessen Aussicht auf Erfolg beurteilen, um die Rechtsmittelwerber als Rechtsmissbraucher abzutun, steht die Unabhängigkeit der Justiz als eine Säule der Demokratie auf dem Prüfstand. Und dass im genannten Fall der Weg jener PolitikerInnen, die das Argument von aussichtslosen Rechtsmitteln dazu verwendeten, die ausländische Familie (und deren Rechtsvertreter) negativ abzustempeln, so wenig vehement in Frage gestellt wurde, stimmt insofern bedenklich.

Doch die negative Stigmatisierung von Rechtsmittelwerbern war in diesem Fall nicht das einzige Indiz für eine schlechte Rechtskultur. Der zweite Weg, mit dem versucht wurde, das Scheitern der Integration bei der genannten Familie nachzuweisen, war die **Veröffentlichung von kriminalpolizeilichen Daten durch PolitikerInnen**. Ein Kind der Familie wurde nach einer Auseinandersetzung in einer Diskothek angezeigt und vom Gericht verurteilt, wobei als Sanktion ein Schuldspruch ohne Strafe nach § 12 JGG verhängt wurde, was zeigt, dass es sich um eine Bagatelldat handelt, die – zur besseren Ermöglichung des Fortkommens des Verurteilten – jedenfalls der beschränkten Auskunft aus dem Strafregister obliegt (vgl § 6 Abs 2 TilgG). Durch diese Veröffentlichung wurde jedoch versucht, gleichsam in Form einer „Sippenhaftung“ die gesamte Familie zu kriminalisieren, um sich Rückhalt für deren Abschiebung in der breiten Bevölkerung gemäß dem Slogan zu holen, dass kriminelle Ausländer in Österreich nichts verloren hätten und abgeschoben werden müssten.

War schon dieses Vorgehen Ausdruck von fehlender Rechtskultur, setzten die **Rechtfertigungsstrategien**, als dieses Vorgehen parlamentarisch untersucht wurde und sich mögliche strafrechtliche Verantwortlichkeit von PolitikerInnen und Beamten wegen diverser Amtsdelikte (§§ 302 ff StGB) im Raum stand, der Causa die Krone auf<sup>4</sup>. Zum einen wurde behauptet, es handle sich bei der Bekanntgabe der ominösen Daten im konkreten Fall um keine Datenschutzverletzung, weil die geoffenbarten Daten ohnehin in der Gegend, in der die Familie wohnte, bekannt gewesen seien, und es insofern am **Geheimhaltungsinteresse**

für die Betroffenen **gefehlt** habe. Im Gegenteil habe die Veröffentlichung der Daten dem Schutz der Familie gedient, damit sie durch falsche Gerüchte nicht diskriminiert werde. Dass ein von PolitikerInnen präsentierter Strafregisterauszug kein geeigneter Schutz vor Diskriminierung ist, bedarf keiner weiteren Worte. Zum andern wurde als weitere Gegenstrategie der Schutz von PolitikerInnen gegen den der Familie ins Treffen geführt und argumentiert, die Datenschutzverletzung sei gerechtfertigt gewesen, damit sich das Innenministerium dadurch gegen die vorgeworfene fehlende Rechtfertigung der bevorstehenden und teilweise durchgeführten Abschiebung wehren konnte. Somit wurde suggeriert, es gäbe für PolitikerInnen einen eigenen Rechtfertigungsgrund der **„gerechtfertigten Imagepflege“**, der es erlaubt, dem Staat zur Verfügung stehende Daten zu nutzen, um das Verhalten von PolitikerInnen der Öffentlichkeit zu erklären. Das subjektive Recht des Betroffenen auf Schutz seiner personenbezogenen Daten bestehe dann nicht (mehr), wenn es zur Verteidigung der Politik erforderlich ist, diese bekannt zu machen. Dass ein solches Verständnis jeder Rechtskultur spotet, braucht nicht näher erörtert werden.

### Der Ruf nach strafrechtlicher Reaktion – im Namen der Opfer

Wie es um die Rechtskultur einer Gesellschaft bestellt ist, zeigt sich auch in den Versuchen, gesellschaftliche Konflikte mit Mitteln des Strafrechts zu lösen. Die Tendenzen verstärkter sozialer Kontrolle durch die Mittel des Strafrechts haben in den vergangenen Jahren zugenommen, und das nicht nur in Österreich. In Italien etwa trägt der Weg einer Politik der Zero-Tolerance, nachdem die neue Regierung Berlusconi den Gemeinden die Strafkompentenz für Ordnungsstörungen übertragen hatte, bereits kuriose Früchte, wenn etwa in Eboli intimes Küssen im Auto oder in Genua das Wandern mit einer Flasche Bier oder Wein durch die Gassen der Stadt mit Geldstrafe bis zu 500 Euro geahndet werden kann, und wer mit nacktem Oberkörper oder Bikini durch Venedig wandert eine Geldstrafe bis zu 1.000 Euro riskiert<sup>5</sup>. Solche extremen Versuche, in denen die Gesellschaft keinen Weg des verantwortlichen Miteinanders durch positive Vermittlung von Regeln versucht, sondern mehr und mehr auf die negative Strafkeule setzt, um ein bestimmtes Verhalten der Normunterworfenen zu erreichen, haben wir in Österreich erfreulicherweise noch nicht. Punitive Tendenzen zur Konfliktlösung sind jedoch deutlich wahrnehmbar. Dabei werden häufig Opferargumente eingesetzt, um diese Tendenz zu verschleiern.

Um nicht missverstanden zu werden, sei hervorgehoben, dass die punitiven Tendenzen vorwiegend bei der Schaffung neuer Straftatbestände und Strafreaktionen zu hinterfragen sind. Versuche, die **Rechtsstellung von Opfern im Verfahren zu stärken** (siehe dazu etwa die in §§ 65 ff StPO normierten Opferrechte), sind grundsätzlich zu begrüßen. Als positiv ist auch der Ausbau von Einrichtungen, die dem konkreten Opfer helfen sollen, seine Rechte im Verfahren und seine Ansprüche aus einer Straftat durchzusetzen, hervorzuheben. Freilich sind Opferrechte kritisch zu betrachten, wenn sie überwiegend dazu dienen, die Beschuldigtenrechte auszuhebeln oder den nach Prüfung des Verdachts durch Erledigung eingetretenen Rechtsfrieden

4) Siehe zu diesem Fall zB <http://www.falter.at/web/print/detail.php?id=738>. 5) Siehe dazu etwa <http://tt.com/tt/home/story.csp?cid=12986&sid=57&fid=21>.

über Gebühr zu hinterfragen. Dass das Opfer etwa nach einer Verfahrenseinstellung (§§ 190 ff StPO) das Recht hat, einen Antrag auf Verfahrensfortsetzung zu stellen, über den das Gericht entscheiden muss (§§ 195 ff StPO), ist in engen Grenzen sachlich zu rechtfertigen. Wenn sich allerdings, wie die Praxis zur neuen StPO zeigt, bestellte Opferanwälte stets dazu verpflichtet fühlen, aus Haftungsgründen unbedingt einen (mit keinen Kosten für das Opfer verbundenen) Antrag auf Verfahrensfortsetzung stellen zu müssen, geht es primär nicht mehr darum, dass das Opfer zu seinem Recht kommt, sondern es wird zum Spielball juristischer Eitelkeiten, möglicher Haftungsfragen und letztlich auch Opfer jener Menschen, die diese Instrumentarien zur Durchsetzung ihrer punitiven Grundhaltung missbrauchen. Als Folge einer solchen Praxis werden die Gerichte mit zahlreichen Strafverfahren in Bagatellangelegenheiten zugeschnitten, für das Wesentliche bleibt zu wenig Zeit und letztlich leidet darunter die Qualität des Rechtsstaats.

Die punitive Grundhaltung kommt schließlich auch in Versuchen zum Ausdruck, im materiellen Strafrecht die potentiellen Opfer durch die **Einführung neuer Tatbestände** – vorwiegend im unteren Kriminalitätsbereich – besser zu schützen anstatt auf präventive Konfliktvermeidung oder andere Konfliktlösungsstrategien zu setzen. Dies zeigt sich etwa am im Jahre 2006 eingefügten Tatbestand der beharrlichen Verfolgung („Stalking“; § 107a StGB). Es steht außer Frage, dass es strafwürdige Fälle von Stalking gibt, die auf Grund der Intensität der Betroffenheit des Opfers und des mitunter „fehlenden Unrechtsbewusstseins“ des mutmaßlichen Täters keiner konstruktiven Lösung zugänglich sind, wodurch als gleichsam letztes Mittel das Strafrecht herhalten muss. Die relativ unbestimmte Formulierung des konkreten Gesetzestextes führt aber dazu, dass zu einem großen Teil auch versucht wird, auf Bagatellkonflikte mit den Mitteln des Strafrechts zu reagieren. Darauf deuten auch die kriminalstatistischen Angaben zur Praxis der Strafverfolgungsbehörden bei diesem Delikt. Wenn von den in den ersten beiden Jahren der Geltung dieses Gesetzes ca. 3.300 erledigten Fällen wegen § 107a StGB etwa ein Fünftel mit einer Belastung für den Beschuldigten (Verurteilung oder Diversion) endete<sup>6</sup>, ist dieser Anteil gegenüber den Anzeigen relativ gering. Daraus lässt sich schließen, dass bei diesem Delikt relativ häufig angezeigt und eine strafrechtliche Erledigung gesucht wird, also die Schaffung der Norm den Tendenzen in der Gesellschaft entsprach. Freilich kann aus dem relativ geringen Anteil belastender Erledigung auch der Schluss gezogen werden, dass die Praxis Augenmaß wahrt und keineswegs leichtfertig verurteilt. Die absolute Zahl von mehr als 600 belastenden Erledigungen zeigt aber auch, dass ein beträchtlicher Teil von Personen, deren Verhalten vorher nicht justiziell sanktioniert wurde, plötzlich verurteilt bzw. diversionell belastet wird. Die Fanggründe für das Netz der Justiz wurden ausgeweitet und die Justiz ist bereit, in diesen

neuen Fanggründen zu fischen. Es bleibt ihr auch nicht viel Anderes übrig als die vorgegebene kriminalpolitische Richtung weiterzugehen.

### Zusammenfassung und subjektive Schlussfolgerungen

Die dargestellten Beispiele werfen insgesamt kein gutes Bild auf die in Österreich herrschende Rechtskultur. Justiz und Polizei überschreiten bei Eingriffen in die geschützte Privatsphäre den gesetzlich abgesteckten Rahmen, ohne dass es seitens der kritischen Öffentlichkeit zu einem deutlich wahrnehmbaren Aufschrei kommt. Weitgehend wird die Devise von den „anständigen BürgerInnen, die nichts zu befürchten haben“ propagiert, die KritikerInnen verdächtig macht und offenbar deren Stillhalten bewirkt. Zentrale Verfahrensgrundrechte wie die Unschuldsvermutung werden nur für die „Guten und Anständigen“ betont, während die vermeintlich „Bösen“ bereits auf Grund einer Anzeige als kriminell eingestuft und in ein anderes Bundesland „abgeschoben“ werden. Letztlich müssen die „Interessen der Opfer“ erhalten, um eine punitiv orientierte Kriminalpolitik zu rechtfertigen, wie es zB der Slogan: „Wir schützen Opfer, nicht Täter. Volle Härte bei Kindesmissbrauch“<sup>7</sup> von einer Partei der Mitte offenbart, die von sich selbst behauptet, an den christlichen Grundwerten orientiert zu sein. Und bedenklich stimmt in diesem Zusammenhang besonders, dass nicht nur konservative Parteien in einem Weg verstärkter strafrechtlichen Kontrolle die Lösung für gesellschaftliche Konflikte sehen, sondern mehr und mehr auch VertreterInnen von Parteien links der Mitte in den Chor der Befürworter einer restriktiven Kriminalpolitik einstimmen.

Und genau in diesem Befund liegt der Wunsch und die Aufforderung, diesen Strömungen entgegenzusteuern. Die Forderung nach (Rückkehr zu) einer konstruktiven und rational orientierten Kriminalpolitik ist ständig aufs Neue zu erheben. Bei allem Verständnis für die Bedürfnisse der Opfer ist es unseriös, ihre Verletzungen mit einer Beschneidung der Beschuldigtenrechte aufzuwiegen und die Beschuldigten zu Verfahrensobjekten zu degradieren. Eingriffe in die Privatsphäre braucht nicht nur zu befürchten, wer etwas zu verbergen hat, sondern es gehört zum Wesen einer Persönlichkeit, einen Freiraum zu haben, der keinen Anderen etwas angeht. Je stärker wir dieses Grundrecht betonen, desto mehr wird es auch wieder in das Bewusstsein unserer Gesellschaft dringen. Und schließlich kann das Strafrecht nur das allerletzte Mittel sein, gesellschaftliche Konflikte zu lösen. Daran geht eine Politik der Zero-Tolerance meilenweit vorbei.

*Mag. Dr. Alois Birklbauer ist  
Assistenzprofessor am Institut für  
Strafrechtswissenschaften der Universität Linz;  
Alois.Birklbauer@jku.at*

6) Siehe dazu die parlamentarische Anfragebeantwortung von BM Berger, [http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIII/AB/AB\\_02481/imfname\\_099447.pdf](http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIII/AB/AB_02481/imfname_099447.pdf).

7) So etwa der Text auf einem aktuellen Wahlplakat der ÖVP.

**1. Hintergrund**

Ein im März 2008 am Wiener Straflandesgericht stattfindender Prozess löste in mehrfacher Hinsicht juristische Kontroversen aus – nicht nur, weil die Anklage auf Mitgliedschaft in „*einer terroristischen Vereinigung, nämlich der AL-QAIDA bzw anderen international tätigen radikal-islamischen Terrornetzwerken*“<sup>1</sup> lautete und somit der 2002 eingeführte § 278b StGB<sup>2</sup> zum ersten Mal zur Anwendung kam, oder wegen des erstmaligen Einsatzes neuer Überwachungsmethoden, deren rechtliche Deckung zumindest kritisch zu hinterfragen ist. Bereits im Vorfeld des Prozesses wurde bekannt, dass die Angeklagte Mona S., eine 21-jährige österreichische Staatsbürgerin muslimischen Glaubens, beabsichtigte verschleiert vor Gericht zu erscheinen. Der *Niqab*<sup>3</sup> vor Gericht: Dies stellte ein Novum für die österreichische Strafgerichtsbarkeit dar, und war damit Auslöser einer juristischen Diskussion über den Umgang des Rechtsstaats mit gesichtsbedeckender Verschleierung von Frauen, die in anderen europäischen Ländern bereits seit geraumer Zeit – und mit sehr heterogenem Ergebnis – geführt wird.<sup>4</sup>

Doch zunächst zum konkreten Fall. „*Wer ist die verummte Person da? Ist das etwa die Zweitangeklagte?*“ – anlässlich dieser Worte, mit denen der vorsitzende Richter des Straflandesgerichts den Prozess eröffnete, ließ sich die Entscheidung des Schwurgerichtshofs zur Zulässigkeit der Verschleierung der Angeklagten bereits erahnen. Nach mehrmaliger Aufforderung seitens des Vorsitzenden, zumindest den Gesichtsschleier abzunehmen (ua unter Verweis auf die fehlende Grundlage im Koran und mit den Worten „*Dies ist kein Gottesstaat, auch wenn Sie sich das vielleicht wünschen würden!*“), schloss der Schwurgerichtshof die Angeklagte schließlich vom Verfahren aus. Als Begründung wurde im Beschluss angeführt, dass das Auftreten der Angeklagten „*im Zustand völliger Vermummung*“ nicht nur die „*Identitätsfeststellung und die Glaubwürdigkeitsbeurteilung durch die Geschworenen*“ erschwere, sondern vor allem eine Missachtung des Gerichts durch „*unpassende Kleidung*“ darstelle und daher mit Ausschluss zu sanktionieren sei.<sup>5</sup>

**2. „Ungeziemendes Benehmen“ im Strafprozess**

Die österreichische Strafprozessordnung (StPO) enthält keine Norm, die Angeklagten vor Gericht eine Gesichtsverhüllung ausdrücklich verbieten würde. Dies steht im Gegensatz zu ZeugInnen, deren Mienenspiel (auch bei anonymen Aussagen) immer klar erkenntlich bleiben muss (§ 162 StPO).<sup>6</sup>

Der Schwurgerichtshof schloss die Angeklagte im konkreten Fall aber dennoch vom Verfahren aus, und zwar als Sanktionierung eines „*ungeziemenden Benehmens*“. Gemäß § 233 StPO hat der Vorsitzende für die Erhaltung der „*Ruhe, Ordnung und des der Würde des Gerichts entsprechenden Anstandes im Gerichtssaal*“ zu sorgen. Stört einE AngeklagteR die Verhandlung trotz Ermahnung durch ungeziemendes Benehmen, kann er/sie aus dem Verfahren auf einige Zeit oder auf Dauer ausgeschlossen werden. Die Verhandlung wird *in absentia* fortgesetzt und das Urteil durch ein Mitglied des Schwurgerichtshofs verkündet (§ 234 StPO). Unter „*ungeziemendem Benehmen*“ werden gewöhnlich Beschimpfungen,

# Verschleierung: ein „ungeziemendes Benehmen“?

Der Umgang der österreichischen Justiz mit einer verschleierten Angeklagten

Eva Pentz

Zeichen des Beifalls oder der Missbilligung, störender Lärm oder Herumschreien im Gerichtssaal verstanden – wie zum Beispiel im Fall des Briefbombenattentäters Franz Fuchs, der die Verhandlung durch ständiges Schreien boykottierte.<sup>7</sup> Auch die Kleidung des/der Angeklagten kann eine Missachtung des Anstands des Gerichts darstellen<sup>8</sup> – der Gesetzgeber zielte mit dieser Bestimmung aber wohl eher auf Badekleidung ab als auf religiös begründete Kleidungswahl.

Die Angeklagte selbst brachte vor, den *Niqab* seit Jahren aus religiöser Pflicht zu tragen, dies sei ihr im Koran so vorgeschrieben. Sie berief sich explizit auf ihr Recht auf Glaubensfreiheit, der Schwurgerichtshof verneinte aber das

1) Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Wien gegen Mohamed M. und Mona S., 20.12.2007.

2) Strafrechtsänderungsgesetz 2002, BGBl I 134/2002.

3) Der *Niqab* ist ein Schleier, der lediglich die Augen frei lässt.

4) Vgl zB *Loenen*, Kopftuch ja, Burka nein? Gedanken zur Beschränkung der Glaubensfreiheit in Bezug auf den gesichtsbedeckenden Schleier, in: *Arioli/Cottier/Farahmand/Küng*, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? (2008) 321-332.


5) Beschluss des Schwurgerichtshofs vom 3.3.2008 gemäß § 234 StPO.

6) § 162 (früher § 166) StPO wurde in Folge der *Operation Spring*-Prozesse eingeführt, bei denen vollverummte Zeugen die Angeklagten schwer belasteten (BGBl I 2004/19).

7) Vgl zB Ö1: Vier Jahre Bombenterror: Das war Franz Fuchs <http://oe1.orf.at/inforadio/81593.html?filter=> (4.8.2008).

8) *Danek* in *Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur StPO (2004) § 233 Rz 2.

Schwer mangelhafte polizeiliche Video- und Audioaufnahmen.  
Anonyme Zeugen.  
Ein einziger Dolmetscher. Ebenfalls anonym.  
Mehr als hundert Menschen afrikanischer Herkunft jahrelang in Untersuchungshaft und schließlich verurteilt wegen des Vorwurfs „nicht mehr feststellbare Mengen an Drogen an unbekanntem Orten zu unbekannter Zeit an unbekannte Personen“ verkauft zu haben.



**OPERATION SPRING**  
Den preisgekrönten Film über den ersten „großen Lauschangriff“ und die skandalösen gerichtlichen Folgen gibt es jetzt als DVD zu jedem neuen juridikum Jahresabo für einen Aufpreis von nur € 3,-  
Zum Anschauen, Wiederanschauen, Weiterschenken.

bestellen@voe.at



Vorliegen eines diesbezüglichen Rechtfertigungsgrunds: Im Gegensatz zu Mafia-Prozessen oder ansteckenden Krankheiten, bei denen eine Vermummung durch akute Lebensgefahr gerechtfertigt sein könne, habe Mona S. lediglich „ideologische oder religiöse Argumente vorgebracht [...], die allenfalls auch noch auf einer individuellen, allgemein nicht anerkannten Auslegung religiöser Texte“ beruhen. Weiter führte der Schwurgerichtshof aus, dass „[d]as Tragen einer Gesichtsverschleierung [...] KEIN allgemein anerkanntes Gebot für eine Muslima“ sei. Beharre die Angeklagte dennoch auf dieser „(vorgebliche[n]) religiöse[n] Vorschrift“, setze sie diese nur „als Demonstrationsmittel gegen die von ihr offenbar abgelehnte westliche Gesellschaftsordnung“ ein. Die Sanktion verletze daher das Grundrecht auf Glaubensfreiheit nicht, „da ja nicht der Glaube an sich, sondern nur das (vorgeblich) glaubenskonforme Verhalten in einer bestimmten Situation betroffen“<sup>9</sup> sei.

Auch der OGH erkannte keine rechtfertigende religiöse Verpflichtung. Er bestätigte in seinem kürzlich ergangenen Urteil<sup>10</sup> den Beschluss des Schwurgerichtshofs. Der Abschluss der Angeklagten aufgrund ihres „ungeziemenden Benehmens“ sei „im Sinn der Strafprozessordnung“ gewesen. „Mit Religionsfreiheit hat das überhaupt nichts zu tun“, so der OGH-Sprecher.<sup>11</sup>

**3. Interpretationshoheit, Religionsfreiheit und fair trial**

Nach Ansicht des Schwurgerichtshofs nutzte die Angeklagte den *Niqab* als politisches Symbol um ihre ideologischen Überzeugungen und damit implizit ihre Ablehnung der „westlichen Gesellschaftsordnung“ und damit auch des Gerichts zum Ausdruck zu bringen. Eine objektiv oder subjektiv bestehende religiöse Verpflichtung zur Verschleierung sei keinesfalls gegeben.

Wodurch der Schwurgerichtshof jedoch qualifiziert ist, eine Auslegung des Korans vorzunehmen und eine religiöse Verschleierungspflicht klar zu verneinen, ist nicht ersichtlich. Immerhin ist eine diesbezügliche Pflicht auch in Fachkreisen umstritten. Zusätzlich ist festzuhalten, dass nicht nur die innere Religionsfreiheit, sondern auch die Ausübung von Religion von Art 9 EMRK (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) geschützt ist. Darunter fällt neben Gottesdienst und Unterricht die „Beachtung religiöser Gebräuche“ (Art 9 Abs 1 EMRK), die alltägliche Erscheinungsformen der Religionsausübung umfasst – so auch das Tragen von bestimmter Kleidung oder Bartracht oder das Befolgen von Speisegeboten.<sup>12</sup> Es ist in dieser Hinsicht unerheblich, dass die Mehrheit der Musliminnen in Österreich keinen *Niqab* trägt; in welcher Form der/die Einzelne seinen/ihren Glau-

9) Zitate aus dem Beschluss des Schwurgerichtshofs vom 3.3.2008. 10) OGH 27.8.2008, 13 Os 83/08t. Mona S.' Schuldpruch wurde aufgehoben, das ausgefertigte Urteil liegt zZ noch nicht vor. 11) Beides OGH-Mediensprecher Kirchner, <http://www.kurier.at/nachrichten/wien/193906.php> (31.8.2008). 12) Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2008) 243f.

ben ausüben will bleibt ihm/ihr überlassen. Erforderlich ist vielmehr, dass die betreffende Religion in der Handlung deutlich zum Ausdruck kommt. Das Verbot, einen *Niqab* während einer Gerichtsverhandlung zu tragen, und der daraufhin folgende Ausschluss vom Verfahren stellen einen Eingriff in das durch Art 9 EMRK gewährleistete Recht dar.<sup>13</sup> Unter den Voraussetzungen des Art 9 Abs 2 EMRK wäre ein solcher jedoch gerechtfertigt. Doch selbst wenn man aber die Anwendbarkeit des § 234 StPO auf den konkreten Fall bejaht, ist fraglich, inwiefern dieser Eingriff ein legitimes Ziel wie zB den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verfolgt, in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und angesichts der drastischen Beschränkung der Verteidigungsrechte verhältnismäßig ist.

Der Verweis des Gerichts auf den Grundsatz der Öffentlichkeit zur Begründung der notwendigen Ersichtlichkeit von Mimik und Gestik der Angeklagten bei Glaubwürdigkeitsbeurteilung erscheint ebenfalls fraglich. Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist zwar essentieller Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren (Art 6 EMRK) und garantiert den Parteien und Beteiligten am Prozess wie auch der breiten Öffentlichkeit den Zugang zu Verhandlungen, sowie eine öffentliche Verkündung des Urteils.<sup>14</sup> Er beinhaltet jedoch keine Pflicht des/der Angeklagten, das Gesicht zeigen zu müssen. Schließlich ist eine Vielzahl von Konstellationen denkbar, in denen die Mimik eines/r Angeklagten nicht zur Glaubwürdigkeitsbeurteilung herangezogen werden kann, so zum Beispiel wenn ein Gesicht durch Unfall entstellt oder aus anderen Gründen gelähmt ist. In diesen Fällen würde ein Ausschluss aufgrund mangelnder Beurteilbarkeit der Mimik nicht in Frage kommen. Des Weiteren sei darauf hingewiesen, dass unter anderem in Deutschland auch Blinde das RichterInnenamt ausüben, obwohl ihnen die Mimik der Angeklagten zur Glaubwürdigkeitsbeurteilung auch nicht zugänglich ist.<sup>15</sup>

Gemäß Art 6 EMRK darf der/die Beschuldigte im Verfahren außerdem nicht gezwungen werden sich selbst zu belasten, die Wahrheit oder überhaupt auszusagen („Recht zu schweigen“).<sup>16</sup> Ebenso wird ihm/ihr aber nicht verboten Strafbarkeit begründende Aussagen zu tätigen oder möglicherweise negativ in die Beurteilung einfließende Verhalten zu setzen. Es bleibt der angeklagten Person freigestellt, ihre Kommunikations- und Verhaltensweise vor Gericht zu wählen. Diese unterliegt sodann der freien Beweiswürdigung des Gerichts. Im konkreten Fall wäre der *Niqab* von Mona S. vielleicht tatsächlich von den Geschworenen (wie bereits

vom Schwurgericht) mit einer negativen Konnotation belegt und in die Überlegungen zum Schuldspruch einbezogen worden. Sie hätten zuvor jedoch die Möglichkeit gehabt ihre Aussagen zu hören. In die Begründung des Urteils ist die Weigerung der Angeklagten, den *Niqab* abzunehmen jedenfalls eingeflossen – daran sei nämlich ersichtlich, dass sie eine „fanatische Überzeugungstäterin“<sup>17</sup> sei.

#### 4. Conclusio

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass mangels eindeutiger strafprozessrechtlicher Grundlage und angesichts der verfassungsrechtlich bedenklichen, geradezu „*lausigen*“<sup>18</sup> Begründung des Schwurgerichtshofs im konkreten Fall die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses der angeklagten Mona S. mehr als fraglich ist. Auch die Feststellung des OGH, die Religionsfreiheit sei hier nicht betroffen, ist kritisch zu hinterfragen.

Das Auftreten ähnlich gelagerter Fälle wird in Zukunft mit Sicherheit nicht ausbleiben, die Entscheidung im Einzelfall liegt derzeit mangels konkreter gesetzlicher Vorgaben im Ermessensspielraum des zuständigen Gerichts. Nicht in jedem Fall würde es wohl im Ergebnis zu einem Ausschluss der Angeklagten kommen – gerade wenn es sich um ideologisch weniger aufgeladene Fälle handelt, wie zum Beispiel bei einer Burka tragenden Ladendiebin. Entschließt sich der Gesetzgeber aber in der Zukunft zu einer rechtlichen Regelung, muss er sich dessen bewusst sein, dass es sich letztlich – mangels zwingender (strafprozess-)rechtlicher Argumente – um eine kulturelle, politische Entscheidung handelt, deren Auswirkung sich nicht nur auf den Gerichtssaal beschränken wird.

In konkreten Fall wollte das betreffende Gericht offenbar ein Exempel statuieren, der OGH hat dieses bestätigt. Es bleibt abzuwarten, wie das nächste damit befasste erstinstanzliche Strafgericht mit der Verschleierung von Mona S. umgeht bzw. einen etwaigen Ausschluss begründet. Der Verteidiger kündigte bereits an, den Fall vor den EGMR bringen zu wollen.

*Mag.<sup>a</sup> Eva Pentz ist Juristin und verfasst derzeit ihre Dissertation. Sie ist eine der AutorInnen des Buches „'Dies ist kein Gottesstaat!' Terrorismus und Rechtsstaat am Beispiel des Prozesses gegen Mohamed M. und Mona S.“, das Anfang Oktober im Passagen Verlag erscheint; epentz@gmx.at*

13) Vgl EGMR 15.2.2001, *Dahlab vs Schweiz*, 42393/98.

14) *Grabenwarter*, Menschenrechtskonvention (2008) 347ff.

15) Auch in Österreich rechtlich zulässig (Bundes-Behindertengleichstellungsbegleitgesetz BGBl I 2006/90), faktisch gibt es noch keine blinden RichterInnen.

16) *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (2007) 435ff.

17) LG für Strafsachen Wien 12.3.2008, 443 Hv 1/08h.

18) Univ.-Prof. Bernd-Christian Funk in der Podiumsdiskussion „Die Burka vor Gericht“ (10.4.2008), Mitschnitt <http://sendungsarchiv.o94.at/get.php?id=094pr2332> (4.8.2008).

1. Einführung in die Thematik

1.1. Terrorismus – Versuch einer Begriffsbestimmung

Terrorismus ist zurzeit der Kampfbegriff par excellence.<sup>1</sup> Der Terminus (lat *terror*, dh Furcht, Schrecken) ist dabei umstritten.<sup>2</sup> Trotz zahlreicher Versuche<sup>3</sup> konnte bis heute keine internationale Definition gefunden werden, hängt doch die Begriffsbestimmung nicht zuletzt von der politischen Gesinnung ab.<sup>4</sup>

Für die Zwecke des Rahmenbeschlusses des Rates der EU zur Terrorismusbekämpfung<sup>5</sup> wurde 2002 auf europäischer Ebene eine Definition der terroristischen Handlung vorgenommen, die Einzug in die Umschreibung des erweiterten Vorsatzes in § 278c,<sup>6</sup> der die terroristischen Straftaten im österreichischen Strafrecht normiert, fand.

1.2. Legislative Entwicklungen zur Bekämpfung des Terrorismus

Die Anschläge vom 11. September 2001 haben in jüngster Zeit zu einer Flut von Anti-Terror-Gesetzen geführt.

Der *US Patriot Act* wurde bereits im Oktober 2001 im Zuge des *war on terrorism* verabschiedet und enthält neben grundrechtsbeschränkenden Maßnahmen zur intensiveren polizeilichen Überwachung<sup>7</sup> auch Restriktionen für den Reiseverkehr.<sup>8</sup>

Auf Ebene der Staatengemeinschaft verabschiedete der *Weltsicherheitsrat* 2001 die *Resolution 1373*.<sup>9</sup> Die darin enthaltenen Bestimmungen beziehen sich auf die Vorbeugung und Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung, die Pönalisierung terroristischer Akte sowie die internationale Zusammenarbeit und Umsetzung der Anti-Terror-Abkommen. Zusammen mit den zwölf Anti-Terror-Konventionen und Protokollen der UN bildet diese Resolution den internationalen „Corpus iuris“ der Terrorbekämpfung.<sup>10</sup>

Die europäische Staatengemeinschaft beschloss einen *Aktionsplan* zur Bekämpfung des Terrorismus. Dieser beinhaltet ebenso die Erstellung einer Liste terroristischer Gruppierungen.<sup>11</sup>

In Österreich werden die in der StPO normierten Ermittlungsmethoden wie der Späh- und Lauschangriff<sup>12</sup> oder die Rasterfahndung,<sup>13</sup> die 1997<sup>14</sup> zur Bekämpfung organisierter Kriminalität geschaffen wurden, auch zur Terror-Abwehr an-

gewandt. Darüber hinaus stehen zurzeit Maßnahmen wie die Vorratsdatenspeicherung<sup>15</sup> oder die Verwendung sog Bundes-trojaner als Spyprogramm für private PCs vor der legislatischen Umsetzung.

1.3. Neuere Ansätze aus Deutschland

Neben den bestehenden rechtlichen Reaktionsmechanismen werden gegenwärtig weitere Schritte zur Terrorismusbekämpfung diskutiert.<sup>16</sup> Diese gehen auf die Terrorismusprä-

# Zur Strafbarkeit der Teilnahme an Terrorcamps

Ein Beitrag zum Feindstrafrecht

Alice Sadoghi/Barbara Starzer

ventionskonvention des Europarates aus 2005 zurück,<sup>17</sup> die sich auch auf Ebene der europäischen Gemeinschaft bereits in Umsetzung befindet.<sup>18</sup> Dabei sollen nicht nur flankierende Ermittlungs- und Präventionsmaßnahmen für bereits bestehende Straftatbestände in der StPO oder in Nebengesetzen geschaffen werden, um strafbare Handlungen effizienter verfolgen bzw aufklären zu können. Vielmehr wird, anlässlich der Festnahme dreier mutmaßlicher Terroristen, von denen mindestens zwei ein Terrorcamp besucht haben sollen, die Ausbildung in Terrorlagern künftig ein eigener Straftatbestand im dStGB sein.

Das BMJ legte hierfür einen Gesetzesentwurf vor, wonach es künftig einen neuen § 89a dStGB geben soll, der die Vorbereitung von terroristischen Gewalttaten unter Strafe stellt. Dabei werden nur taxativ aufgezählte Handlungen, die Straftaten aus dem terroristischen Kernbereich<sup>19</sup> vorbereiten, inkriminiert. Darunter wird insb die Ausbildung sowie das Sich-

1) So Meggle, *Terror & Gegen-Terror*, in *Schi-cha/Brosda (Hg)*, Medien und Terrorismus (2005) 175.

2) Vgl *Townshend*, Terrorismus. Eine kurze Einführung (2005) 11ff.

3) Vgl die Begriffsbestimmungen von *Ellinger*, Terror und Terrorabwehr (1992) 19; *Laqueur*, Terrorismus (1977) 4ff mwN.

4) Vgl *Böhme*, Terrorismus und Freiheit (1978) 9.

5) Abl L Nr 344/90 vom 28.12.2001.

6) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des österreichischen StGB.

7) Etwa im Hinblick auf das Erfordernis der richterlichen Genehmigung einer Durchsuchungs- und Überwachungsmaßnahme oder die Einhaltung verfahrensrechtlicher Mindeststandards.

Der Patriot Act vereinfacht ua die Überwachung der Telekommunikation und Festnahmen. Vgl *Holley*, Der „Ausnahmestandard“ in den USA vor und nach dem 11. September 2001, JRP 2006, 146.

8) Vgl *Sußner*, Fremden-Recht im „Kampf gegen den Terror“, *juridikum* 2007, 29; *Dietl/Hirschmann/Tophoven*, Terrorismus-Lexikon (2006) 329ff.

9) S/INF/57.

10) Vgl *Müller*, Terrorismus und Menschenrechte, *NetV* 2004, 76.

11) Gegen die Nennung auf dieser Liste klagten mutmaßlich terroristische Vereinigungen beim EuGH.

12) § 136 StPO.

13) § 141 StPO.

14) BGBl I 1997/105.

15) *Novelle TKG 2003, RV 61/ME XXIII*. GP. Die Umsetzung war für Anfang 2008 geplant.

16) Krit zur Entwicklung in Deutschland etwa *Deckers/Heusel*, Strafbarkeit terroristischer Vorbereitungshandlungen – rechtsstaatlich nicht tragbar, ZRP 2008, 169ff.

17) CETS 196.

18) Vgl den Vorschlag der Europäischen Kommission zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung. [http://www.parlament.gv.at/PG/PR/JAHR\\_2008/PK0014/PK0014.shtml/18.2.2008](http://www.parlament.gv.at/PG/PR/JAHR_2008/PK0014/PK0014.shtml/18.2.2008).

19) Dh Straftaten gegen Leib, Leben und die persönliche Freiheit wie Mord, Totschlag etc.



Ausbilden-Lassen, *um eine terroristische Straftat zu begehen*, verstanden. Ein bloßes Erwerben von Fertigkeiten, ohne die gleichzeitig damit verbundene Absicht, eine terroristische Gewalttat zu verüben, bleibt nach diesem Entwurf straflos. Mit dem Erfordernis des erweiterten Vorsatzes wird die Gesinnung des Täters in den definitorischen Vordergrund gestellt. Kritik erntete der Vorschlag des Ministeriums aufgrund der Tatsache, dass danach eine bloße Teilnahme an einem Ausbildungslager straflos bleibt.<sup>20</sup>

Eine Gesetzesinitiative des Bundeslandes Hessen, schlägt daher vor, § 129a dStGB, der die Bildung und Unterstützung terroristischer Vereinigungen unter Strafe stellt, um eine Strafvorschrift für die Teilnahme an terroristischen Ausbildungslagern zu ergänzen. Danach soll in Abs 5 eine Regelung aufgenommen werden, nach der die Wahrnehmung von Ausbildungsangeboten terroristischer Vereinigungen, die terroristischen Zielen dienen, geahndet wird.<sup>21</sup>

Gegner bezeichnen die Gesetzesvorschläge als „Gesinnungsschnüffelei“ und geben zu bedenken, dass je weiter ein Verbrechen präventiv bekämpft werden soll, desto stärker man sich in Grauzonen begäbe.<sup>22</sup>

## 2. Zur Strafbarkeit der Teilnahme an Terrorcamps nach österreichischem Recht

Bevor die Strafbarkeit *de lege lata* untersucht wird, soll die Struktur derartiger Camps kurz erläutert werden.

### 2.1. Terrorcamp

Trainiert wird das Know-how des Terrors, dh es finden theoretische wie praktische Übungen, zT mit Waffen, statt; die Teilnehmer werden auch ideologisch geschult. Hervorzuheben ist, dass sich in einem Ausbildungslager nicht stets Gleichgesinnte aufhalten. Vielmehr bilden Camps Leute unterschiedlicher Gruppierungen und politischer Zielsetzungen gleichzeitig aus. In solchen Trainingslagern sind neben gewaltbereiten Kämpfern immer auch eine große Zahl vergleichsweise harmloser Personen, die sich zur körperlichen Ertüchtigung schulen lassen. Die echte „Terrorchule“ durchlaufen nur einige Ausgewählte.<sup>23</sup>

### 2.2. Fallillustration

Ausgangspunkt für die Erörterung ist folgender Fall: Der österreichische Staatsbürger G konvertiert zum Islam. Er lernt in einschlägigen Internetforen radikal-islamische Aktivisten kennen. Nach mehrmonatigem Online-Kontakt, indem er viel über die Methoden des terroristischen Kampfes erfährt,

nimmt G selbstfinanziert an einem Ausbildungslager für Terroristen in Afghanistan teil. Er erlernt dort in einer dreimonatigen Schulung die Handhabung von Waffen und Sprengsätzen und wird ideologisch geschult. In der Heimat zurück begeht G idF keine strafbare Handlung. Er ist weiterhin von der terroristischen Ideologie begeistert, setzt seine Überzeugung jedoch nicht in die Tat um.

### 2.3. Die Strafbarkeit *de lege lata*

#### 2.3.1. Allgemeines zu den Terrorismustatbeständen

Bereits aus den Überschriften der §§ 278b – d ergibt sich die Konnotation für die Terrorismusproblematik. Die Genese der Tatbestände zeigt, dass diese nicht auf nationalen, sondern auf internationalen Ideen und Vorgaben fußen.<sup>24</sup> Aus dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschriften im Jahr 2002<sup>25</sup> geht hervor, dass diese jeweils im Anschluss an die Terroranschläge auf das WTC geschaffen wurden, wodurch häufig der Vorwurf der unbestimmten Anlassgesetzgebung, die im nationalen Recht zum programmatischen und symbolischen Charakter der Normen geführt habe,<sup>26</sup> sowie der Solidaritätsbekundung mit der internationalen Staatenunion<sup>27</sup> laut wurde.

Die §§ 278b – d wurden in den 20. Abschnitt eingeordnet. Systematisch gehören sie zu den sog Friedensdelikten (ieS<sup>28</sup>), deren Rechtsgut der öffentliche Frieden ist.<sup>29</sup>

#### 2.3.2. Subsumtion unter die §§ 278b-d<sup>30</sup>

##### 2.3.2.1. Erster Handlungsabschnitt: Mehrmonatiger Onlinekontakt mit radikalislamischen Aktivisten

Relevant erscheint hier vorweg die *terroristische Vereinigung gem § 278b*, die ein Organisationsdelikt,<sup>31</sup> das den auf längere Zeit angelegten *organisierten Zusammenschluss* von mehr als zwei Personen pönalisiert,<sup>32</sup> darstellt. Die in Abs 3 *leg cit* befindliche Legaldefinition rekurriert auf § 278 Abs 2.<sup>33</sup> Es wird der geringst mögliche Organisationsgrad, ein zeitliches Element sowie der ausdrücklich oder konkludent erklärte Zusammenschluss von wenigstens drei Personen gefordert.<sup>34</sup> Zusätzlich zu diesen Elementen verlangt § 278b eine *spezielle terroristische Zielsetzung*,<sup>35</sup> um eine Straftat auszuführen.<sup>36</sup>

Die *Tathandlungen* sind das Anführen und die Beteiligung an einer solchen Gruppierung zur Verwirklichung einer terroristischen Straftat, womit eine Mitgliedschaft, die eine Vereinbarung mit anderen Gefährten, eine gewisse Dauer an den Aktivitäten mitzuwirken voraussetzt, einhergeht. Die Verhaltensweise des *Anführens* ist bestimmt durch funktio-

20) Vgl Ausbildung in Terrorcamps soll bald bestraft werden, beck-aktuell, becklink 24124.

21) Vgl den Gesetzesentwurf [http://www.hmdj.hessen.de/irj/HMdj\\_Internet?cid=47d08de9c6647d02b1045c88f5537516](http://www.hmdj.hessen.de/irj/HMdj_Internet?cid=47d08de9c6647d02b1045c88f5537516) (6.2.2008).

22) Vgl Tatvorwurf Forschung, DIE ZEIT <http://www.zeit.de/online/2007/33/mg-of-fener-brief> (20.12.2007).

23) Vgl Enorme Beweisprobleme bei Strafen für Reisen in Terrorcamps, beck-aktuell, becklink 24061.

24) EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Terrorismus ABl L 164 vom 22.6.2002; Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung

des Terrorismus BGBl III 2002/102; Resolution 1373 des UN-Sicherheitsrates S/INF/57.

25) BGBl I 2002/134.

26) Vgl Maier, Strafrecht – Kriegsrecht – Ausnahmezustand? Der Rechtsstaat vor der Herausforderung des Terrorismus, JRP 2006, 28; krit Bogensberger, Umdenken im Strafrecht – Terrorismus und europäischer Haftbefehl, Juridikum 2002, 92 (93).

27) Vgl Wessely, Zu den neuen Terrorismustatbeständen im StGB, ÖJZ 2004, 827f, 836.

28) Vgl Plöchl, WK<sup>2</sup> Vorbem §§ 274ff Rz 4.

29) Vgl Plöchl, WK<sup>2</sup> Vorbem §§ 274ff Rz 3ff; H. Steining, Der Schutz des öffentlichen Friedens und die Strafbestimmungen gegen den

Terror, ZnStR 1974, 55.

30) G unterliegt der österreichischen Gerichtsbarkeit, da die Voraussetzungen des § 64 (1) Z 9 lit a u b, Z 10 lit a gegeben sind.

31) Vgl Plöchl, WK<sup>2</sup> § 278b Rz 2.

32) Vgl Plöchl, WK<sup>2</sup> § 278b Rz 6.

33) Die eigenständige Pönalisierung der terroristischen Vereinigung wurde auf Grund der speziellen Zielrichtung erforderlich. Vgl EBRV 1166 XXI. GP, 41.

34) Vgl Wessely, ÖJZ 2004, 831; Maier, JRP 2006, 33.

35) Vgl Plöchl, WK<sup>2</sup> § 278b Rz 7; Hinterhofer, BT II<sup>4</sup> § 278b Rz 1.

36) Vgl Plöchl, WK<sup>2</sup> § 278b Rz 7.

nelle Anordnungsbefugnisse in faktischer Ausübung einer Führungsposition.<sup>37</sup> Die *Beteiligung als Mitglied* umfasst verschiedenste Handlungen, die sich aus dem Verweis auf § 278 Abs 3 ergeben.<sup>38</sup> Dabei handelt es sich um die Begehung oder bloße Förderung von terroristischen Straftaten in jeder Täterschaftsform des § 12 sowie um die Beteiligung an den Aktivitäten der Vereinigung als wissentlich<sup>39</sup> fördernde Verhaltensweisen iFd Bereitstellens von Informationen oder materiellen Behelfen. Zusätzlich wurde eine Generalklausel normiert, die alle sonstigen Beteiligungshandlungen an den Aktivitäten der terroristischen Vereinigung umfasst.

Dass G durch das mehrmonatige Kontakthalten Mitglied einer terroristischen Vereinigung iSd § 278b wird, scheint äußerst fragwürdig. So kann man noch davon ausgehen, dass der Kontakt längere Zeit besteht, die geringen Organisationsanforderungen, die sich bereits aus den tatsächlichen Gegebenheiten erschließen, erfüllt sind und G zumindest zu zwei Personen den Kontakt aufrecht erhält. Fraglich erscheint, ob die Voraussetzung des Zusammenschlusses, der sich durch ausdrückliche bzw konkludente Willensäußerungen, sich auf längere Zeit zu einer Gemeinschaft zu verbinden, ergibt,<sup>40</sup> vorliegt. Selbst wenn man die objektiven Tatbestandsmerkmale bejaht, sind letztlich die spezifisch terroristische Ausrichtung und das finale Element eines kriminellen Zieles zu verneinen.

2.3.2.2. Zweiter Handlungsabschnitt:  
Teilnahme am Terrorcamp

Auch diese Handlung erfüllt die Voraussetzungen des § 278b nicht, da sie weder eine wissentliche Ausführungs- noch Mitwirkungshandlung an einer terroristischen Straftat darstellt. Weiters geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, ob die Teilnehmer des Ausbildungslagers gleichartige Ziele verfolgen oder ob sie unterschiedlichen Ideologien verhaftet sind. § 278b inkriminiert zwar ua Verhaltensweisen, die an sich straflos sind, jedoch müssen sie der Herstellung einer Struktur innerhalb der terroristischen Vereinigung dienen. Diese Bedeutung kann man der Teilnahme nicht zuschreiben, hat doch G lediglich Kenntnisse erworben.

Der zweite Handlungsabschnitt ist weiters unter den kumulativen Voraussetzungen der *terroristischen Straftat gem § 278c* zu betrachten. Dafür bedarf es zunächst der Verwirklichung<sup>41</sup> einer konventionellen *Straftat iSd Deliktskatalogs* wie der vorsätzlichen Gemeingefährungsdelikte iSd Z 7 oder der

unbefugten Innehabung von Waffen iSd Z 10. Weiters muss die Tathandlung *geeignet sein*,<sup>42/43</sup> zur schweren oder längere Zeit anhaltenden Störung des öffentlichen Lebens<sup>44</sup> oder zur schweren Schädigung des Wirtschaftslebens<sup>45</sup> zu führen. Außerdem ist ein über den herkömmlichen Tatvorsatz hinausreichendes *terroristisches Bestreben* auf der subjektiven Tatseite zu berücksichtigen.<sup>46</sup>

Man kann zunächst davon ausgehen, dass der objektive Tatbestand bezüglich der Z 7 u 10 leg cit erfüllt ist, da anzunehmen ist, dass das Ausbildungslager die praktische Handhabung von Waffen und Sprengsätzen zum Inhalt hat – G stellt gefährliche Situationen iSd Gemeingefährungsdelikte her und hat auch Waffen unbefugt inne. Damit ist aus einer ex-ante Betrachtung die Störungseignung gegeben. Die Verwirklichung dieses Delikts scheitert jedoch an der überschießenden Innentendenz des Täters. G ist von den radikal-islamischen Aktivisten begeistert und unterzieht sich der Schulung, jedoch lässt sich aus dieser Faszination nicht erschließen, dass G es dem Koinzidenzprinzip zu Folge im Zeitpunkt der Ausbildung ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, mittels der erlernten Fähigkeiten die Bevölkerung massiv einzuschüchtern, öffentliche Stellen bzw internationale Organisationen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen oder die verfassungsrechtlichen und sozialen Grundfesten eines Staates tiefgreifend zu erschüttern. Es fehlt daher das terroristische Bestreben auf der subjektiven Tatseite.

Wäre der casus dem deutschen Anlassfall, in dem die Terrorcampsteilnehmer tatsächlich in Vorbereitung eines Terroranschlages waren, entsprechend, so wäre in Österreich eine Strafbarkeit gem § 278c anzunehmen, da in einem solchen Fall das besondere Vorsatzerfordernis des terroristischen Bestrebens erfüllt ist.<sup>47</sup> Damit besteht hiezulande de lege lata eine Norm, die die Teilnahme an Terrorcamps bei Vorliegen eines spezifischen Vorsatzes und vorgegebener Tathandlungen unter Strafe stellt.

Letzter strafrechtlicher Anknüpfungspunkt ist die *Terrorismusfinanzierung*<sup>48</sup> iSd § 278d, die dem Terrorismus die finanzielle Grundlage entziehen soll.<sup>49</sup> Pönalisiert werden die Verhaltensweisen des Bereitstellens oder Sammelns von Vermögenswerten.<sup>50</sup> Unter *Bereitstellen* sind Handlungen zu verstehen, mit denen der finanzierende Täter einem Dritten faktische Verfügungsmacht über die Vermögenswerte einräumt.<sup>51</sup> Das *Sammeln* von Vermögenswerten bedeutet, etwas zu einer besonderen Verwendung zusammenzutragen, dh Verhaltensweisen die darauf ausgerichtet sind, Vermö-

37) Vgl *Plöchl*, WK<sup>2</sup> § 278b Rz 10.

38) Vgl EBRV 1166 XXI. GP, 41; *Plöchl*, WK<sup>2</sup> § 278b Rz 11; 32ff.

39) Damit wird der Vorsatz iSd § 5 (3) verlangt.

40) Vgl *Plöchl*, WK<sup>2</sup> § 278 Rz 5.

41) Vgl *Plöchl*, WK<sup>2</sup> § 278c Rz 4.

42) Dadurch wird § 278c zu einem potentiellen Gefährungsdelikt stilisiert. Vgl *Wessely*, ÖJZ 2004, 828; *Maier*, JRP 2006, 31f.

43) Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang, dass bereits in Z 7 des Deliktskatalogs Gemeingefährungsdelikte zu finden sind, wodurch man zu einer sehr weiten Strafbarkeitsausdehnung gelangt.

44) Der Bereich des öffentlichen Lebens muss so verstanden werden, dass er jenen des Privatbereichs negativ ausgrenzt und der übrige bleibende Part durch eine in ihrer Dimension massiven Störung beeinträchtigt, behindert, unterbrochen oder belästigt wird. Vgl dazu Vgl *Plöchl*, WK<sup>2</sup> § 278c Rz 8.

45) Es reicht aus, wenn hier nur ein begrenztes Staatsgebiet in seiner Kapital- und Finanzkraft erschüttert wird oder die Versorgungsbetriebe eine Störung erfahren und eine umfassende Menschenmenge davon betroffen ist. Vgl hierzu *Plöchl*, WK<sup>2</sup> § 278c Rz 9.

46) Hierdurch wird § 278c zu einem kupierten Erfolgsdelikt. Vgl dazu *Roxin*, AT I<sup>4</sup> § 10 Rz 84;

*Fuchs*, AT I<sup>6</sup> Kap 10 Rz 60.

47) In Deutschland scheiterte die Strafbarkeit gem § 129a dStGB an der mangelnden Organisationsstruktur. Vgl Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen bei terroristischen Handlungen, ZRP 2006, 71.

48) Die Finanzierung ist an sich bereits durch § 12 3. F iVm § 278 b pönalisiert, es bestand jedoch eine Strafbarkeitslücke iZm dem Finanzierungsversuch. Vgl EBRV 1166 XXI. GP, 42.

49) Vgl *Plöchl*, WK<sup>2</sup> § 278d Rz 1.

50) Der Begriff der Vermögenswerte ist extensiv zu verstehen. Vgl *Fabrizy*, StGB<sup>9</sup> § 278d Rz 2.

51) Vgl *Plöchl*, WK<sup>2</sup> § 278d Rz 19.

Prisching/Lenz/Hauser (Hg.)  
**Gleichbehandlung im Hochschulbereich**

212 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5211-9, € 44,-

Aus den bisherigen Versuchen, "Gleichbehandlung" zu thematisieren, ist zu erkennen, dass sowohl in Bezug auf die Gleichbehandlung von AusländerInnen als auch in Bezug auf die Gleichbehandlung von Frauen ein erhöhter Bedarf an sachlichen Diskussionen besteht. Beim 9. Symposium des Instituts für Bildungsrecht und Bildungspolitik (IBB) an der FH JOANNEUM Graz im Herbst 2007 wurden insgesamt sechs hochinteressante Referate zum Thema "Gleichbehandlung im Hochschulbereich am Beispiel von Frauen und AusländerInnen" vorgetragen, wobei theoretische Ausführungen mit Erfahrungen aus der gegenwärtigen Praxis verbunden wurden.

**Herausgeber:**

Mag. Dr. Manfred Prisching, Universität Graz  
 Dr. Werner Lenz, Universität Graz  
 Dr. Werner Hauser, FH JOANNEUM



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



genswerte zu lukrieren.<sup>52</sup> Bedacht zu nehmen ist auf die *überschießende Innentendenz*, die sich an dieser Stelle in einem Verwendungsvorsatz widerspiegelt, also vom Täter verlangt, dass er die Vermögenswerte zumindest tw zur Ausführung einer Tat bereitstellt oder sammelt.<sup>53</sup> Ob die angesprochenen finanziellen Mittel tatsächlich zur Ausführung einer Katalogtat verwendet werden, ist unerheblich.<sup>54</sup> Eine Tatbildmäßigkeit ist zu verneinen, wenn eine geringfügige Leistung vorliegt, da sie die Eignung, für eine Katalogtat (mit-)ursächlich zu sein, verfehlt.<sup>55</sup>

Da aus dem geschilderten Sachverhalt hervorgeht, dass G selbstfinanziert am Ausbildungscamp teilnimmt, ist eine Strafbarkeit gem § 278d zu untersuchen. G erfüllt mit der Bezahlung zwar nicht die Tatbestandsalternative des Sammelns, jedoch ist an ein Bereitstellen von Vermögenswerten zu denken, wenn die Finanzierung unverhältnismäßig weit über einen Unkostenbeitrag hinausgeht. Da sich weder hierfür Anhaltspunkte ergeben, noch davon auszugehen ist, dass G einen auf eine Katalogtat des Abs 1 Z 1 – 8 leg cit gerichteten Verwendungsvorsatz aufweist, ist keine Strafbarkeit gem § 278d gegeben.

Die Subsumtion hat gezeigt, dass G sich mit seinen Handlungen noch im Rahmen der Straffreiheit bewegt. Jedenfalls wurde klar, dass die §§ 278b-d die Strafbarkeit in den Bereich der Vorbereitung von strafbaren Handlungen verlagern. Die Frage der Vorverlagerung der Strafbarkeit war Anknüpfungspunkt für Überlegungen zum sog Feindstrafrecht, wie die §§ 278b-d in der Literatur auch bezeichnet werden.<sup>56</sup>

Die Entwicklung des Feindstrafrechts wird idF erörtert.

**3. Jakobs` Konzeption des Feindstrafrechts**

*3.1. Charakteristika des Feindstrafrechts*

Das Feindstrafrecht zeichnet sich primär durch die *Vorverlagerung der Strafbarkeit* aus<sup>57</sup> und verfolgt damit den Zweck, potentiell gefährliches Verhalten unter Strafe zu stellen, wenn es vor einer die Rechtsgüter verletzenden Handlung liegt.<sup>58</sup> Da der Feind nicht als Mitglied der Gesellschaft anerkannt ist und auf seine Reintegration keine Rücksicht genommen werden muss, weisen feindstrafrechtliche Normen eine *massive Erhöhung der Straffrahmen*<sup>59</sup> auf. Die Höhe der Strafe bemisst sich nach dem Maß der Gefährlichkeit.<sup>60</sup> Das Feindstrafrecht

52) Vgl Plöchl, WK<sup>2</sup> § 278d Rz 20.

53) Vgl Plöchl, WK<sup>2</sup> § 278d Rz 21.

54) Vgl Wessely, ÖJZ 2004, 834.

55) Vgl Plöchl, WK<sup>2</sup> § 278d Rz 4.

56) Vgl Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985) 757; erneut Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaftin Eser/Hassemer/Bur-

hardt (Hg), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende (2000) 51.

57) Vgl Jakobs in Eser et al (2000) 46 (51); Meliá, Feind"strafrecht"? ZStW 117 (2005) 267.

58) Das Bürgerstrafrecht konzentriert sich dagegen auf die Bestrafung von Verhaltensweisen, die Rechtsgüter verletzen oder zumindest einer Verletzung gefährlich nahe kommen.

59) Dies bezeichnet Jakobs der Sache nach als „vorweggenommene Sicherungsverwahrung“. Vgl Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, 89 (92).

60) Während im Bürgerstrafrecht Unrecht und Schuld des Täters strafhöherelevant sind.

führt letztlich zum *Abbau der prozessualen Garantien* – Täter sind Objekte des Strafverfahrens<sup>61</sup> – und einer *Erweiterung der präventiven Befugnisse der Sicherheitsorgane*.

### 3.2. Historische Ansätze, Ideen und Hintergründe

*Jakobs* gilt als Begründer des Feindstrafrechts. Bereits *Hobbes* und *Kant*<sup>62</sup> sowie der NS- Ideologe *Carl Schmitt*<sup>63</sup> befassten sich mit dieser Thematik.<sup>64</sup>

*Jakobs* diskutiert das Problem des Feindstrafrechts – welchem er das konventionelle Bürgerstrafrecht gegenüberstellt<sup>65</sup> – erstmals im Jahr 1985 im Zuge einer Auseinandersetzung mit der Inkriminierung eines einer Rechtsgutsverletzung vorgelagerten Verhaltens.<sup>66</sup> Bezugspunkt der damaligen Diskussion ist die Rechtsgutsverletzung als Ansatz für die Bestrafung. *Jakobs* stellt einleitend fest, dass eine Vorverlagerung der Strafbarkeit mangels Rechtsgutsbezugs illegitim sei. Auf der Suche nach einer Legitimierung entwickelt er den Terminus der „Klimadelikte“<sup>67</sup>.

Die Demarkation der Vorverlagerung leitet *Jakobs* aus dem Status des Bürgers<sup>68</sup> (dieser entspricht dem *modus vivendi*<sup>69</sup>) ab. Dem Bürger gesteht er einen gewissen Grad an Privatsphäre – der sog internen bürgerlichen Sphäre<sup>70</sup> – zu. Es bleiben damit all jene Verhaltensweise – und nicht nur Gedanken –, die nicht mit der Privatsphäre einer anderen Person in Konflikt geraten, ein sog Internum.<sup>71</sup> Dieser Bereich dürfe nur dann hinterfragt werden, wenn bereits das nach außen sichtbare Verhalten einen störenden Faktor aufweise, da eine sich aus der Interpretation des sozialadäquaten Verhaltens mittels der subjektiven Gedanken ergebende Strafbarkeit prädestiniert sei, zur Willkür zu führen.<sup>72</sup> Damit wird das objektiv auffällige und den Gesetzen widersprechende Verhalten zur Bedingung der Strafbarkeit stilisiert.

Den formellen Begriff der Vollendung greift der Autor iZm den Vorbereitungsdelikten auf. Er vertritt die Ansicht, dass diese Deliktsnatur nur in besonders brisanten Fällen – in sog Legitimationskrisenzeiten<sup>73</sup> – eine Berechtigung finde.<sup>74</sup> Eine Berechtigung für die Vorbereitungsdelikte schafft *Jakobs* damit, dass er für die besonders brisanten Fallkonstellationen ein vorgelagertes Rechtsgut, wie den öffentlichen Frieden in § 129a dStGB, definiert. Insofern stellt *Jakobs* auch fest, dass

es bei den inkriminierten Handlungen nicht um ein Vorbereitungsunrecht gehe, sondern um ein Unrecht, welches hintergründig ein Rechtsgut – nämlich das „Klima“, den Rechtsfrieden oä – schütze.<sup>75</sup>

Seine zunächst neutrale Haltung entwickelt *Jakobs* bis 2006<sup>76</sup> weiter. Über die Jahre entsteht der Eindruck, er freunde sich rechtspolitisch mit der Idee des Feindstrafrechts immer mehr an, obwohl er ausdrücklich auf seine rein deskriptive Arbeitsweise hinweist.<sup>77</sup> Allerdings ist ihm zuzugestehen, dass er sich zuletzt von dieser radikalen Haltung wieder distanziert, da er die mangelnde political correctness einräumt.<sup>78</sup>

Die wichtigste Adaption seiner Konzeption besteht in der Bestimmung des Feindbegriffs.<sup>79</sup> Weiters rechtfertigt er die Androhung einer Freiheitsstrafe für Vorbereitungshandlungen damit, dass einem gefährlichen Individuum spezialpräventiv entgegengetreten werden müsse.<sup>80</sup> *Jakobs* erweckt den Eindruck, dass auch er diesen gefährlichen Personen sämtliche Rechte<sup>81</sup> verweigern will. Damit wird klar, dass *Jakobs* zwar eingesteht, keine rechtsstaatliche Legitimation für das Institut des Feindstrafrechts zu kennen, da er sich in seinen neueren Beiträgen vom Rechtsgutsbezug der Klimadelikte entfernt, dass er es aber rechtspolitisch<sup>82</sup> für erforderlich hält. Durch sein Verhalten als Feind schließe sich der Betroffene selbst aus der Gesellschaft aus und dürfe mit Krieg – dh mit Feindstrafrecht als legitimes Recht der Ausnahme<sup>83</sup> – bekämpft werden. Zusätzlich konstatiert *Jakobs*, dass es einen allumfassenden Rechtsstaat nicht gäbe, insofern eine fehlende Vereinbarkeit der Strafnormen des Feindstrafrechts als ultima ratio mit den rechtsstaatlichen Fundamenten der Verfassung wenig problematisch sei.<sup>84</sup>

### 3.3. Kritik an *Jakobs*’ Lehre

Der Wandel vom Deskriptiven zum Normativen in *Jakobs*’ Argumentation führte im Schrifttum zu heftigen Reaktionen,<sup>85</sup> in denen überwiegend die Deklassierung zum begrifflich nicht klar abgrenzbaren Feind kritisiert<sup>86</sup> und diese als verfassungs-<sup>87</sup> und rechtsstaatswidrig<sup>88</sup> bezeichnet wird. Die Grenzen des Feindstrafrechts seien nicht abgesteckt worden.<sup>89</sup> Das Feindstrafrecht verletze das Tatprinzip, nach dem strafrechtliche Haftung für bloße Gedanken ausgeschlossen ist und das eine Absage an ein Gesinnungsstrafrecht erteilt.<sup>90</sup> Kritisch

61) Während Angeklagte im Bürgerstrafrecht die Stellung von Prozesssubjekten einnehmen.

62) Vgl *Hobbes*, *Leviathan* oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, Neudr 1991, passim; *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* (1798) passim; *Kant*, *Zum ewigen Frieden*, Neudr 1919, passim.

63) Vgl *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (1932) passim.

64) Vgl dazu *Hörnle*, *Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht“*, GA 2006, 91. Die Verbindung zu *Schmitt* leugnend *Jakobs*, *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechlichkeit*, HRRS 2006, 289.

65) Vgl *Jakobs*, ZStW 97, 783.

66) Vgl *Jakobs*, ZStW 97, 751ff.

67) Vgl *Jakobs*, ZStW 97, 774.

68) Vgl *Jakobs* in *Eser et al* (2000) 49.

69) Darunter ist die Lebensweise des noch erträglichen Bürgers zu verstehen, der nicht notorisch gefährlich ist. Vgl *Jakobs*, HRRS 2006, 292f.

70) Vgl *Jakobs*, ZStW 97, 755.

71) Vgl *Jakobs*, ZStW 97, 756.

72) So *Jakobs*, ZStW 97, 761f, 773.

73) Vgl *Jakobs*, ZStW 97, 783.

74) Vgl *Jakobs*, ZStW 97, 765.

75) Vgl *Jakobs*, ZStW 97, 778.

76) Vgl *Jakobs* in *Eser et al* (2000) 47ff; *Jakobs*, *Terroristen als Personen im Recht?* ZStW 117 (2005), 839 (840) (841); *Jakobs*, HRRS 2006, 290.

77) Vgl *Jakobs*, HRRS 2006, 290.

78) Vgl *Jakobs*, HRRS 2006, 289.

79) Vgl *Jakobs*, HRRS 2006, 293.

80) Vgl *Jakobs*, HRRS 2004, 89; *Jakobs*, HRRS 2006, 296.

81) Auch in Bezug auf strafprozessuale Garantien. Vgl *Jakobs*, HRRS 2004, 93.

82) Vgl *Jakobs*, HRRS 2004, 94; *Jakobs*, HRRS 2006, 295.

83) Vgl *Jakobs*, ZStW 117, 850.

84) Vgl *Jakobs*, ZStW 117, 846f, 850f; *Jakobs*, HRRS 2006, 290.

85) Vgl *Hörnle*, GA 2006, 80f; *Greco*, GA 2006, 96, 104.

86) Vgl *Schünemann*, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, GA 2001, 211 (212). *Jakobs* definiert den Feindbegriff, lässt jedoch offen, was er unter dem „Terroristen“ versteht. Vgl *Arnold*, *Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen*, HRRS 2006/8-9, 303 (307).

87) In *Saliger*, *Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?* JZ 2006, 756 (757).

88) Vgl *Graulich*, *Terrorismus und Terrorismusbekämpfung*, in *Graulich/Simon (Hg)*, *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit* (2007) 389. (405).

89) Vgl *Hörnle*, GA 2006, 80, 93ff.

90) Vgl *Lampe*, *Strafphilosophie* (1999) 232; *Allfeld*, *Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechens auf die Bestrafung* (1978) 11, 93.

VERLAG ÖSTERREICH

## Stärker Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz

4. Auflage, Stand: 1. 10. 2008

473 Seiten, gebunden, 978-3-7046-5253-9, € 68,-

- Kommentar zum KA-AZG
- KA-AZG Novelle 2008 (BGBl I 2008/125) bereits enthalten
- Zahlreiche Übersichtstabellen
- Musterdienstpläne
- Wichtige einschlägige Rechtsgrundlagen
- Einschlägige nationale und europarechtliche Judikatur

Die vorliegende 4. Auflage präsentiert das KA-AZG in der topaktuellen Fassung mit Stand 1. 10. 2008 samt aktueller Judikatur. Ein umfangreiches Stichwortverzeichnis sowie ein einschlägiger Gesetzesanhang erhöhen die Anwenderfreundlichkeit.

**Doz. (FH) Dr. Lukas Stärker** ist Arbeitsrechtsexperte und stellvertretender Direktor der Österreichischen Ärztekammer.



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



gewürdigt wird auch *Jakobs'* Bezugnahme auf *Hobbes* und *Kant*.<sup>91</sup> Das Feindstrafrecht wird darüber hinaus als „irreführende Metapher“ bezeichnet, da es eine zirkuläre Argumentation darstelle.<sup>92</sup>

Das Strafrecht müsse sich von kriegsbezogenem Gedankengut fernhalten, das Konzept des Feindstrafrechts sei zu pauschal.<sup>93</sup>

#### 4. Anti-Terror-Gesetzgebung – quo vadis?

Die bisher vorwiegend in Deutschland geführte Debatte zum Feindstrafrecht befasst sich vordergründig mit der Terminologie der Konzeption.

Klar ist, dass eine Legitimationsgrundlage für *Jakobs'* Feindstrafrecht nicht besteht. Sein Verdienst besteht darin, aufzuzeigen, dass bereits de lege lata Bestimmungen existieren, die Charakteristika des Feindstrafrechts aufweisen.

Dieses Faktum gilt auch für die Terrorismustatbestände der §§ 278b – d im österreichischen Strafbestand.<sup>94</sup> Die Strafbarkeit der bloßen Teilnahme an einem Terrorcamp würde die Grenzen des Feindstrafrechts noch weiter ausreizen.

Ogleich das telos der Anti-Terror-Gesetze, die Sicherheit der Bürger und das Gemeinwohl, bedeutend sind, bleibt stets

zu bedenken, dass eine Abwägung mit den von der Verfassung vorgegebenen rechtsstaatlichen Grundwerten zu erfolgen hat, wobei der Sicherheitsaspekt kapitulieren muss.<sup>95</sup> Trotz der Tatsache, dass ein Rechtsstaat nie ohne Einschränkungen funktionieren kann, ist darauf Bedacht zu nehmen, dass man sich mit jedem Eingriff einer Aushöhlung nähert.

Intention dieser Abhandlung ist aufzuzeigen, dass bei der im Moment stattfindenden extensiven Ausdehnung feindstrafrechtlicher Normen im Zuge des *war on terrorism* Vorsicht geboten ist, da der Rechtsstaat ansonsten Gefahr läuft, ein Opfer seiner selbst zu werden. Insofern gehen wir mit *Albrecht's* Forderung konform: „Die Überwindung der Rechtlosigkeit muss durch das Recht selbst und nicht durch dessen Abschaffung für sogenannte Feinde erfolgen.“<sup>96</sup>

*Mag. Dr. Alice Sadoghi und Mag. Barbara Starzer,  
 WIMI am Institut für Strafrechtswissenschaften an  
 der JKU Linz; [alice.sadoghi@jku.at](mailto:alice.sadoghi@jku.at);  
[barbara.starzer@jku.at](mailto:barbara.starzer@jku.at)*

91) Vgl *Albrecht*, „Krieg gegen den Terror“ – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht, ZStW 117 (2005) 852 (857).

92) Vgl *Schünemann*, GA 2001, 205, 212.

93) Vgl *Saliger*, JZ 2006, 756, 762.

94) Vgl die massive Erhöhung des Strafrah-

mens in §278c (2), die Vorverlagerung der Strafbarkeit auf prinzipiell sozialadäquate Handlungen in §278b u d und die Möglichkeit der grundrechtsbeschränkenden Ermittlungsmaßnahmen bei sämtlichen Terrorismustatbeständen.

95) So auch *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in *Hoerster (Hg)*, Recht und Moral (2005) 46 (49).

96) *Albrecht*, ZStW 117, 852, 863.

**1. Die Entwicklung des österreichischen Strafvollzugs in den letzten Jahren und deren Konsequenzen**

Bis zum Ende des Jahres 2001 belief sich die Anzahl der sich österreichweit in Haft befindlichen Personen relativ gleich bleibend auf etwa 7.000. Zwischen dem Jahresbeginn 2002 bis etwa Frühling kam es zu einer Zunahme auf rund 8.300, sohin um rund ein Fünftel. Zum 01. Dezember 2004 befanden österreichweit 9.043 Menschen in Haft, davon waren 5.698 Strafgefangene.

Wenn man sich vor Augen hält, dass nach internationalen Erfahrungen bereits bei einer Auslastung von 85 – 90% von einer Vollbelegung einer Justizanstalt auszugehen ist<sup>1</sup>, so wird deutlich, dass der Überbelag in den österreichischen Justizanstalten gravierende Folgen haben musste und, wie im Folgenden dargelegt, auch hatte.

Neben dem nicht zu vernachlässigenden Kostenfaktor<sup>2</sup> konnte eine deutliche Verschlechterung der Haftbedingungen und des Klimas in den Justizanstalten wahrgenommen werden. Insbesondere in den einzelnen Hafträumen führte der Überbelag zu vermehrtem Stress und zu einem Anstieg der Aggressionen bei und unter den einzelnen InsassInnen. Dies hatte zur Folge, dass das Konfliktpotential um ein Vielfaches erhöht wurde.

Hinzu kam, dass dem Anstieg an InsassInnen kein vermehrtes Arbeitsangebot gegenüberstand, wodurch der Strafvollzug dem ihm gesetzlich auferlegten Zweck iSd § 20 Strafvollzugsgesetz (idF StVG), nämlich den Verurteilten zu einer rechtschaffenen und den Bedürfnissen des Gemeinschaftslebens angepassten Lebenseinstellung zu verhelfen und ihn abhalten, schädlichen Neigungen nachzugehen und zugleich den Unwert des der Verurteilung zugrunde liegenden Verhaltens aufzuzeigen, nicht mehr nachkommen konnte und immer mehr zu einem reinen Verwahrungsvollzug verkam.

Doch nicht nur für die Strafgefangenen, sondern auch für die Strafvollzugsbediensteten stieg die durch den Überbelag ausgelöste Belastung. Auf Grund des Zusammentreffens des Anstiegs der InsassInnenanzahl mit den gleichzeitig vorgenommenen Einsparungsmaßnahmen bei dem im Strafvollzug tätigen Personal stieg das Verhältnis zwischen den Strafvollzugsbediensteten und den InsassInnen von ursprünglich etwa 1:2 auf rund 1:2,6 an.<sup>3</sup> Dies hatte unter anderem zur Folge, dass die für den Alltag in den Justizanstalten immanente wichtige Kommunikation zwischen InsassInnen und Strafvollzugsbediensteten nur noch sehr eingeschränkt stattfinden konnte, weshalb auch das Bekannt werden und Eingehen auf bestimmte Entwicklungen in den Justizanstalten viel zu kurz kam.

Konsequenz dieser Entwicklung war, dass die Gefahr, dass der österreichische Strafvollzug, der in den vergangenen Jahrzehnten von einem relativ spannungsarmen und insgesamt

auch im internationalen Vergleich positiven Vollzugsklima geprägt war, dieser günstigen Entwicklungen verlustig werden könnte.<sup>4</sup>

Seitens der politischen EntscheidungsträgerInnen wurden damals zahlreiche Initiativen ergriffen, um diesem damaligen Höchststand an InsassInnen effektiv begegnen zu können. So wurde seitens des damals amtierenden Justizministers der Vorschlag unterbreitet, in Rumänien den Bau einer Justizanstalt für in Österreich inhaftierte rumänische Staatsbürger

# Erfahrungsbericht zur Bedingten Entlassung neu und § 133a StVG

Lukas Kollmann

umzusetzen. Begründet wurde dies damals mit der Vielzahl von in Österreich straffällig gewordenen rumänischen Staatsangehörigen. Dieses Vorhaben wurde jedoch nicht umgesetzt. Für den Standort Wien wurde die Schaffung einer neuen Justizanstalt, die 450 Haftplätze beinhalten sollte, in Aussicht gestellt. Auch dieses Projekt harrt bis dato aber seiner Realisierung. Tatsächlich wurden aber beispielsweise in vier bestehenden Justizanstalten durch die so genannte Modulbauweise 330 weitere Haftplätze geschaffen.

**2. Die Novellierung im Jahr 2007**

Es sollte noch bis zum Ende des Jahres 2007 dauern, bis der Gesetzgeber gravierende Änderungen der Gesetzeslage im Bereich zahlreicher strafrechtlicher Normierungen, insbesondere des Strafgesetzbuchs (idF StGB) und des StVG, beschließen sollte, um den negativen Entwicklungen der vergangenen Jahre entgegenzusteuern.

Im Nationalrat wurde mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2008<sup>5</sup> das so genannte „Haftentlastungspaket“ verabschiedet. Ziel dieser Reformen ist es „mehr Sicherheit durch bessere Gestaltung des Strafvollzugs“ zu erreichen.

Den Materialien zum Haftentlastungspaket ist zu entnehmen, dass sich der Gesetzgeber bei dieser Novellierung „zu einem Paradigmenwechsel im Sinne neuer Strafvollzugsgrundsätze“ bekennt und hierbei das Ziel einer rationalen Strafrechtspolitik verfolgt, um die Wiedereingliederung

1) *Grafl* ua, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! JRP 2004, 61.  
2) Ein Haftplatz kostet pro Tag etwa 80 Euro. Die Errichtung eines einzelnen Haftplatzes erfordert ca. 100.000 Euro.

3) *Grafl* ua, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! Juridikum 2005, 66.  
4) *Grafl* ua, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! JRP 2004, 62.

5) Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz, das Bewährungshilfegesetz und das Jugendgerichtsgesetz 1988 geändert werden, BGBl I 2007/109.

verurteilter Personen in die Gesellschaft durch ein Bündel von Maßnahmen zu fördern, die besser als die vollständige Verbüßung einer Freiheitsstrafe geeignet sind, die Gefahr des Rückfalls zu reduzieren. Gleichzeitig soll dem Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung dadurch Rechnung getragen werden, dass die individuelle Situation des Verurteilten durch begleitende Maßnahmen iSd §§ 50 bis 52 StGB, wie etwa die Anordnung von Bewährungshilfe und Weisungen in den Vordergrund gerückt wird.

Wenn auch nur „als gewünschter Nebeneffekt“ dieser Reform, so wird dennoch explizit auch die Entlastung der prekären Belagssituation in den Justizanstalten angeführt, weil eine zielgerichtete Einwirkung auf die Person des Verurteilten Haftbedingungen voraussetzt, unter denen der Strafvollzug seiner intervenierenden Aufgabe gerecht werden kann.

**3. Die Novellierungen im Bereich des StVG unter besonderer Berücksichtigung der Bestimmung des § 133a StVG**

Schwerpunktmäßig befasst sich das Haftentlastungspaket mit Änderungen im Bereich der bedingten Entlassung. Zum einen sollen generalpräventive Versagungsgründe nur mehr sehr eingeschränkt seitens des Vollzugsgerichts angezogen werden dürfen, zum anderen sollen die Voraussetzungen für die Entlassung nach Verbüßung der Hälfte oder zu einem späteren Zeitpunkt im Sinne der erwähnten Zielsetzungen angepasst werden. Überdies soll verstärkt Bewährungshilfe angeordnet werden, um nach der bedingten Entlassung – im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage – eine effizientere Betreuung und Kontrolle des bedingt entlassenen Verurteilten zu ermöglichen. Durch diese Maßnahmen soll die bedingte Entlassung zum einen eine bessere Vorbereitung des Verurteilten auf ein Leben in Freiheit bewirken und dadurch auch einem erhöhten Sicherheitsstandard dienen.

Ausdrücklicher erwähnt wird in den Materialien, dass diese Erweiterung der Möglichkeiten zur bedingten Entlassung auch durch einen Vergleich mit der diesbezüglichen Praxis in anderen europäischen Staaten gerechtfertigt ist. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass sich der Prozentsatz der bedingt aus einer Straftat entlassenen Personen in Deutschland auf ca 50, in der Schweiz sogar auf ca. 80 beläuft. In Österreich wurden unter Berücksichtigung der alten Rechtslage nur etwa ein Fünftel der Strafgefangenen bedingt entlassen.

Wie bereits dargelegt, war eine der Hauptkonsequenzen des massiven Überbelags in den österreichischen Justizanstalten, dass der Strafvollzug immer mehr zu einem reinen Verwahrungsvollzug verkam.<sup>6</sup> Aus den Erläuterungen zum Haftentlastungspaket ergibt sich, dass durch die hierdurch ergriffenen Maßnahmen „auch der Strafvollzug insgesamt entlastet werden“ soll, „um wieder einen Betreuungsvollzug ermöglichen zu können.“

**3.1.** Um vor allem den Vollzug von kurzen Freiheitsstrafen einzudämmen, wurde im Jahr 2007 der Modellversuch „Gemeinnützige Leistungen anstelle von Ersatzfreiheitsstrafen“<sup>7</sup> gestartet. Der Verlauf dieses Versuchs brachte überaus positive Ergebnisse zu Tage. Im Zuge der gegenständlichen

Novellierung wurde dieser Modellversuch nunmehr in die Vorschriften des StVG implementiert. Die Bestimmung des § 3 StVG wurde dahingehend novelliert, dass der Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen nunmehr nicht nur beim Erlag der ausständigen Geldstrafe zu unterbleiben hat, sondern auch dann, wenn der Verurteilte sich bereit erklärt, gemeinnützige Leistungen zu erbringen.

Über diese Möglichkeit ist der Verurteilte bereits in der Aufforderung zum Strafantritt zu informieren, wobei ihm hierbei auch sogleich das Ausmaß der zu erbringenden gemeinnützigen Leistungen darzulegen ist (§ 3 Abs 1 dritter und vierter Satz StVG). Diesbezüglich gilt, dass vier Stunden gemeinnütziger Leistungen einem Tag der Ersatzfreiheitsstrafe entsprechen und diese in der Freizeit bei einer geeigneten Einrichtung iSd § 202 StPO zu erbringen sind (§ 3a Abs 1 StVG). Auf eine gleichzeitige Aus- oder Fortbildung bzw. Berufstätigkeit des Verurteilten ist hierbei stets Rücksicht zu nehmen.

**3.2.** Neben dem angesprochenen Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen war auch der hohe Anteil von ausländischen Strafgefangenen ein wesentlicher Faktor für den Überbelag in den Justizanstalten.

In den vergangenen Jahren waren verschiedene Regionen in- und außerhalb Europas von massiven Umstürzen politischer und faktischer Natur geprägt. In Folge dessen kam es in Österreich (wie auch in zahlreichen anderen Ländern) zu einem starken Zustrom ausländischer Personen.

Auf Grund der in Österreich herrschenden Asylpraxis und den hierzulande geltenden Rechtsvorschriften kam es infolge dieser Entwicklungen zu einem Anstieg der Kriminalität unter in Österreich befindlichen AusländerInnen, vornehmlich männlichen Geschlechts. Die Ursache für die Kriminalität durch ausländische Staatsangehörige und den Anstieg derselben ist (zumindest auch) darin begründet, dass AusländerInnen bei ihrer Ankunft auf Grund der derzeitigen Gesetzeslage mit zwei sehr wesentlichen Problemen konfrontiert sind. Ausländischen Staatsangehörigen, die sich ohne legalen Aufenthaltstitel in Österreich befinden, ist es von Gesetzes wegen nämlich sowohl untersagt, im Inland legal zu arbeiten als auch einen ordentlichen Wohnsitz zu begründen. Die Chancen auf eine, auch nur geringe, soziale Integration unter diesen „Startvoraussetzungen“ tendieren nahezu naturgemäß gegen null. Dies hat zur Folge, dass sich diese Personen schon allein auf Grund dieser Tatsache in einem illegalen Bereich bewegen (müssen).

Auf Grund der geschilderten Widrigkeiten und schwierigen Verhältnissen, unter denen illegal in Österreich aufhältige AusländerInnen leben müssen und wegen des Umstands, dass über straffällig gewordene AusländerInnen nach Verbüßung der über sie verhängten Freiheitsstrafe in den meisten Fällen ein Aufenthaltsverbot verhängt wurde, lief der Strafvollzug bei diesen daher in den meisten Fällen tatsächlich auf den bereits erwähnten reinen Verwahrungsvollzug hinaus. Dieser Personengruppe war seitens des Gesetzgebers bei der gegenständlichen Novellierung insbesondere auf Grund des Umstands, dass wegen des häufig gänzlichen Feh-

6) Vgl Gratz, Zur Situation und Einschätzung 7) Siehe hierzu den Erlass des BMJ BMJ- des Justizvollzugs in Österreich, RZ 2006, L311.007/0006 II-1/2007. 222ff.

lens einer Integration eine Resozialisierung im Inland nur in den seltensten Fällen möglich ist, besondere Beachtung zu schenken.

Ergebnis und Reaktion auf die oben dargestellten Problemkreise war die Schaffung der Bestimmung des § 133a StVG. Diese sollte die Intentionen des Fremdenrechts mit den Zielsetzungen des Strafvollzugs verbinden. Zum Stichtag 1. August 2007 befanden sich 8.945 Personen in Haft, von denen 2.628 nicht Staatsbürger eines EU-Mitgliedsstaats waren. Weitere 86 Personen waren entweder staatenlos oder war deren Staatszugehörigkeit ungeklärt. Auf Grund der Tatsache, dass sich, entsprechend den Ausführungen in den Materialien zum Haftentlastungspaket aus dem Insassenregister IVV nicht erkennen lasse, gegen wie viele inhaftierte Personen tatsächlich ein Aufenthaltsverbot ausgesprochen worden war, lässt sich die Anzahl von Personen, die von der gegenständlichen Bestimmung erfasst ist, mit ca. 1.900 bis 2.000 beziffern.

Als Zielsetzung dieser Normierung kann daher zusammengefasst festgehalten werden, dass ein Instrument geschaffen werden soll, nicht aufenthaltsverfestigte ausländische Verurteilte nach Verbüßung der Hälfte der Freiheitsstrafe zur Ausreise aus dem Bundesgebiet verhalten zu können und damit gleichzeitig die Zwecke eines Aufenthaltsverbotes effektiv abzusichern.

Grundsätzlich gilt, dass bei einem ausländischen Verurteilten, über den ein Aufenthaltsverbot verhängt wurde, nach Verbüßung der Hälfte der über ihn verhängten Freiheitsstrafe, wobei das Mindestmaß der zu verbüßenden Freiheitsstrafe drei Monate beträgt, bei Vorliegen weiterer, in der Folge noch eingehend darzulegender Voraussetzungen vom weiteren Vollzug der Freiheitsstrafe abgesehen werden kann.

Ein Blick in die bezughabenden Vorschriften des Fremdenpolizeigesetzes (idF FPG) erhellt den Sinn und Zweck dieser neuen Bestimmung des § 133a StVG.

Gemäß § 60 Abs 2 Z 1 FPG kann gegen eine/n Fremden ein Aufenthaltsverbot erlassen werden, wenn diese/r von einem inländischen Gericht zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten, zu einer teilbedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe, zu einer bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten oder mehr als einmal wegen auf der gleichen schädlichen Neigung beruhender strafbarer Handlungen rechtskräftig verurteilt worden ist. Nach § 63 Abs 1 FPG kann auch ein unbefristetes Aufenthaltsverbot erlassen werden, wobei der Lauf dieser Frist mit dem Eintritt der Durchsetzbarkeit des Aufenthaltsverbotes zu laufen beginnt (§ 63 Abs 2 FPG).

Aus § 67 Abs 1 FPG ergibt sich aber, dass der Eintritt der Durchsetzbarkeit des Aufenthaltsverbotes für die Dauer eines Freiheitsentzuges, auf den wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung erkannt wurde, aufgeschoben ist. Dies bedeutet, dass die diesbezüglichen fremdenpolizeilichen Anordnungen somit erst nach Beendigung des Strafvollzuges durchgesetzt werden können. Konsequenz dieser Bestimmung war es daher bisher, dass ausländische Strafgefangene, über die auf Grund der von ihnen zu verantwortenden Straftat ein Aufenthalts-

verbot iSd § 60 Abs 2 Z 1 FPG verhängt worden war, erst nach Verbüßung dieser Freiheitsstrafe (oder nach einer bedingten Entlassung aus einer solchen) zur Ausreise verhalten werden konnten. Genau diese „Sperrwirkung“ kann nunmehr durch die Bestimmung des § 133a StVG nach Verbüßung der Hälfte der über einen Fremden verhängten Freiheitsstrafe hintan gehalten werden.

Neben einem rechtskräftigen Aufenthaltsverbot schreibt § 133a Abs 1 Z 2 StVG vor, dass sich der/die jeweilige Strafgefangene dazu bereit erklären muss, seiner/ihrer Ausreiseverpflichtung unverzüglich nachzukommen. Dass überdies zu erwarten sein muss, dass der/die Strafgefangene dieser Verpflichtung auch tatsächlich nachkommen wird, versteht sich von selbst.

§ 133a Abs 1 Z 3 StVG normiert, dass der Ausreise des/der ausländischen Strafgefangenen überdies auch keine rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisse entgegenstehen dürfen. Zum einen ist hierbei die Frage des gesicherten Feststehens der Identität des/der Strafgefangenen angesprochen. Bei einer nicht zu unterschätzenden Anzahl von ausländischen Häftlingen steht die Fremdenpolizei vor dem Problem, dass entweder die Identität einer Person unklar ist oder aber, dass tatsächlich eine falsche Identität vorliegt und sich der (vermeintliche) Heimatstaat des/der Verurteilten aus diesem Grund weigert, den/die aus dem Strafvollzug Entlassene/n in das jeweilige Land einreisen zu lassen. Durch die Möglichkeit nach Verbüßung der Hälfte der über ihn/sie verhängten Freiheitsstrafe aus der Haft entlassen zu werden, sollen die Verurteilten dazu angehalten werden, ihre wahre Identität preiszugeben und dadurch ein der Durchsetzung des Aufenthaltsverbotes tatsächlich entgegenstehende Hindernis zu beseitigen und eine Ausreise aus Österreich zu ermöglichen.

Zum anderen soll auch das Entgegenstehen von rechtlichen Hindernissen an der Durchsetzung des Aufenthaltsverbotes verhindert werden. Diesbezüglich ist insbesondere an das Refoulementverbot iSd § 50 FPG zu denken, das im Wesentlichen dem Schutz der Menschenrechte dienen soll. Unter dem Grundsatz des non-refoulement versteht man zusammengefasst das Verbot, Personen zwangsweise in einen anderen Staat zu befördern, in welchem sie verfolgt, gefoltert oder unmenschlich behandelt oder anderen schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen ausgesetzt wären.<sup>8</sup> Die Einschränkung des § 133a Abs 1 Z 3 StVG soll eine Umgehung derartiger grundlegender Vorschriften verhindern.

§ 133a Abs 2 StVG sieht vor, dass im Falle der Verurteilung wegen einer Reihe von schwerwiegenden Straftaten ein vorläufiges Absehen vom Strafvollzug nicht möglich ist. Dies betrifft zum einen sämtliche strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung, bei welchen ein Vorgehen nach § 133a StVG grundsätzlich ausgeschlossen ist. Bei Verurteilungen wegen einer strafbaren Handlung gegen Leib und Leben zu einer mehr als dreijährigen Freiheitsstrafe ist die Bestimmung des § 133a StVG ebenso wenig anzuwenden, wie bei sämtlichen Verurteilungen zu Freiheitsstrafen von mehr als fünf Jahren. Zudem kann vom weiteren Vollzug einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren erst nach Ver-

8) Vgl Muzak/Pinter, Fremden- und Asylrecht § 50 ff.



büßung von zwei Dritteln der Strafzeit vorläufig abgesehen werden (§ 133a Abs 2 Z 3 letzter Satz).

Es obliegt dem/der AnstaltsleiterIn die ausländischen Strafgefangenen über die Möglichkeit des vorläufigen Absehens vom weiteren Strafvollzug wegen Vorliegens eines Aufenthaltsverbotes zu informieren (133a Abs 4 StVG). Diese Information hat – in Korrespondenz zur Bestimmung des § 152 Abs 1 StVG betreffend die bedingte Entlassung – zu erfolgen, sobald der/die Strafgefangene binnen des nächsten Vierteljahres sämtliche Voraussetzungen für ein Vorgehen iSd Bestimmung erfüllen wird. Zudem hat der/die AnstaltsleiterIn auch die zuständige Fremdenpolizeibehörde über diesen Stichtag und das diesbezügliche Vorgehen zu informieren. Diese hat in weiterer Folge die Möglichkeit sich dazu zu äußern, ob einer möglichen stattgebenden Entscheidung (tatsächliche oder) rechtliche Hindernisses entgegenstehen.

Die Entscheidung über einen Antrag auf vorläufiges Absehen vom Strafvollzug auf Grund des Vorliegens eines Aufenthaltsverbotes steht jenem in Strafsachen tätigen Landesgericht, in dessen Sprengel die Freiheitsstrafe vollzogen wird (Vollzugsgericht, iSd § 16 Abs 2 Z 10 StVG), zu.

Die Überwachung der Ausreise bis zur Grenze hat der/die AnstaltsleiterIn sicher zu stellen (§ 133a Abs 3 StVG). Zudem obliegt es diesem/er auch, die fremdenpolizeilichen Behörden über die erfolgte Ausreise zu informieren (§ 133a Abs 4 StVG).

Um das Element des „vorläufigen“ Absehens vom Strafvollzug deutlich zu machen, schreibt Abs 3 leg cit vor, dass der/die Strafgefangene für den Fall, dass er/sie entweder seiner/ihrer Ausreiseverpflichtung nicht nachkommt oder während der Dauer des aufrechten Aufenthaltsverbotes in das Bundesgebiet zurückkehrt, umgehend wieder in Haft zu nehmen und der Rest der Freiheitsstrafe zu vollziehen ist.

Zu betonen ist, dass die Normierung des § 133a StVG (überwiegend bloß) auf das Vorliegen formaler Voraussetzungen abstellt. Sobald sämtliche der genannten Bedingungen erfüllt sind, steht einem Vorgehen iSd Bestimmung nichts mehr im Wege. Dies macht deutlich, dass durch diese Bestimmung ein effektives Mittel gegen die Anhaltung von nicht integrierten, ausländischen StraftäterInnen in einem in diesen Fällen nur als Verwahrungsvollzug tätigen Strafvollzug geschaffen werden soll.

Im Gegensatz zu den Vorschriften über die bedingte Entlassung in den §§ 46 ff StGB stellt § 133a StVG auch nicht

auf das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen von general- oder spezialpräventiven Gründen<sup>9</sup> ab.<sup>10</sup> Dennoch ist festzuhalten, dass ein Vorgehen iSd § 133a StVG einer bedingten Entlassung eines/r ausländischen Straftäters/in nach Verbüßung der Hälfte der über ihn verhängten Freiheitsstrafe nicht entgegensteht. Das vorläufige Absehen des Strafvollzuges wegen Vorliegen eines Aufenthaltsverbotes kommt nämlich nur subsidiär zur Anwendung und zwar dann, wenn zu Recht davon ausgegangen werden darf, dass sonstige Maßnahmen, wie das Vorliegen der Voraussetzungen in zwischenstaatlichen Übereinkommen über die Übernahme der Strafvollstreckung, das Absehen vom Strafvollzug wegen Auslieferung iSd § 4 StVG oder eben eine bedingte Entlassung in concreto tatsächlich nicht erfolgen können.<sup>11</sup>

#### 4. Zusammenfassung und Ausblick

Es bleibt festzuhalten, dass der österreichische Gesetzgeber mit den dargestellten gesetzlichen Neuerungen nunmehr aktiv versucht, den in den vergangenen Jahren entstandenen Überbelag in den österreichischen Gefängnissen entgegenzuwirken.

Als erste sichtbare Auswirkung dieses Maßnahmenpaketes hat sich der Insassenstand im Vergleich zum Vorjahr zum Stichtag 01.07.2008 von 8.973 auf „nur noch“ 8.044 Personen reduziert.<sup>12</sup> Dies stellt ein Minus von über 10 % dar.

Unter Zugrundelegung der aufgezeigten Problemkreise, mit denen der österreichische Strafvollzug in den vergangenen Jahren konfrontiert war, ist aber festzuhalten, dass sich der Gesetzgeber aus Sicht des Autors zu einigen sehr wesentlichen und innovativen Novellierungen entschließen konnte. Die Beurteilung über die tatsächliche Wirkung und den Erfolg der ergriffenen Maßnahmen scheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch verfrüht, doch kann auf Grund des oben dargestellten Rückgangs der Anzahl der inhaftierten Personen dennoch davon ausgegangen werden, dass der eingeschlagene Weg ein viel versprechender ist, dessen Ende hoffentlich noch für längere Zeit nicht erreicht sein wird.

*Mag. Dr. Lukas Kollmann ist Rechtsanwaltsanwarter im Büro Soyer Embacher in Wien; kollmann@anwaltsbuero.at*

9) Angemerkt sei an dieser Stelle, dass nach der erfolgten Novellierung des § 46 StGB nunmehr generalpräventive Aspekte nur mehr bei der Prüfung einer bedingten Entlassung zwischen der Hälfte und zwei Dritteln der über den Verurteilten verhängten Freiheitsstrafe, und

auch hier nur mehr in schweren Fällen herangezogen werden können. Nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe haben hingegen generalpräventive Erwägungen bei allen Verurteilungen gänzlich zu entfallen.

10) Vgl VfGH vom 25.06.2008, G 46/08.

11) Vgl 9 Bs 70/08z.

12) „Schwitzen statt Sitzen“ scheint sich zu bewähren, www.derstandard.com vom 28.07.2008.

# Corporate Gender Responsibility

Claudia Saller

Corporate Social Responsibility (CSR), neudeutsch für gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen, hat sich in den letzten Jahren von einem Modethema zu einem heißen Eisen entwickelt, an dem sich gesellschafts- und wirtschaftspolitische Kernfragen entzünden: Wieviel Verantwortung müssen Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt tragen? Welche Anforderungen kann eine Gesellschaft legitimerweise an Unternehmen stellen?

AkteurInnen der Debatte: Auf der einen Seite Interessensvertretungen der Industrie, die CSR als freiwilliges Engagement von Unternehmen sehen. Auf der anderen Seite Interessensvertretungen der Zivilgesellschaft, die verbindliche Regeln für nachhaltiges Wirtschaften einfordern. Schlagworte: Umweltskandale, Kinderarbeit, Massenkündigungen, etc.

Inwiefern CSR auch ein Beitrag zu einer geschlechtergerechten Gesellschaft sein kann, wird leider von beiden Seiten kaum thematisiert. Unternehmen haben *de facto* einen enormen Einfluss auf die hierarchische Geschlechterordnung und auf die Festschreibung von Geschlechterstereotypen. Vom Stellenausschreibungstext über die Besetzung von Spitzenpositionen bis hin zur Entlohnung bestimmen Unternehmen wesentlich die Möglichkeiten der Lebensplanung von Frauen. Die CSR Debatte verleitet aber dazu, die Geschlechterblindheit aus alten Diskussionen zu übernehmen, in zum Teil altbekannte potenzielle Fallen zu tappen und Chancen auf eine nachhaltige Gleichberechtigung der Geschlechter zu verspielen:

Falle Nr. 1: Frauen sind mitgemeint

CSR umfasst auch Maßnahmen in den Bereichen Antidiskriminierung, Frauenförderung, etc. Damit scheinen „Fraueninteressen“ ohnehin inkludiert. Frauen als politische Minderheit mit anderen Minderheiten mitzumeinen, zeugt zwar vielleicht von guten Absichten, kann in der Praxis aber selten den spezifischen Problemstellungen gerecht werden. „Mitmeinen“ ist vielmehr geeignet, spezifische Diskriminierungen weiterhin zu übersehen.

Falle Nr. 2: Stakeholder sind immer auch Frauen

Zentraler Anspruch von CSR ist die Einbeziehung der Stakeholder (ArbeitnehmerInnen, KundInnen, AnrainerInnen, etc.). All diese Gruppen sprechen durch ihre jeweiligen Interessensvertretungen. Ob die spezifischen Problemlagen von Frauen zur Sprache kommen, hängt davon ab, wie präsent sie in den jeweiligen Interessensvertretungen (z.B. Gewerkschaften oder KonsumentInnenorganisationen) sind. Daher sind auch Stakeholderpositionen nicht automatisch geschlechtergerecht.

Falle Nr. 3: Familieninteressen sind Fraueninteressen

Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie ist nur einer von vielen Ansatzpunkten, wenn es um einen gleichwertigen Status der Geschlechter in der Arbeitswelt geht. Er bleibt wirkungslos, wenn nicht gleichzeitig bei der Anzahl der Frauen in Leitungsfunktionen, bei Fragen der Entlohnung oder Aufstiegschancen angesetzt wird. Leider endet Frauenförderung in der Praxis oft bei der Gewährung gesetzlich verankerter Elternrechte: Wenn Frauen z.B. den Pflegeurlaub, der ihnen zusteht, tatsächlich nehmen, oder wenn sie nach einer Karenz wieder dauerhaft in ihren alten Job zurückkehren können.

Falle Nr. 4: Die Einhaltung von Sozialstandards hilft Frauen

Die Spur der Lieferkette vieler Branchen verliert sich am Ende in der informellen Wirtschaft, in der zum überwiegenden Großteil Frauen arbeiten. CSR Maßnahmen, Codes of Conduct und selbst die Kernarbeitsnormen der International Labour Organization greifen hier nicht, da sie nur für formelle Arbeitsverhältnisse gültig und „von oben“ verordnet sind. Was fehlt: Politische Rahmenbedingungen, die den globalen Zusammenhängen gerecht werden, und die intensive Einbeziehung der „betroffenen“ Frauen bei der Planung, Implementierung und Kontrolle von CSR Maßnahmen.

Falle Nr. 5: CSR ist ein Managementtool für nachhaltiges Wirtschaften

Aber wem sitzt im Management? Frauen in Spitzenpositionen großer Unternehmen sind noch immer rar. Und wo sitzt das Management? Im globalen Norden – auch hier eine Zementierung ungleicher Machtverhältnisse zwischen Kontinenten

und Geschlechtern. Selbst wenn in den CSR Abteilungen Frauen „für's Soziale“ abgestellt werden: Die Definitionsmacht darüber, was soziale Verantwortung ist, bleibt in den Händen der Unternehmensleitung. Entschieden wird dort, wo Geld und Macht versammelt sind, auch auf gesamtgesellschaftlicher Ebene: Die CSR Debatte wird von den fast ausschließlich männlich besetzten Interessensvertretungen von Wirtschaft und Industrie geführt, deren enorme PR- Ressourcen sie zu einem dominanten Akteur in dieser Diskussion machen.

Falle Nr. 6: Man kann nicht alles regulieren

In einem Rechtsstaat gewährleisten Gesetze den Schutz seiner BewohnerInnen. Wieso sollte das nicht auch für den Schutz vor Unternehmensaktivitäten gültig sein, die Mensch und/oder Umwelt möglicherweise Schaden zufügen? Auch das vergleichsweise hohe Niveau an Regulierung in Europa hat noch viele Schwachstellen. Etwas sollten wir aus den Erfahrungen der Frauenbewegung für die CSR-Diskussion lernen: Ohne Gesetz keine Veränderung. Freiwilliges Engagement von Unternehmen ist gut und hat Vorbildfunktion. Strukturelle und nachhaltige Verbesserungen konnten aber nur durch einen gesamtgesellschaftlichen Konsens erreicht werden, der sich in gesetzlichen Rahmenbestimmungen manifestiert. Beispiel Norwegen: Erst ein Gesetz für Frauenquoten in Aufsichtsräten bewirkt ein langsames Aufbrechen der „Graue-Herren-Runden“.

Die Liste ließe sich noch weiter fortführen. Schließlich geht es darum, für die Gestaltung der gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen aus alten Fehlern zu lernen und auch in diesem Rahmen die noch lange nicht realisierte Geschlechtergerechtigkeit einzufordern – global und vehement. Wo Gender so maingestreamt ist, dass es als eigenes Thema gar nicht mehr aufscheint, haben wir verloren.

Mag.<sup>a</sup> Claudia Saller ist Geschäftsführerin der zivilgesellschaftlichen CSR-Plattform „Netzwerk Soziale Verantwortung“; [claudia.saller@sozialverantwortung.at](mailto:claudia.saller@sozialverantwortung.at)

Radner/Reissner/Herzog (Hg.)

# Gesetzbuch Arbeitsrecht

7. Auflage, Stand: 1. 10. 2008

632 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5249-2, € 22,50

- Sammlung arbeitsrechtlicher Gesetze
- für Studierende und Praktiker
- übersichtlich gestaltete Griffleiste
- alphabetische Anordnung der Gesetze
- Gesamtstichwortverzeichnis
- mit den umfassenden Änderungen im IESG und BMSVG

**ao. Univ.-Prof. Dr. Gert-Peter Reissner** ist Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Graz.

**Dr. Thomas Radner** ist Leiter der arbeitsrechtlichen Abteilung der Arbeiterkammer Tirol und Fachhochschul-Lektor.

**Mag. Christoph Herzog** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Graz.



A. Schwarz

# Praxishandbuch Vertretungsrecht

237 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5231-7, € 39,-

Die Bedeutung des Vertretungsrechtes nahm in den letzten Jahren deutlich zu. Das vorliegende, nach Praxisbedürfnissen gestaltete Handbuch richtet sich gleichermaßen an Angehörige und interessierte Laien, wie Auszubildende im Bereich des Gesundheitswesens oder der rechtsberatenden Berufe. Es gibt einen leicht verständlichen Überblick über die in unterschiedlichen Rechtsbereichen enthaltenen Vertretungsregeln und enthält eine leicht verständliche Analyse der für die Errichtung von Vorsorgevollmachten oder Patientenverfügungen relevanten Rechtsgrundlagen in einer Sprache, die es auch Nichtjuristen ermöglicht komplexe Sachverhalte kompetent zu beurteilen und eine rechtswirksame Vertretungsregelung nach individuellen Bedürfnissen zu gestalten.

**Mag. Dr. Andrea Schwarz MBA** ist in der Pensionsversicherungsanstalt mit den rechtlichen Angelegenheiten der Sonderkrankenkassen der PVA betraut.

