

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

nr 3. 2009

thema



Postkoloniales Afrika

recht & gesellschaft

Geschäfte bloß zum Schein

Rassismus institutionalisiert

Rauchschwaden der Bevormundung

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · Euro 15,- · ISSN 1019-5394

 VERLAG
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

.....
Judith Schacherreiter · Alexia Stuefer · Ronald Frühwirth · Clemens Kaupa · Lukas Oberndorfer

Lasciate ogni speranza – Oder: Die Hoffnung stirbt zuletzt

Ronald Frühwirth

Seit 1.7.2008 ist nun der AsylGH tätig, dessen Einrichtung und Arbeitsweise mehrfach Gegenstand von Kritik war. Da gegen Entscheidungen des AsylGH lediglich der VfGH angerufen werden kann, ist es Zeit, dessen Rolle im neuen Gefüge des Asylverfahrens einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

Mit Spannung wurden die ersten Entscheidungen des VfGH zum Konzept der neuen Asylgerichtsbarkeit erwartet, die ernüchternd ausfielen. Der VfGH bestätigte das Konzept als verfassungs- und baugesetzkonform und nahm sich weitgehend aus dem Spiel, indem er auf seine eingeschränkten Prüfungsrahmen verwies (siehe etwa VfGH 7.11.2008, U 48/08, FABL 1/2009-II, 8 (*Frühwirth*) = *migralex* 2009, 27 (*Wiederin*)). Die befürchtete Lahmlegung des VfGH ist daher trotz der hohen Anzahl an Beschwerden bis dato nicht eingetreten. Dies liegt wohl vor allem daran, dass in der überwiegenden Anzahl an Fällen die Behandlung der Beschwerden innerhalb sehr kurzer Zeit abgelehnt wird.

Wiederin bemühte Dante Alighieri und meinte in seiner Entscheidungsbesprechung, der VfGH vermittele Beschwerdeführern die Botschaft: „Lasciate ogni speranza“ (sinngemäß: Lasst alle Hoffnung fahren). Dies könne *Wiederin* zufolge auch niemanden überraschen, zumal sich der VfGH schon in der Vergangenheit äußerst erfindungsreich zeigte, wenn es Bedrohungen seiner Funktionsfähigkeit abzuwehren galt. Dem VfGH wäre demnach keine andere Wahl geblieben.

Welchen Schluss muss man daraus ziehen? Der VfGH zeigte schon mehrmals, dass er sich nicht ohne weiteres vom (Verfassungs)gesetzgeber in seine Schranken verweisen lässt, wenn es um drohende Eingriffe in Baugesetze geht oder Bestimmungen den Rechtsstaat in Frage stellen. So sorgte es für viel Aufsehen, als er in einer Vergaberechtsache erstmals eine Verfassungsbestimmung

wegen Verstoßes gegen ein Baugesetz aufgehoben hatte (VfSlg 16.327/2001). Es gibt gute Gründe davon auszugehen, dass die Reform des asylrechtlichen Verfahrens nicht verfassungskonform erfolgte. Hätte der VfGH aber zum Zeitpunkt seiner ersten Entscheidungen im November 2008 wesentliche Teile der Reform gekippt, hätte er rund 800 Entscheidungen aufheben müssen. Ist daher der Schluss zulässig, dass der VfGH zu seinem eigenen Schutz bzw zur Aufrechterhaltung seiner Funktionsfähigkeit bereit ist, dem (Verfassungs)gesetzgeber mehr durchgehen zu lassen?

Auch weitere Aspekte der Entscheidungspraxis des VfGH lassen diese Deutung als berechtigt erscheinen. So hat der VfGH in der schon zitierten Entscheidung mit kaum nachvollziehbarer Begründung festgehalten, dass es keine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter darstellt, wenn der AsylGH trotz Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen kein Grundsatzentscheidungsverfahren einleitet. Im – durchaus vergleichbaren – Fall der unterlassenen Anrufung des EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gilt Gegenteiliges. Die Praxis zeigt auch, dass der Gerichtshof nur in sehr wenigen Fällen Beschwerden die aufschiebende Wirkung zuerkennt. Da aber nur dann eine meist mit der endgültigen Abweisung des Asylbegehrens verbundene Ausweisungsentscheidung ausgesetzt werden kann, erscheint die Einbringung einer Beschwerde für Betroffene wenig nutzbringend.

Dies berücksichtigend müsste man meinen, die Anzahl der Beschwerden würde zurückgehen. Im Gegenteil: Das befürchtete Hereinbrechen einer wahren Beschwerdeflut ist eingetreten. In diesem Jahr wurden bis zu Redaktionsschluss (30.9.2009) bereits über 2.500 Beschwerden in Asylsachen eingebracht. Gegenüber bisher 2.000 bis

3.000 Individualbeschwerden jährlich aus allen Rechtsbereichen bedeutet dies zumindest eine Verdoppelung des Beschwerdeanfalls beim VfGH. Personen, denen die Außerlanderschaffung in ihren Herkunftsstaat droht, wollen eben keine auch noch so geringe Chance ungenutzt lassen. Sie halten daher trotz der extrem niedrigen Erfolgsquote beim VfGH an ihrem letzten Funken Hoffnung fest. Dies hat der VfGH wohl unterschätzt.

Der AsylGH genießt in der Zwischenzeit die neu gewonnene Freiheit, die ihm der VfGH lässt, senkt die Anerkennungsrate massiv und denkt gar nicht erst daran, den VwGH durch Einleitung eines Grundsatzentscheidungsverfahrens wieder in Asylangelegenheiten mitreden zu lassen. Der VfGH begnügt sich damit festzustellen, dass die rechtsstaatlichen Standards verwaltungsgerichtlicher Kontrolle durch die neue Asylgerichtsbarkeit erheblich abgesenkt wurden (VfGH 3.12.2008, U 131/08), klopfte dem AsylGH aber nur einmal auf die Finger indem er aussprach, dass dieser als Gericht in seinen Entscheidungen nicht auf den zuvor ergangenen Bescheid des Bundesasylamts verweisen darf (grundlegend VfGH 7.11.2008, U 67/08). Die überwiegende Anzahl an Entscheidungsaufhebungen ist damit begründet. Dieses Signal hat der AsylGH etwa so aufgefasst: Wenn eine Entscheidung des AsylGH nur ausreichend nachvollziehbar begründet ist und auf das Vorbringen der betroffenen Asylsuchenden eingegangen wird, gibt es keinen Grund für den VfGH, eine Entscheidung zu „heben“.

Was bleibt, ist an dieser Stelle der Appell an den VfGH, seine im Sinne der Aufrechterhaltung seiner Funktionsfähigkeit geübte strenge Praxis zu überdenken. Es gibt eine Möglichkeit den Beschwerdeanfall in Grenzen zu halten und zugleich den Rechtsschutzstandard wieder zu heben, die darin besteht, die Entscheidungen des AsylGH genauer unter die Lupe zu nehmen und ihm klare Richtlinien vorzugeben, sodass gesetzmäßige asylgerichtliche Verfahren garantiert werden können. Entscheidungen des AsylGH können schließlich nur von den Asylsuchenden angefochten werden. Mehr stattgebende Erledigungen des AsylGH bedeuten daher weniger einer Anfechtung zugängliche Entscheidungen. Um es mit Schiller zu sagen: „Frisch also! Mutig ans Werk!“

Inhalt

recht & gesellschaft

Margarethe Flora	Das Scheingeschäft, die Tatprovokation und das faire Verfahren nach Art 6 EMRK	120
Matthias C. Kettemann	Institutionalisierung, Kulturalisierung, Sakralisierung: Rassismus und Islamophobie in Österreich und Europa	125
Helmut Kinczel	Das „EG-Tabakwerbeverbot“: (K)eine Frage der grundrechtswidrigen Bevormundung?	129

thema: postkoloniales afrika

Clemens Kaupa	Vorwort	134
Judith Schacherreiter	Postkoloniale Rechtswissenschaften	135
Gordon R. Woodman	The Common Law Culture in Post-Colonial Africa	142
Caroline Kerschbaumer	The Participation of Victims in South Africa's Reconciliation Process	146
René Kuppe	Die Bewegung der indigenen Völker – Impuls für demokratische Öffnung und Pluralismus in Afrika	151
Silke Steiner	Die EU-AKP Beziehungen nach Cotonou – politischer Dialog oder postkoloniale Einflussnahme?	155
Kettemann / Rauter	The ICC Indictment of Omar Al Bashir	160

rubriken

vor.satz	Ronald Frühwirth Lasciate ogni speranza – Oder: Die Hoffnung stirbt zuletzt	113
merk.würdig	Judith Schacherreiter Das Massaker von Acteal – Repression von sozialen Bewegungen und die Rolle von Justiz und Recht	115
	Christoph Kicker zweiundzwanzig – Ein Kunstprojekt von ZEBRA	116
tat.sache	Joachim Stern Studiengebühren und Gleichstellung – eine Klarstellung	117
nach.satz	Claudia Saller Sprint über die Geschlechtergrenze	168
impressum	119

Das Massaker von Acteal – Repression von sozialen Bewegungen und die Rolle von Justiz und Recht

Judith Schacherreiter

Am 12. August dieses Jahres entschied das mexikanische Höchstgericht über mehrere Rechtsmittel zum „Massaker von Acteal“, ein Gewaltverbrechen das sich im Jahr 1997 zugetragen hatte. Damals wurden im mexikanischen Bundesstaat Chiapas 45 Indigene von einer paramilitärischen Gruppe erschossen. Sie waren in der Kapelle von Acteal versammelt als der Kugelhagel über sie hereinbrach. Die attackierten Indigenen standen der zapatistischen Bewegung nahe, die sich am 1. Jänner 1994 gegen das Nordamerikanische Freihandelsabkommen und die Privatisierungen von Agrarland erhoben hatte. Das Massaker ereignete sich in einer Zeit heftiger Auseinandersetzungen zwischen den Zapatistas und dem mexikanischen Staat. Auch bei den Tätern handelt es sich um Indigene, allerdings mit Nahebeziehung zur damaligen Regierungspartei PRI.¹ Einem Bericht der US Defense Intelligence Agency aus dem Jahr 1999 zufolge leistete das mexikanische Militär den antizapatistischen paramilitärischen Gruppen von Acteal direkte Unterstützung.²

Überlebende konnten zahlreiche Täter identifizieren. Strafprozesse wurden eingeleitet und es kam zu 75 Verurteilungen.³ Schließlich wurden Rechtsmittel erhoben, denen das Höchstgericht (mit 4:1 Stimmen) nunmehr am 12. August größtenteils stattgab.⁴ 20 Inhaftierte (von den Überlebenden als Täter identifiziert) wurden aus der Haft entlassen. Es handle sich um keine Entscheidung über

deren Schuld, so das Gericht. Die Freilassung gründe sich vielmehr darauf, dass Staatsanwaltschaft und Unterinstanzen im Beweisverfahren prozessuale Rechte der Inhaftierten verletzt hätten.⁵

Auf rechtsdogmatischer Ebene kreist die Entscheidung um den Einfluss der prozessualen Fehler auf die Urteilsfindung der Unterinstanzen.⁶ Höchstrichter Valls argumentierte in seinem abweichenden Votum, dass die von den Fehlern betroffenen Beweise für den Schuldanspruch nicht ausschlaggebend gewesen seien. Dem entgegnete der Höchstrichter Silva Meza: „Acteal ist eine gute Gelegenheit für das Gericht, den für die Strafverfolgung zuständigen Autoritäten eine klare Botschaft zu vermitteln: In ihrem Handeln müssen sie stets Verfassung und Menschenrechte respektieren.“⁷

Was verbirgt sich hinter der juristischen Argumentation? Soziale Bewegungen, Menschenrechtsorganisationen, Intellektuelle und RechtswissenschaftlerInnen übten heftige Kritik an der höchstrichterlichen Entscheidung.⁸ Das Urteil „verdunkle ein Staatsverbrechen“ und stelle „für die Regierung verrichtete schmutzige Arbeit“ straffrei, so eine von WissenschaftlerInnen und Intellektuellen unterzeichnete Protesterklärung.⁹ Es würde paramilitärische Operationen in Chiapas vorantreiben und die Sicherheit von Überlebenden und Zeugen des Massakers bedrohen, kritisierte ein mexikanischer Bischof.¹⁰ „Neuerlich hat sich bestätigt, dass es in

Mexiko keinen Rechtsstaat gibt“, meinte der Verfassungsjurist Arteaga Nava. Für ihn handelt es sich beim Fall Acteal um einen „politischen Prozess“, in dem das Gericht jenen Straffreiheit erteilt, die staatliche Repressionsstrategien vollstrecken.¹¹

Die Bedeutung des Urteils ist daher im politischen Kontext zu sehen. Das Gericht schreibt eine Justiz fort, die mit Rechtsdogmatik, juristischen Formalismen und abstrakten Konzepten staatliche Repression gegenüber sozialen Bewegungen legitimiert. Der letzte Höhepunkt dieser Art von Justiz war das Urteil im Fall Atenco vom Februar dieses Jahres. Dabei ging es um Menschenrechtsverletzungen der mexikanischen Exekutive im Rahmen der Proteste von Atenco 2006. Die Entscheidung lief darauf hinaus, dass es zwar Menschenrechtsverletzungen gegeben habe, dafür aber niemand verantwortlich gemacht werden könne, außer wenige Exekutivbeamte der untersten Hierarchieebene als Einzelpersonen.¹² Auf der anderen Seite befinden sich AktivistInnen von Atenco (die sich erfolgreich gegen den Bau eines Flughafens auf ihrem Land gewehrt hatten und ebenfalls der zapatistischen Bewegung nahe stehen) nach wie vor in Haft.¹³ Den prozessualen Rechten dieser Angeklagten, so ein ehemaliger Vikar aus Chiapas, sei weit weniger Gewicht beigemessen worden als nunmehr jenen im Fall Acteal.¹⁴ Zu befürchten ist, dass die Justiz ihre Linie gegen soziale Bewegungen in den anhängigen Verfahren zu den Protesten 2006 in Oaxaca¹⁵ beibehält.

So können Recht und Justiz funktionieren, wenn soziale Bewegungen gegen neoliberale Politik und Staatsrepression aufbegehren. Als scheinbar unabhängige Instanz, die mit scheinbar unpolitischen juristischen Konzepten scheinbar rein juristische Urteile fällt – und dies allenfalls sogar noch im Namen der Menschenrechte – operiert die Justiz als Legitimierungsapparat für eine Repressionsmaschinerie, die sich Rechtsstaat nennt.

1) *Bellinghausen*, Acteal. Crimen de Estado (2008).

2) Die Dokumente sind auf der Homepage des National Security Archive abrufbar, <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB283/index.htm>. Vgl auch den Bericht in der mexikanischen Tageszeitung *La Jornada* 21. 8. 2009, 3. Die Berichte dieser Zeitung sind auch online abrufbar, vgl www.jor-

nada.unam.mx.

3) *La Jornada* 13.8.2009, 6.

4) Primera Sala, Amparo Directo 9/2008 (Erster Senat, Rechtsmittelnummer 9/2008).

5) Berichte in *La Jornada* 13.8.2009, 2 f.

6) Dazu auch das Interview mit einem der Höchstrichter in *La Jornada* 19.8.2009, 10.

7) *La Jornada* 13.8.2009, 3.

8) Vgl zB das Centro de los Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas am 20.8.2009: http://www.frayba.org.mx/archivo/boletines/090820_29_desinformacion_y_engano_de_gobiernos.pdf; *La Jornada* 13.8.2009, 8.

9) *La Jornada* 13.8.2009, 8.

10) *La Jornada* 13.8.2009, 9.

11) *La Jornada* 13.8.2009, 8.

12) *La Jornada* 13.2.2009, 2 und

5; vgl dazu auch die Kritik der Comisión Civil Internacional de los Derechos Humanos in *La Jornada* 16.2.2009, 3.

13) *La Jornada* 30.5.2009, 13 und 7.6.2009, 13.

14) *La Jornada* 10.8.2009, 8.

15) Dazu *Castellanos*, Die 2006-Bewegung in Oaxaca oder der Ausnahmezustand, *juridikum* 2008, 166.

zweiundzwanzig – Ein Kunstprojekt von ZEBRA

Christoph Kicker

Begonnen hat alles vor 22 Jahren, als das interkulturelle Beratungs- und Therapiezentrum ZEBRA mitten im Zentrum der Öffentlichkeit stand, weil in Graz ein menschenrechtlicher Skandal aufgedeckt wurde. Im Grazer Polizeigefangenenhaus saßen zwei Mütter aus dem Iran mit insgesamt sieben Kindern in Schubhaft – das jüngste davon war vier Jahre alt – und sollten in ihre kriegsführende Heimat (Iran-Irak-Krieg) abgeschoben werden. ZEBRA gelang es, mit Hilfe von Öffentlichkeit, Politik und anderen Netzwerken kurz vor der Abschiebung die Entlassung aus der Schubhaft zu bewirken. Heute sind sie integrierte StaatsbürgerInnen.

Viele solcher Fälle und Ereignisse sollten folgen und tausende Flüchtlinge und AsylwerberInnen aus Krisengebieten aus aller Welt wurden in der Folge von ZEBRA rechtlich, sozial und therapeutisch begleitet. Kingsley Gunasekera ist einer von ihnen. Im Jahr 1991 kam der Mann aus Sri Lanka nach Graz, nachdem seine Eltern und seine beiden Geschwister brutal ermordet wurden. Die tödliche Mischung aus Mordanschlägen, Folter und Erpressungen seitens der radikal-terroristischen Separatistenbewegung LTTE und offener staatlicher und politischer Repression durch die Sri Lankische Armee zwang ihn zur Flucht. In Graz wurde er von ZEBRA viele Jahre lang begleitet und auch therapeutisch betreut. Er weiß bis heute nicht, wer seine Familienmitglieder ermordet hat.

Kingsley ist einer von zehn MigrantInnen, die sich an einem außergewöhnlichen Kunstprojekt beteiligen. Zehn bildende Künstler und Künstlerinnen stellen im Jahr 2009 für ZEBRA ein Werk her – stellvertretend für die tausenden Menschen, mit denen der Verein in den vergangenen 22 Jahren arbeiten durfte. Das Besondere an der Aktion: Sie treffen auf renommierte steirische Künstlerinnen und Künstler, mit denen sie gemeinsam an der Erstellung ihrer Werke arbeiten. Diese Begegnungen selbst werden so zu einem Teil des Kunstprojekts, indem sie den Prozess der Annäherung und das ge-

meinsame Handeln verschiedener Kulturen thematisieren.

Die Grundlage der Kunstwerke bildet die Geschichte von Menschen, die in den letzten 22 Jahren in Verbindung mit ZEBRA standen und stehen. Personen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt mit ZEBRA in Berührung gekommen sind und in deren Leben sich durch diese Begegnung etwas verändert hat. In manchen Fällen liegen diese Kontakte viele Jahre zurück. Die Menschen haben sich weiter entwickelt, sind zu StaatsbürgerInnen geworden, haben ein neues Leben aufgebaut, sind in ihrer neuen Heimat angekommen. Diesen „Lebensgeschichten“ gilt das Interesse der Aktion. Die „ZEBRA-Lebensgeschichte“ wurde ebenso von derartigen Begegnungen geprägt. Die bei ZEBRA arbeitenden und engagierten Menschen sind nachhaltig beeinflusst worden, auch die Organisation hat sich weiterentwickelt und verändert. Schließlich wird mit dem Projekt neben der biografischen Arbeit auch der politische Rahmen miterzählt: 22 Jahre Migrations- und Asylpolitik in Österreich. Verschiedene Flüchtlingsbewegungen nach Österreich, zuerst der Zusammenbruch des „Ostblocks“, dann der Zerfall von Jugoslawien, neuere Krisenherde wie Iran, Irak, Afghanistan, Tschetschenien, aber auch die Migrationsbewegungen aus der Türkei, aus Ost- und Südosteuropa und Afrika – sie alle spiegeln sich auch in der Arbeit von ZEBRA wider.

Begleitet und kuratiert wird die Kunstaktion vom Grazer Kunstverein <rotor> und Martin Behr (G.R.A.M.). Als Abschluss und zugleich Höhepunkt der Jubiläumsfeierlichkeiten findet am 27. November 2009 eine Galaveranstaltung im Heimatsaal statt (siehe Infokasten), bei der unter anderem die „Kunstbox 22 Jahre ZEBRA“, bestehend aus jeweils zehn Werken der zehn KünstlerInnen, in limitierter Auflage zum Verkauf angeboten wird. Daneben werden die Begegnungen auch filmisch dokumentiert und die Geschichte ZEBRAS durch die Geschichten von Flüchtlingen und MigrantInnen nachgezeichnet. Der Film

„...begegnungen ...“, produziert von der Art-Media unter der künstlerischen Leitung von Renate und Andreas Meschuh wird in einer Preview bei der Galaveranstaltung vorgestellt.

Begonnen hat alles vor 22 Jahren. Doch die Einhaltung der Menschenrechte im Zuge der österreichischen Asylpolitik ist auch heute noch kein selbstverständliches Gut. Im Gegenteil: Sich ständig verschärfende Asylbestimmungen seit Jahren, offen geführte rassistische Wahlkämpfe und die politische und mediale Gleichsetzung von Asyl mit Begriffen wie „Missbrauch“ oder „Kriminalität“ machen die Arbeit von ZEBRA und anderen NGOs heute wichtiger denn je. In der öffentlichen Debatte wird der Blick nur allzu gern auf Migrationsstatistiken gelenkt. Zahlen kennen keine Schicksale. Dabei hat jeder einzelne Mensch eine Geschichte zu erzählen, so wie Kingsley und die Anderen. Ihnen zuzuhören und ihre Kunstwerke zu bestaunen, verspricht eine ganz eigene Art der „Begegnung“.

Übrigens: Kingsley betreibt seit dem Sommer 2006 sein eigenes Lokal in der Volksgartenstraße in Graz. Er ist endgültig in seiner neuen Heimat angekommen.

Christoph Kicker ist Redakteur beim Zebratl, dem Fachmagazin des Vereins ZEBRA; zebra@zebra.or.at

GALAVERANSTALTUNG

- Eröffnung und Rückblick auf 22 Jahre ZEBRA
- Präsentation der Filmdoku „...begegnungen ...“
- Verkauf der „Kunstbox 22 Jahre ZEBRA“

Datum: **27. November 2009**
17:00 – 19:00 Uhr

Ort: **Heimatsaal,**
Paulustorgasse 13a, Graz

VERNISSAGE Lebensgeschichte(n)

10 KünstlerInnen – 10 ZEBRA-KlientInnen – 22 Jahre Migrations- und Asylpolitik in Österreich
Ausstellungseröffnung der 10 Hauptwerke mit anschließendem Buffet

Datum: **27. November 2009**
(Eröffnung 20:00 Uhr)

Ort: **Volksgartenstraße 6a,**
8020 Graz

Studiengebühren und Gleichstellung – eine Klarstellung

Joachim Stern

Tausende Studierende haben bislang von der teilweisen Abschaffung der Studiengebühren 2008 nichts bemerkt, auch wenn sie „leistungswillig“¹ sind: Nur InländerInnen, UnionsbürgerInnen oder Studierende „denen Österreich auf Grund eines völkerrechtlichen Vertrages (wie zB der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 55/1955) dieselben Rechte für den Berufszugang zu gewähren hat wie Inländern“ sind gem § 91 Abs 1 UG² ex lege von der Entrichtung der Gebühren befreit, wenn sie sich innerhalb der Mindeststudiendauer plus Toleranzsemester befinden. Zudem können aber auch nur diese Personen Verhinderungsgründe wie Schwangerschaft, Krankheit, Kinderbetreuung, Behinderung, Erwerbstätigkeit und – nunmehr den Bezug von Studienbeihilfe³ – geltend machen.⁴

Für Drittstaatsangehörige gibt es zwar eigene Gründe für einen Erlass des Beitrags. Diese knüpfen aber nicht an die individuelle Situation an, sondern daran, ob mit einer etwaigen Heimatuniversität gegenseitige Beitragsfreiheit besteht oder ob die Studierenden aus „den am wenigsten entwickelten Ländern“ stammen.⁵

Zusätzlich kann der/die BMWF durch Verordnung Staaten festlegen, deren Angehörigen der Studienbeitrag erstattet werden kann und zwar „entsprechend den Schwerpunktsetzungen Österreichs

bei den Maßnahmen zur Unterstützung und Förderung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Entwicklungsländer sowie der Unterstützung der Reformländer Zentral- und Osteuropas“. Diese Erstattung ist im Gegensatz zum Verfahren zur Geltendmachung eines Erlassgrundes, in dem immerhin ein Bescheid des Rektorats und eine Berufung an den Senat vorgesehen sind, stark vorrechtsstaatlich ausgestaltet: sie geschieht ausdrücklich im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung und ohne Rechtsanspruch.⁶

Zentral ist daher die Frage, welche Personen von der Gleichstellungsklausel des § 91 Abs 1 UG erfasst sind. Keine Universität bietet auch nur annähernd vollständige Informationen darüber und – soweit bekannt – gehen sämtliche Institutionen alleine aufgrund der Staatsangehörigkeit von einer Nichtgleichstellung aus und schreiben Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen prinzipiell Gebühren vor.

Das Wort „Berufszugang“ fand 1991 erstmals Eingang in die österreichische Rechtsordnung, um zur Vorbereitung auf den geplanten EWR- und anschließenden EWG-Beitritt die in den Verträgen enthaltenen Diskriminierungsverbote umzusetzen. Gleichlautende Klauseln wurden für die Zulassung zu den Hochschulen und der ebenfalls als Zulassungsvoraussetzungen zu qua-

lifizierenden Studiengebühren⁷ vorgesehen;⁸ eine Parallelität, die 1997 durchbrochen wurde, als die Gleichberechtigung bei der Zulassung zum Studium wie auch heute in § 61 Abs 3 und § 63 Abs 3 UG auf EU- und EWR-BürgerInnen beschränkt wurde.

Die europarechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art 39 EGV erfasst nur dort den Hochschulzugang direkt, wo es sich um Berufsausbildung handelt. Darunter fällt zwar auch eine Hochschulbildung.⁹ Das Recht auf generell gleichen Hochschulzugang für UnionsbürgerInnen wurde jedoch über das allgemeine gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV hergestellt.¹⁰ Dass das Wort Berufszugang aber auch einen unter den Freizügigkeitsqualitäten angesiedelten Arbeitsmarktzugang erfasst, zeigt sich auch an der Neufassung der Regelung: Durch die ausdrückliche Nennung von UnionsbürgerInnen sollten offensichtlich die noch keinen freien Arbeitsmarktzugang genießenden BürgerInnen der Beitrittsländer erfasst werden. Der Begriff ist schließlich durch die exemplarisch genannte Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) abgesteckt, aus der kein allgemeines Gebot zur Gleichbehandlung mit InländerInnen bei Erwerbstätigkeit abgeleitet wird.¹¹ Unter „Berufszugang“ fällt somit jeder völker- oder europarechtlich zu gewährenden Zugang zu Erwerbstätigkeit – ob unselbständig oder selbständig. Damit sind jedenfalls auch folgende Personen erfasst:

Familienangehörige von Unions- und EWR-BürgerInnen: EhegattInnen, Verwandte (auch des Partners/der Partnerin) in absteigender Linie bis 21, darüber hinaus und in aufsteigender Linie soweit ihnen Unterhalt gewährt wird – unabhängig von der Staatsangehörigkeit;¹² freier Arbeitsmarktzugang; gleicher Zugang zu Berufsausbildung für

1) So der Initiativantrag 890/A 23. GP.

2) Universitätsgesetz 2002 idF BGBl I 2008/134.

3) § 92 Abs 1 Z 3-7 UG idF BGBl I 2009/81.

4) Diese Befreiungsgründe werfen schon in sich gravierende gleichheitsrechtliche Bedenken auf: Siehe dazu *Perthold-Stoitzner*, Verfassungsrechtliches zur Neuregelung der Studienbeitragspflicht, in *Hauser/Kostal* (Hrsg), Jahrbuch Hochschulrecht 2009, 115ff.

5) § 92 Abs 1 Z 3 UG, Anl 3 Studienbeitragsverordnung (StubeiV) 2004, BGBl II 2004/55; Welcher Maßstab dieser Liste zugrunde liegt

ist nicht bekannt, die Sachlichkeit der VO ist punktuell stark in Zweifel zu ziehen. Während das vom UNDP auf Rang 123 eingestufte São Tomé und Príncipe oder die Komoren mit Rang 134 auf die Liste gesetzt wurden, fehlen wesentlich unterentwickeltere Länder wie Nigeria (Rang 158), Ghana (153) oder Kamerun (144): *UNDP*, Human Development Report 2007-2008, 231f;

6) § 92 Abs 9, 10 UG, Anl 1, 2 StubeiV 2004.

7) So schon der EuGH Rs 293/83, *Gravier*, Slg 1985, 593, Rz 26.

8) § 7 Abs 3 Hochschul-Studiengesetz idF

BGBl 1991/280; § 1 Abs 3 Hochschul-Taxengesetz 1972 idF BGBl 1992/307.

9) Insb Rs *Gravier*, siehe FN 7.

10) S für Österreich insb EuGH Rs C-147/03 v 7.7.2005; S *Lachmayer/Bauer* (Hrsg), Praxiswörterbuch Europarecht, Freizügigkeit, Studierende, 408f.

11) S *Pinter*, Art 18 GFK, in *Muzak/Pinter*, Fremdenrecht 5. EL (2002).

12) Ist die/der UnionsbürgerIn als Hauptzweck StudentIn: nur EhegattInnen und Kinder, denen Unterhalt gewährt wird: Art 7 Abs 4 RL 2004/38/EG.

Kinder; zusätzlich allgemeines Diskriminierungsverbot.¹³

SchweizerInnen und Familienangehörige: SchweizerInnen, ihre EhegattInnen und unterhaltsberechtigte Kinder bzw Kinder unter 21, unabhängig von Staatsangehörigkeit: Arbeitsmarktfreizügigkeit; Kinder auch wenn Eltern Freizügigkeit nicht in Anspruch nehmen: Gleichbehandlungsanspruch mit InländerInnen bei Berufsausbildung.¹⁴

Türkische ArbeitnehmerInnen: Freier Zugang zu jeder Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis nach vier Jahren Beschäftigung;¹⁵ Familienangehörige (Begriff weitgehend wie bei UnionsbürgerInnen)¹⁶ nach fünf Jahren Wohnsitzdauer: freier Zugang zu jeder Beschäftigung; Kinder, deren türkische Eltern drei Jahre beschäftigt waren und die in Österreich Berufsausbildung abgeschlossen haben: direkt nach Ausbildungsabschluss (vorteilhaft etwa bei BHS-Matura).¹⁷ Zusätzlich: „türkische Kinder“¹⁸ unabhängig von Alter und Unterhalt, wenn sie „ordnungsgemäß bei ihren Eltern wohnen“¹⁹: Inländerbehandlungsanspruch bei Bildung.²⁰

Langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige: InhaberInnen eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt-EG“ – alte Aufenthaltstitel, insb Niederlassungsnachweis und einige unbefristete Niederlassungsbewilligungen können als Daueraufenthalt-EG weitergelten:²¹ Zugang zu unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit wie UnionsbürgerInnen; Gleichbehandlungspflicht bei allgemeiner und beruflicher Bildung einschließlich Stipendien und Ausbildungsbeihilfen;²² „Daueraufenthalt-EG“ eines anderen Staates begründet Gleichbehandlungspflichten

bei Bildung wenn zusätzlich österreichischer Aufenthaltstitel vorliegt.²³

Drittstaatsangehörige nach Familienzusammenführung: Nach spätestens zwölf Monaten: gleiches Recht wie Zusammenführende/r auf Zugang zu Erwerbstätigkeit; ohne Wartefrist: gleiches Recht auf Zugang zu Bildung (Symmetrieanspruch); Volljährige Kinder (Zeitpunkt des Nachzugs maßgebend) und Verwandte in aufsteigender Linie können von Gleichbehandlung am Arbeitsmarkt ausgeschlossen werden.²⁴

Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte: Unmittelbar nach Zuerkennung: freier Zugang zu selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit – 12-monatige Wartefrist für subsidiär Schutzberechtigte nicht mehr relevant.²⁵ Im Hinblick auf Flüchtlinge ist zusätzlich zu beachten, dass die GFK bei sekundärer Bildung, insb auch in Fragen des Gebührenerlasses, vorsieht, dass Flüchtlingen die günstigste Behandlung, die möglich ist, zuteil wird.²⁶ Dies müsste wie schon bis zur Novelle 2008 ein allgemeiner Erlass für Flüchtlinge sein, wie er Angehörigen der unterentwickeltesten Länder gewährt wird.

All diese Personen sind wie InländerInnen ex-lege von den Studiengebühren befreit, wenn sie die Voraussetzungen im Hinblick auf die Studiendauer erfüllen, und sind darüber hinaus in vollem Umfang zur Einbringung von Anträgen zum Erlass des Studienbeitrages berechtigt. Wenn die Universität über die zur Beurteilung dieser Frage relevanten Daten nicht verfügt, hat sie von Amts wegen ein Ermittlungsverfahren einzuleiten und betroffene Studierende aufzufordern, die zur Beurteilung ihres Status notwendigen Informationen bekannt zu

geben. Macht die Universität dies nicht, empfiehlt sich, bei der Universität einen formlosen Antrag auf Feststellung der Eigenschaft gem § 91 Abs 1 UG unter Beifügung von Kopien des Aufenthaltstitels und Verweis auf die entsprechende RL beim Rektorat einzubringen. Damit ist zumindest gesichert, dass in Zukunft die gesetzliche Gleichbehandlung gewährt wird.

Fraglich ist jedoch, wie eine Rücküberweisung eines zuviel geleisteten Studienbeitrags erreicht werden kann. Während die StubeiVO 2001 für solche Fälle schlichter Mehrbezahlung noch eine dreijährige Rücküberweisungsmöglichkeit vorsah,²⁷ ist die Frage seit 2004 nicht mehr geregelt. Die Bestimmungen für Erlass und Erstattung der StubeiV 2004, die 6-monatige Fristen vorsehen, erfassen eine schlichte Überbezahlung jedenfalls nicht. Anzumerken ist schließlich, dass die Vorschriften in aller Regel nicht die Mindestanforderungen eines Bescheides erfüllen und damit kein – wenn auch rechtswidriger – Erwerbstitel besteht.

Somit ist zum einen auf Kooperation der Universität zu setzen, die ansonsten Eigentum ohne entsprechenden Titel zurückbehalten würde, was schon im Hinblick auf das Eigentumsrecht des Art 1 1. ZP EMRK unzulässig wäre. Zum anderen bleibt eine Möglichkeit, über das Gleichbehandlungsgesetz Schadenersatz in Höhe des Studienbeitrags zu fordern:²⁸ Denn durch die Vorschriften alleine aufgrund der AusländerInneneigenschaft besteht der dringende Verdacht einer Diskriminierung beim Zugang zu Bildung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit unter die auch die nationale Herkunft fällt. Un-

13) Art 23, 24 RL 2004/38/EG, Art 12 VO 1612/68/EWG; für Angehörige von EWR-BürgerInnen anwendbar durch Beschluss des EWR-Ausschusses 158/2007 v. 7.12.2007, ABI L 2008/124, 20.

14) Sog „Bilaterale“: Abkommen zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Freizügigkeit, ABI L 2004/114, 6; Anhang I Art 3, Z 5, 6, Art 8ff.

15) Art 6 Beschluss 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei v 19.9.1980 (ARB 1/80).

16) Im Detail *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG-Türkei (2005) 92ff.

17) Art 7 ARB 1/80.

18) Art 9 ARB 1/80; Die Formulierung bezieht sich hier auf Kinder türkischer Staatsangehörigkeit, dafür ist jene der Eltern egal.

19) Dafür reicht schon ein bloßer Nebenwohnsitz bei (und nicht notwendigerweise vor) der Zulassung zum Studium aus: *Akyürek*, Assoziationsabkommen 149ff; s auch VwGH 29.9.1998, 98/09/0081.

20) *Feik*, Rechte der Familienangehörigen von Arbeitnehmern türkischer Staatsangehörigkeit, ZUV 2001, 11; *Akyürek*, Assoziationsabkommen 103ff, 149ff.

21) NAG-DurchführungsVO BGBl II 2005/451; Der Auffassung mancher Universitäten, dass ein positiver Studienbeihilfenbescheid als Nachweis für die Langfristigkeit gilt, ist zuzustimmen, dabei muss aber auch ein negativer Bescheid gezählt werden, wenn die Ablehnung nicht in den personellen Voraussetzungen des § 4 StudFG begründet ist, sondern etwa in mangelndem Studienerfolg oder in mangelnder sozialer Bedürftigkeit.

22) Art 11 Abs 1 RL 2004/109/EG.

23) Art 14 Abs 2 RL 2004/109/EG.

24) Art 14 RL 2003/86/EG; *Ecker*, Familienzusammenführung (2008) 274ff.

25) Art 26 RL 2004/83/EG; § 1 Abs 2 lit a AuslBG idF BGBl I 2007/78.

26) Art 22 Abs 2 GFK: Die deutsche Übersetzung in BGBl I 1955/55 „ebenso günstige Behandlung“ wird dem Vertragstext „treatment as favourable as possible/traitement aussi favorable que possible“ nicht gerecht; sie unterscheidet sich ohne Grund von der Übersetzung der im Original identen Phrase in Art 18, 19 GFK.

27) § 6 Abs 4 StubeiVO 2001 BGBl II 2001/205.

28) §§ 31, 35 Gleichbehandlungsgesetz idF BGBl I 2008/98.

Heftrückschau

Die Juridikum-Themen seit 2001

Auf www.juridikum.at können Sie Einzelhefte bestellen.
Alle Ausgaben, die älter als zwei Jahre sind, können Sie
im Volltext abrufen.

Heft 2/2009: Festung Europa
Heft 1/2009: 1934
Heft 4/2008: Türkei
Heft 3/2008: Strafrecht – neue Wege?
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

verschiedene Behandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit sind nur dort zulässig, wo sie sich aus der damit verbundenen Rechtsstellung ergeben. Das ist hier aber gerade nicht der Fall.²⁹

Während sich § 91 Abs 1 UG als diskriminierend vollzogene Öffnungsklausel zeigt, die nur punktuell einer direkten Anwendung von Gemeinschaftsrecht weichen muss, erweisen sich die Bestimmungen der § 61 Abs 3 und § 63

Abs 3 UG, die nur EU- und EWR-BürgerInnen beim Zugang zum Studium gleichberechtigten, als weitgehend europarechtswidrig und nicht anwendbar.

*Mag. Joachim Stern, MA.,
ist Universitätsassistent am
Institut für Staats- und
Verwaltungsrecht der
Universität Wien;
joachim.stern@univie.ac.at*

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.-Assⁱⁿ. Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter, RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer, RAA Mag. Ronald Frühwirth, Mag. Clemens Kaupa, Mag. Lukas Oberndorfer

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21
A-1070 Wien, Tel. 01/610 77
Abonnements: +43 1 680 14-0, Fax: -140
Anzeigenkontakt: Frau Schnell
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner

Preis:

Jahresabonnement: Euro 50,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienner: Euro 19,-
Einzelheft: Euro 15,- (exkl. Euro 9,90 Porto- und
Versandkosten [Inland] sowie Euro 14,90 [Ausland])
Probebezug: Euro 6,90
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Drⁱⁿ. Pia Abel; Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, LL.M.;
Miriam Broucek; Mag^a. Nina Eckstein, RAⁱⁿ Mag^a.
Doris Einwallner; Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl, LL.M.;
RAA Mag. Ronald Frühwirth; Drⁱⁿ. Nicole Hofmann;
Mag. Clemens Kaupa; Mag. Matthias C. Kettemann;
Univ.-Ass. Dr. Konrad Lachmayer; Drⁱⁿ. Nora Melzer-
Azodanloo; Mag. Lukas Oberndorfer; Mag^a. Eva
Pentz; RAAⁱⁿ Mag^a. Ines Rössli; Mag^a. Drⁱⁿ. Judith
Schacherreiter; Dr. Oliver Scheiber; Brian-Christopher
Schmidt; ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek; RA
Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer; Mag. Thomas Sperlich;
Mag. Joachim Stern, MA.; RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer;
Mag^a. Alice Wagner; Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin;
RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria Windhager

AutorInnen dieser Ausgabe:

Margarethe Flora, Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa,
Caroline Kerschbaumer, Matthias C. Kettemann,
Christoph Kicker, Helmut Kinczel, Rene Kuppe,
Thomas Rauter, Claudia Saller, Judith Schacherreiter,
Silke Steiner, Joachim Stern, Gordon Woodman

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21,
A-1070 Wien (Geschäftsführer: Dkfm.
André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der
Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH
Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart
(Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G.
Brauer) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift
juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für
kritik|recht|gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins
„CONTEXT – Verein für freie Studien und brauchbare
Information“, Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien. Die
grundlegende Richtung des juridikum ergibt sich aus
den Statuten des Vereins CONTEXT und aus dem Inhalt
der veröffentlichten Texte. Erscheinungsort: Wien.

Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer
Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte

bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Assⁱⁿ. Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter
Institut für Europarecht, Internationales Recht
und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät der
Universität Wien Schottenbastei 10-16, 1010 Wien
Tel: +43 1 42 77 35 130, Fax: +43 1 42 77 9351
judith.schacherreiter@univie.ac.at
RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer: stuefer@anwaltsbuero.at
RAA Mag. Ronald Frühwirth:
r.fuehwirth@kocher-bucher.at
Mag. Clemens Kaupa: clemens.kaupa@univie.ac.at
Ass. Mag. Lukas Oberndorfer:
lukas.oberndorfer@univie.ac.at
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.
Beiträge werden anonym an externe Gutachter-
Innen ausgesandt, bevor über eine Veröffentlichung
entschieden wird.

29) Dazu ausf. Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG (2009) 665ff, 677ff
mwN.

Das Scheingeschäft, die Tatprovokation und das faire Verfahren nach Art 6 EMRK

Margarethe Flora

1. Einleitung

Seit den 70er Jahren werden in Österreich geheime Ermittlungsmethoden zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt. Zu diesen Ermittlungsmethoden zählen verdeckte Ermittlungen und die Durchführung von Scheingeschäften: Verdeckte Ermittler¹ beobachten die Szene, befragen Zeugen und Verdächtige und treten selbst als potenzielle Käufer von illegalen Gegenständen auf.² Es ist vor allem im Bereich der Drogenkriminalität üblich, dass sich verdeckte Ermittler als Käufer von Drogen ausgeben, um dann beim Kauf die Vertragspartner und möglichst auch ihre Hintermänner zu verhaften.

Mit dem Strafprozessreformgesetz³ wurden verdeckte Ermittlungen (§ 131 StPO) und derartige Scheingeschäfte (§ 132 StPO) erstmals ausdrücklich für zulässig erklärt. Andererseits ist es verboten, dass verdeckte Ermittler Personen zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer Straftat verleiten (§ 5 Abs 3 StPO). Damit wurde das Lockspitzelverbot nach § 25 StPO aF

fast wortgleich in das neue Recht übernommen. Auch der EGMR sieht staatliche Tatprovokationen als unzulässig und als Verletzung des fairen Verfahrens nach Art 6 Abs 1 EMRK an.⁴ Der Gesetzgeber und der OGH gehen dabei davon aus, dass die neuen Regelungen (§ 131ff StPO) und die bisherige österreichische Rechtsprechung⁵ der Judikatur des EGMR zu dieser Frage entsprechen. Es bleiben aber Fragen offen, die im Folgenden diskutiert werden sollen.

2. Notwendige formelle Voraussetzung für die Zulässigkeit von Scheingeschäften

Nach § 133 StPO mussten bisher alle Scheingeschäfte außer bei Gefahr in Verzug von der Staatsanwaltschaft angeordnet werden. Nach den Änderungen durch das Budgetbegleitgesetz 2009⁶ braucht es keine staatsanwaltliche Anordnung mehr, wenn es sich um die Sicherstellung von Suchtmitteln oder Falschgeld handelt. Auch die Kontrolle eines solchen Geschäftes durch den

Rechtsschutzbeauftragten wurde gestrichen (§ 147 Abs 1 Z 2 StPO).⁷ Da der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass der Großteil der durchgeführten Scheingeschäfte Suchtmittel betrifft⁸ und aus der Rechtsprechung sonst nur noch Scheingeschäfte mit Falschgeld bekannt sind, dürfte die Anordnungskompetenz der Staatsanwaltschaft für Scheingeschäfte totes Recht werden. In diesem Bereich darf die Kriminalpolizei aus budgetärer Not von nun an eigenmächtig handeln!⁹

Die Durchführung von Scheingeschäften ohne staatsanwaltliche oder richterliche Kontrolle entspricht nicht den Vorgaben des EGMR. In der bekannten Entscheidung *Teixeira de Castro* gegen Portugal aus dem Jahre 1998 sieht der EGMR es als ein Kriterium für die Verletzung des Art 6 Abs 1 EMRK an, dass die verdeckte Ermittlung im Suchtmittelmilieu weder von einem Richter angeordnet noch überwacht wurde.¹⁰ Schon vor und insbesondere aufgrund dieser Entscheidung wurde deshalb in der Literatur gefordert, dass verdeckte Ermittlungen und Scheinkäufe von einem Richter angeordnet werden müssen.¹¹

Zwischenzeitlich gibt es weitere Entscheidungen des EGMR, die für diese Frage bedeutsam sind. In der Zulässigkeitsentscheidung *Eurofinacom* gegen Frankreich¹² aus dem Jahre 2004 wurde das Vorliegen einer unzulässigen staatlichen Tatprovokation unter anderem deshalb verneint, weil die Polizei im Rahmen eines vom Staatsanwalt angeordneten und überwachten Ermittlungsverfahrens gehandelt hatte. Richter waren in die Ermittlungen nicht involviert. In der Entscheidung *Ramanauskas* gegen Litauen aus dem Jahre 2008 – es ging um die Annahme von Bestechungsgeldern durch einen Staatsanwalt – macht

1) Unter verdeckten Ermittlern werden in Österreich sowohl kriminalpolizeiliche Organe als auch Vertrauenspersonen (V-Leute) der Polizei verstanden: *Lehner*, Grundlagen der verdeckten Fährdung, JAP 2008/2009, 68.

2) *Zerbes*, WK-StPO 52. Lfg. [2006] § 25 Rz 21.

3) BGBl I 19/2004.

4) EGMR 9.6.1998, *Teixeira de Castro* v. Portugal, Nr 44/1997/828/1034 = ÖJZ-EMRK 1999/14.

5) OGH 23.7.2008, 13 Os 73/08x = NL 2008, 302.

6) BGBl I 52/2009.

7) Budgetbegleitgesetz 2009 EBRV 113 BlgNR 24. GP, 21.

8) Budgetbegleitgesetz 2009 EBRV 113 BlgNR 24. GP, 45.

9) *Birklbauer*, Die geplanten strafrechtlichen Änderungen durch das Budgetbegleitgesetz 2009 – oder: Was budgetäre Not alles bewirken kann, JSt 2009, 84. Dass systematische verdeckte Ermittlungen (§ 131 Abs 2 StPO) weiterhin von der Staatsanwaltschaft angeordnet

werden müssen, löst das Problem nicht. Scheingeschäfte sind nicht und das StrafprozessreformG, auf systematische Ermittlungen beschränkt und die Anordnung einer solchen Ermittlung durch die Staatsanwaltschaft bedeutet nicht automatisch, dass auch die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Scheingeschäftes geprüft wurden.

10) EGMR 9.6.1998, *Teixeira de Castro* v. Portugal, Nr 44/1997/828/1034, § 38 = ÖJZ-EMRK 1999/14.

11) *Bertel*, Die Menschenrechte und das StrafprozessreformG, Juridikum 2003, 121; *Kempf*, Die nicht nur technische Übermacht der Polizei im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren, in *Lagodny* (Hrsg) Strafprozess vor neuen Herausforderungen (2000), 155; *Schmoller*, Geändertes Erscheinungsbild staatlicher Verbrechenbekämpfung, ÖJZ 1996, 26.

12) EGMR 7.9.2004, *Eurofinacom* v. Frankreich, Nr 58753/00, Zulässigkeitsentscheidung.

der EGMR deutlich, dass Beweismittel, die durch geheime Ermittlungsmethoden erlangt wurden, nur verwendet werden dürfen, wenn angemessene und ausreichende Garantien gegen Missbräuche bestehen. Darunter versteht er ein klares und vorhersehbares Verfahren für Genehmigung, Durchführung und Überwachung der Maßnahmen.¹³ Dabei verweist der Gerichtshof auf seine Aussagen in der Entscheidung *Khudobin* gegen Russland aus dem Jahre 2006. Der Beschwerdeführer *Khudobin* war von T – einer Vertrauensperson der Polizei – angesprochen worden, ihr Heroin zu besorgen. *Khudobin* bekam von T auch das Geld für den Drogenkauf, welches sie zuvor von der Polizei zu diesem Zweck erhalten hatte. Nach dem Erwerb wurde er bei der Übergabe des Heroins an T von zwei Polizisten festgenommen.¹⁴ Der EGMR stellte eine unzulässige Tatprovokation fest. Er kritisierte in diesem Zusammenhang, dass das Gericht die festnehmenden Polizisten nicht vernommen hatte. Damit sei das Gericht seiner Aufgabe als Kontrollorgan des Geschehens nicht nachgekommen. Diese fehlende Prüfung sah der EGMR als besonders gravierenden Mangel an, weil der Scheinkauf nur von der Behörde, die den Kauf auch ausführte, angeordnet worden war.¹⁵ Es gab keine übergeordnete Kontrolle.

Die angeführten Entscheidungen machen deutlich, dass der EGMR eine Kontrolle und Überwachung von Scheinkäufen verlangt. Solche Ermittlungen müssen klaren staatlichen Grenzen und gewissen Garantien unterworfen sein, die auch bei der Bekämpfung des Drogenhandels zu gewährleisten sind.¹⁶ Für Österreich bedeutet dies, dass Scheingeschäfte einer zumindest staatsanwaltlichen Kontrolle unterworfen sein müssen. Als Kontrollorgane der Polizei und ihrer Vertrauenspersonen kommen im Ermittlungsverfahren nur die Staatsanwaltschaft oder das Gericht in Betracht.

Ein selbständiges Vorgehen der Polizei auf diesem Gebiet passt auch nicht in die Systematik der neuen StPO. Je nach Intensität des Grundrechtseingriffs und nach dem dadurch bedingten Bedürfnis auf Rechtsschutz legt die StPO fest, ob die Kriminalpolizei von sich aus, aufgrund einer staatsanwaltlichen oder aufgrund einer gerichtlich bewilligten Anordnung tätig werden darf.¹⁷ Der Gesetzgeber geht im Budgetbegleitgesetz 2009 offensichtlich davon aus, dass es sich bei einem Scheingeschäft, das Suchtmittel oder Falschgeld zum Inhalt hat, um keine eingriffsintensivere Ermittlungstätigkeit handelt, als bei der Vornahme einer Sicherstellung verbotener Gegenstände nach § 110 Abs 3 Z 2 StPO durch die Kriminalpolizei. Sicherstellungen durch offen agierende Kriminalpolizisten sind aber mit geheimen Maßnahmen, die darauf abzielen, potenzielle Täter bei Straftaten zu ergreifen,¹⁸ nicht vergleichbar. Im Bereich strafprozessualer Ermittlungsmethoden liegt ein Vergleich mit anderen geheimen Ermittlungsmaßnahmen wie der optischen oder akustischen Überwachung von Personen nahe, welche nur mit gerichtlicher Bewilligung angeordnet und durchgeführt werden dürfen. Dementsprechend ist auch für Scheingeschäfte eine richterliche Kontrolle zu fordern.

3. Die Grenze zwischen zulässigem Scheingeschäft und unzulässiger Tatprovokation

Nach den Erläuterungen zum Strafprozessreformgesetz liegt eine mit Art 6 EMRK unvereinbare Tatprovokation vor, wenn der verdeckte Fahnder oder die Vertrauensperson der Polizei über das bloße „Mitmachen“ hinaus zur Weckung der Tatbereitschaft oder zur Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Das Ansprechen einer schon tatgeneigten Person, ob sie Suchtmittel

beschaffen könnte, sei hingegen ebenso wenig als Provokation zu werten wie das Ausnützen der offen erkennbaren Bereitschaft einer Person, eine Straftat zu begehen.¹⁹ Damit orientieren sich die Materialien an der bisherigen Rsp des OGH. Im Jahre 1999 stellte dieser fest, dass eine unzulässige Tatprovokation nur vorliege, wenn eine über die passive Ermittlungstätigkeit hinausgehende Einflussnahme iS einer Anstiftung erfolgt. Eine Tatprovokation sei jedenfalls zu verneinen, wenn der Täter die strafbare Handlung ihrer Art nach auch ohne die Intervention des verdeckten Ermittlers begangen hätte.²⁰ Der OGH verweist dabei auf die Entscheidung *Teixeira de Castro* gegen Portugal. Nach dieser Entscheidung ist eine Tatprovokation anzunehmen, wenn es zum Zeitpunkt des Einsatzes der verdeckten Ermittler keine Gründe gab, den Betroffenen eines Suchtmitteldelikt zu verdächtigen – im Gegenteil, er war nicht einmal wegen eines solchen vorbestraft. Ebenso gab es auch keine Hinweise, dass der Beschwerdeführer geneigt war, strafbare Handlungen zu begehen.²¹ Aus dieser Aussage leitet der OGH nun ab, dass bei vorbestraften Tätern von einer Tatgeneigntheit auszugehen sei.²² Nach dem EGMR begründen Vorstrafen aber nicht automatisch die Tatgeneigntheit einer Person. Der EGMR verlangt das Vorliegen eines Tatverdachtes, damit ein Scheingeschäft überhaupt abgewickelt werden darf.²³ Für die Beurteilung des Tatverdachtes sind etwaige Vorstrafen nur ein Kriterium. Weiters ist zu prüfen, ob bei der betroffenen Person schon eine Tatgeneigntheit feststellbar war. Dass ein Vorbestrafter als generell tatgeneigt und daher nicht mehr provozierbar gilt, geht aus der Entscheidung nicht hervor. Bisher verneinte der OGH das Vorliegen der Tatgeneigntheit nur bei einem unbescholtenen Täter, der von den Ermittlern unter Druck gesetzt wurde.²⁴ In den Gründen verweist der OGH auf die Zulässigkeits-

13) EGMR (GK) 5.2.2008, *Ramauskas v. Litauen*, Nr 74420/01, § 60 = NL 2008, 21.

14) EGMR 26.10.2006, *Khudobin v. Russland*, Nr 59696/00, § 8.

15) EGMR 26.10.2006, *Khudobin v. Russland*, Nr 59696/00, § 135 f.

16) EGMR 9.6.1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, Nr 44/1997/828/1034, § 36 = ÖJZ-EMRK 1999/14; EGMR 15.3.2006,

Vanyan v. Russland, Nr 53203/99, § 46: „The use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place even in cases concerning the fight against drug trafficking“.

17) EBRV 25 BlgNR 22. GP, 14.

18) Vgl EBRV 25 BlgNR 22. GP, 183.

19) EBRV 25 BlgNR 22. GP, 184 mit Verweis auf BGH 11.1.2000, 1 StR 572/99.

20) OGH 14.12.1999, 11 Os 86/99 = EvBl 2000/118; OGH 8.5.2003, 12 Os 21/03; vgl auch *Zerbes WK-StPO 52*. Lfg. [2006] § 25 Rz 30.

21) EGMR 9.6.1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, Nr 44/1997/828/1034, § 38 = ÖJZ-EMRK 1999/14.

22) OGH 23.7.2008, 13 Os 73/08x = NL 2008, 302; Anm *Pilnacek* zu JBI 2005, 531; vgl auch *Zerbes WK-StPO 52*. Lfg. [2006] § 25 Rz 30.

23) EGMR (GK) 21.2.2008, *Pyrgiotakis v. Griechenland*, Nr 15100/06, § 21 = HRRS 2000 Nr 500.

24) OGH 23.7.2008, 13 Os 73/08x = NL 2008, 302; vgl auch Anm *Pilnacek* zu JBI 2005, 531 und OGH 7.4.2004, 13 Os 125/03.

entscheidung *Rene Müller* gegen Österreich.²⁵ Darin wurde das Vorliegen einer Tatprovokation daran gemessen, ob es zu einer gravierenden Beeinflussung des Beschuldigten durch den verdeckten Ermittler gekommen sei. Weiters zitiert der OGH das Urteil des EGMR *Ramauskas* gegen Litauen. In dieser Entscheidung wies der EGMR darauf hin, dass der Beschwerdeführer in aufdringlicher Weise zur Begehung der Tat aufgefordert wurde.²⁶

Aus diesen Entscheidungen kann aber entgegen der Ansicht des OGH nicht geschlossen werden, dass nur Drucksituationen oder die Ausnutzung wirtschaftlicher Notlagen als unzulässige Provokationen zu werten sind. Eine solche Druck- oder Zwangslage lag zB im Fall *Teixeira de Castro* nicht vor. Bedrängt wurde nicht der Beschwerdeführer, sondern die Person, die der Polizei den Namen des Beschwerdeführers nannte. *Teixeira de Castro* erklärte sich ohne Druck bereit, Heroin zu besorgen.²⁷ Trotzdem ging der EGMR bei ihm von einer unzulässigen Provokation aus. In der Entscheidung *Pyrgiotakis* gegen Griechenland aus dem Jahre 2008 wur-

de ebenfalls das Vorliegen einer Tatprovokation vom EGMR festgestellt. Die verdeckten Ermittler wollten ein Scheingeschäft mit einem schon verdächtigen Drogenhändler abwickeln und wandten sich an T., um mit dem Dealer in Kontakt zu treten. T. bat dann den bisher den Behörden unbekannt und unbescholtenen Beschwerdeführer *Pyrgiotakis*, die Ermittler mit dem Dealer bekanntzumachen. Der Beschwerdeführer übernahm diesen Dienst, wurde gemeinsam mit dem Dealer festgenommen und wegen Beitrags zum Drogenhandel verurteilt. Einem Druck oder auch nur einer besonderen Beeinflussung oder erheblichen Stimulierung wurde er nicht ausgesetzt.²⁸ Diese Entscheidungen zeigen, dass die spontane Einwilligung einer Person, eine angefragte Tat zu begehen, nicht mit einer schon vorher bestehenden Tatgeneigtheit verwechselt werden darf.²⁹ Eine unzulässige Provokation kann auch dann vorliegen, wenn die Fahnder keinen Druck ausgeübt haben und es auch sonst nicht zu einer „stimulierenden Beeinflussung“ gekommen ist.³⁰ Entgegen den Gesetzesmaterialien zum Strafprozessreformgesetz ist daher

jede Kontaktaufnahme durch verdeckte Fahnder oder Vertrauenspersonen der Polizei unzulässig, wenn der potenzielle Täter nicht schon verdächtig ist, von sich aus verbotene Kontakte geknüpft zu haben, beispielsweise schon nach Abnehmern für Drogen gesucht hat.³¹ Alles andere ist als Verleitung zur Tat und damit als Tatprovokation iSd § 5 Abs 3 StPO anzusehen.

4. Die Konsequenzen einer Tatprovokation: Strafzumessungslösung oder Beweisverwertungsverbot?

Liegt eine staatliche Tatprovokation iSd § 5 Abs 3 StPO vor, dann verlangt der OGH, dass dies im Urteil ausdrücklich festzustellen ist. Die Tatprovokation führt nicht zur Straffreiheit des Täters sondern ist nur bei der Strafzumessung mildernd zu berücksichtigen.³² So hat sich der OGH bei Vorliegen einer unzulässigen Provokation für die sog Strafzumessungslösung entschieden³³, die auch der BGH³⁴ vertritt. Schon seit der *Teixeira de Castro* Entscheidung wird diese Lösung in der Literatur entschieden abgelehnt.³⁵ Trotz massiver Kritik war aber

25) EGMR 28.6.1995, *Rene Müller* v. Österreich, Nr 22463/93 Zulässigkeitsentscheidung = NL 1995, 181.

26) EGMR (GK) 5.2.2008, *Ramauskas* v. Litauen, Nr 74420/01 = NL 2008, 21.

27) EGMR 9.6.1998, *Teixeira de Castro* v. Portugal, Nr 44/1997/828/1034, § 9 = ÖJZ-EMRK 1999/14; Vgl auch *Kinzig*, Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR, StV 1999, 291. In der Zulässigkeitsentscheidung EGMR 21.3.2002, *Calabró* v. Italien und Deutschland, Nr 59895/00 geht der Gerichtshof allerdings davon aus, dass gegen *Teixeira de Castro* Druck ausgeübt worden wäre. Dies wird aber durch die Ausführungen in der Entscheidung *Teixeira de Castro* v. Portugal nicht belegt.

28) *Pyrgiotakis* wurde gar nicht selbst provoziert, sondern T. Auch eine solche „mittelbare Provokation“ verstößt gegen Art 6 Abs 1 EMRK: *Gaede/Buermeyer*, Beweisverwertungsverbote und Beweislastumkehr bei unzulässiger Tatprovokation nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR, HRRS 2008, 285. Vgl auch EGMR *Malinas* v. Litauen 1.7.2008, Nr 10071/04, §§ 8, 36 f.

29) *Sinner/Kreuzer* Anm zu BGH 1 StR 221/99, StV 2000, 115.

30) *Gaede/Buermeyer*, Beweisverwertungsverbote und Beweislastumkehr bei unzulässiger Tatprovokation nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR, HRRS 2008, 282. Vgl auch *Endriß/Kinzig* Anm zu BGH 1 StR 221/99 NSTz 2000, 273; *Warnking*, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht (2008), 251 ff.

31) *Zerbes*, WK-StPO 52. Lfg. [2006] § 25 Rz 32; Vgl EGMR 28.6.1995, *Rene Müller* v. Österreich, Nr 22463/93 Zulässigkeitsentscheidung = NL 1995, 181; EGMR 21.3.2002, *Calabró* v. Italien und Deutschland, Nr 59895/00 Zulässigkeitsentscheidung; EGMR 6.5.2003, *Sequeira* v. Portugal, Nr 73557/01 Zulässigkeitsentscheidung.

32) Vgl OGH 11.1.2005, 11 Os 126/04 = JBI 2005, 531; OGH 23.7.2008, 13 Os 73/08x = NL 2008, 302.

33) *Kirchbacher/Schroll*, Zur Rechtsprechung des OGH betreffend das SMG und die Einbringung der Ergebnisse verdeckter Ermittlungen in die Hauptverhandlung, RZ 2005, 173; *Ratz*, Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des OGH, RZ 2007, 196; *Zerbes* WK-StPO 52. Lfg. [2006] § 25 Rz 71.

34) BGHSt 45/36, 321 (BGH 1 StR 221/99); BGHSt 47/7, 44 (BGH 1 StR 42/01); *Grießbaum* in KK⁶ § 163 Rz 18; *Körner/Scherp* BtMG⁶ § 29 Rz 473 ff; *Krehl* in HK-StPO³ § 163 Rz 13; *Erb* in *Löwe-Rosenberg* StPO²⁶ § 163 Rz 73; *Lubig/Sprenger*, Beweisverwertungsverbote aus dem Fairnessgebot des Art 6 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, ZIS 2008, 440; *Meyer-Goßner* StPO⁵¹ Einl Rz 148 ff; *Nack* in KK⁶ § 110c Rz 11 ff; *Pfeiffer* StPO⁵ Einl Rz 21 und Vorbem §§ 48-71 Rz 4; *Schäfer*, Praxis der Strafzumessung⁴ (2008) Rz 471 ff; *Weber* BtMG³ Vorbem §§ 29 ff Rz 780 ff; differenzierend *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO⁵ (2006) Rz 1034b: Er unterscheidet zwischen der quantitativen Beeinflussung, welche sich in der Strafzumessung auswirkt, und der initiiierenden Beeinflussung, welche ein Verfahrenshindernis darstellt.

35) Für Deutschland ablehnend *Endriß/Kinzig*, Anm zu BGH 1 StR 221/99, NSTz 2000, 272; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahren (2000), 176 f; *Fischer/Maul*, Tatprovokierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme, NSTz 1992, 12 f; *Kempf*, Die (nicht nur technische) Übermacht der Polizei im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren, in *Lagodny* (Hrsg), Der Strafprozess

vor neuen Herausforderungen? (2000) 154 f; *ders*, StV 1999, 130; *Kinzig*, Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR, StV 1999, 292; *Kühne*, Strafprozessrecht⁷ (2006) Rz 537; *Küpper*, Anm zu BayOblG 4 St RR 133/99, JR 2000, 259; *Renzikowski*, Fair Trial als Waffengleichheit – adversatorische Elemente im Strafprozess? in *Renzikowski* (Hrsg) Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht (2004) 109, 111; *Roxin*, JZ 2000, Anm zu BGH 1 StR 221/99, 370; *Sinner/Kreuzer*, Anm zu BGH 1 StR 221/99, StV 2000, 116 f; *Sommer*, NSTz 1999, 50; *von Danwitz*, Anmerkungen zu einem Irrweg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität, StV 1995, 436 f; *Warnking*, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht (2008) 251 ff. Für Österreich ablehnend *Ambos*, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens in Österreich, ÖJZ 2003, 667; *Bertel*, Die Menschenrechte und das Strafprozessreformgesetz, Juridikum 2003, 121; *Bertel/Venier*, Einführung in die neue StPO² (2006) Rz 311; *Fuchs*, Verdeckte Ermittler – anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, 497; *Grabewarter*, Europäische Menschen-

Im WS 2009/2010 startet der

Wahlfachkorb „Diskriminierungsschutz“

an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universität Wien

Die Lehrveranstaltungsinhalte ermöglichen

- Erkennen von Diskriminierungen
- Anwendung des bestehenden Antidiskriminierungsrechts
- Aktive Beteiligung an der Diskussion um die Weiterentwicklung des rechtlichen Diskriminierungsschutzes



Weitere Informationen zu den aktuellen LV unter: <http://bim.lbg.ac.at>

Durchführung Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte
mit finanzieller Unterstützung der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien



der Gesetzgeber auch im Zuge des Strafprozessreformgesetzes nicht bereit, von dieser Lösung abzugehen. Die Einführung eines Nichtigkeitsgrundes hält er „für kaum zu rechtfertigen, weil sich ein – wenn auch rechtswidrig angestifteter – Täter letztlich doch entschlossen hätte, eine (schwere) Straftat zu begehen“.³⁶ Um es mit anderen Worten zu sagen, ein Freispruch wäre zu radikal, daher hat man sich für eine moderate Form des Ausgleichs entschieden.³⁷

Entgegen der Meinungen von Gesetzgeber und OGH ist diese Lösung mit den Vorgaben des EGMR nicht vereinbar. Dieser stellt in der Entscheidung *Teixeira de Castro* fest, dass das auf eine staatlich provozierte Straftat folgende Strafverfahren von Beginn an nicht fair ist.³⁸ Wie die Staaten, die der EMRK un-

terliegen, die mangelnde Fairness heilen sollen, sagt er nicht. Er beschränkt sich auf die Feststellung der Konventionswidrigkeit des durchgeführten Verfahrens, da die Zulässigkeit von Beweisen in erster Linie vom nationalen Recht zu regeln sei. Diese fehlende Deutlichkeit wurde schon öfters kritisiert, weil sie der Umsetzung der EMRK schadet.³⁹ Aber auch wenn aus der Aussage des EGMR nicht klar hervorgeht, auf welche Weise die Tatprovokation von den nationalen Gerichten gewertet werden soll, so ist es doch verwunderlich, dass sich der Gesetzgeber an der vielfach kritisierten Meinung des BGH orientiert und sich nicht mit der Rechtsprechung des EGMR auseinandersetzt.⁴⁰

In der Aussage des EGMR deutet nichts darauf hin, dass eine unzulässige

Provokation durch eine Strafreduktion legitimiert werden könnte. Der BGH begründet die Strafzumessungslösung ua damit, dass der EGMR feststellt, der Beschwerdeführer sei „zu einer ziemlich hohen Freiheitsstrafe“ verurteilt worden. Der BGH schließt daraus, dass der EGMR die verhängte Strafe nur als zu hoch, nicht jedoch als unzulässig empfunden habe.⁴¹ Der BGH übersieht jedoch, dass das Zitat von der Kommission stammt und nichts darüber aussagt, welche Konsequenzen die Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK für das innerstaatliche Recht haben soll. Vielmehr macht der EGMR in der Zulässigkeitsentscheidung *Sequeira v. Portugal*⁴² deutlich, dass zwar der Hinweis, dass eine Reduktion der Strafe bei staatlicher Tatprovokation stattgefunden habe, nicht irrelevant sei, aber hinsichtlich

rechtskonvention³ (2008) § 24
Rz 63; ders in *Korinek/Holoubek*,
Bundesverfassungsrecht (2007),
Art 6 EMRK Rz 107; *Schwaighofer*,
Strafprozessrecht im Wandel,
in FS-Miklau, *Moos/Jesionek/Müller*
(Hrsg) (2006) 520 f; *Stuefer/*
Soyer, Kritik des Grundrechts-
schutzes in der Strafjudikatur
des OGH, ÖJZ 2007, 140; *Tipold*,
44/1997/828/1034, § 39 = ÖJZ-

EMRK 1999/14; *Zerbes*, WK-StPO
52. Lfg. [2006] § 25 Rz 59.

39) *Gaede/Buermeyer*, Beweis-
verwertungsverbote und Beweis-
lastumkehr bei unzulässiger Tat-
provokation nach der jüngsten
Rechtsprechung des EGMR, HRRS
2008, 283.

40) Vgl EBRV 25 BlgNR 22. GP, 31;
Ambos, Zur Reform des strafpro-

zessualen Vorverfahrens in Öster-
reich, ÖJZ 2003, 667.

41) BGH 45/36, 339: EGMR
9.6.1998, *Teixeira de Castro v.*
Portugal, Nr 44/1997/828/1034,
§ 33 = ÖJZ-EMRK 1999/14.

42) EGMR 6.5.2003, *Sequeira v.*
Portugal, Nr 73557/01 Zulässig-
keitsentscheidung.

der Feststellung einer Konventionsverletzung aufgrund von unzulässiger Tatprovokation kein entscheidender Faktor ist.⁴³ In den neueren Entscheidungen des EGMR aus 2006 (*Khudobin* gegen Russland) und 2008 (*Ramanauskas* gegen Litauen) wird ebenfalls deutlich, dass eine bloße Strafmilderung den Garantien der EMRK nicht entspricht. Der EGMR führt in diesen Entscheidungen aus, dass nationales Recht die Verwendung von Beweisen, die aus einer unzulässigen Tatprovokation stammen, nicht dulden sollte, da sonst das Prinzip des fairen Verfahrens nicht respektiert wird.⁴⁴ Er sagt, dass all jene Beweismittel, die in Folge einer polizeilichen Tatprovokation erlangt wurden, auszuschließen sind, um das Verfahren fair nach Art 6 Abs 1 EMRK zu gestalten.⁴⁵ Diese Aussagen können nur dahingehend verstanden werden, dass der EGMR ein Beweisverwertungsverbot fordert.⁴⁶

Der OGH wird im Lichte dieser neuen Judikatur seine bisherige Rechtsprechung zur rechtlichen Einordnung unzulässiger, staatlich veranlasster Provokation überdenken müssen. Beweismittel, die aus einer unzulässigen Tatprovokation stammen, dürfen im Verfahren nicht verwendet werden. Ein Verstoß gegen § 5 Abs 3 StPO ist jedoch, wie schon ausgeführt, nicht mit Nichtigkeit bedroht. Es wäre aber zu überlegen, ob Beweise, die aus einer staatlich veranlassten unzulässigen Tatprovokation gewonnen wurden, nach § 281 Abs 1 Z 4 StPO aus dem Verfahren ausgeschlossen werden könnten: Schließlich ist anerkannt, dass es sich bei einer unzulässigen Tatprovokation um eine bestehende Grundrechtsverletzung handelt. Und bei Grundrechtsverletzungen kann der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 4 StPO geltend gemacht werden, wenn der unzulässige Grundrechtseingriff dem fairen Verfahren widerspricht.⁴⁷ Für Beweismittel, die durch unzulässige Tatprovokationen gewonnen

wurden, soll das aber ausgeschlossen sein, da eine solche Nichtigkeit nicht dem Willen des historischen Gesetzgebers entspräche.⁴⁸ Natürlich stimmt es, dass der historische Gesetzgeber den Verstoß gegen das Lockspitzelverbot nicht ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht hat. Aber er hat das Lockspitzelverbot ua deswegen in § 25 StPO verankert, weil er davon ausging, dass Beweismittel, die mit Drohung, Zwang oder unter Vorspiegelung falscher Tatsachen erlangt wurden, ihre beweisende Kraft verlieren würden. Solche Ermittlungsmethoden seien mit der sittlichen Würde und der Hoheit, mit welcher der Staat dem Verbrechen entgegentritt, nicht vereinbar.⁴⁹ Und insbesondere war der historische Gesetzgeber auch noch nicht mit der Rechtsprechung des EGMR zu dieser Frage konfrontiert. Eine weitere Grenze der Annahme dieses Nichtigkeitsgrundes soll darin liegen, dass die Verwendung solcher Beweise nicht ausgeschlossen sei, wenn sie für die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege notwendig sind, um der Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen.⁵⁰ Der EGMR sieht das anders und hat sich schon in der *Teixeira de Castro* Entscheidung deutlich geäußert: Er erkennt zwar die Notwendigkeit des Einsatzes von geheimen Ermittlungsmethoden in bestimmten Bereichen der Rechtspflege an, aber das Recht auf eine faire Rechtspflege darf nicht Zweckmäßigkeitserwägungen geopfert werden.⁵¹

Das Argument einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege kann daher nicht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens ausgespielt oder abgewogen werden. Selbst wenn man eine solche Abwägung vornehmen würde, überwiegt mE in einem solchen Fall das Interesse des Angeklagten, für eine staatlich provozierte Tat nicht verurteilt zu werden, gegenüber dem Interesse der Gesellschaft an der Durchführung eines Strafverfahrens.

5. Zusammenfassung

Mit der Entscheidung *Teixeira de Castro* gegen Portugal stellte der EGMR klar, dass die polizeiliche Provokation einer bis dahin unverdächtigen Person, eine Straftat zu begehen, Art 6 Abs 1 EMRK widerspricht. Diese und weitere, darauf folgende Entscheidungen des EGMR zu dieser Frage machen deutlich, dass die österreichische Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht der EMRK entsprechen:

Das Budgetbegleitgesetz 2009 erklärt die Durchführung von Scheingeschäften ohne Anordnung der Staatsanwaltschaft für zulässig. Scheingeschäfte, die ohne Prüfung durch ein übergeordnetes Organ der Kriminalpolizei überlassen werden, verstoßen gegen Art 6 EMRK. Ausgehend von der Systematik der StPO ist für die Durchführung von Scheingeschäften eine richterliche Bewilligung zu fordern. Eine verbotene Tatprovokation iSd § 5 Abs 3 StPO liegt vor, wenn der Anstoß zur Tat von den polizeilichen Organen oder den Vertrauenspersonen der Polizei ausgeht, ohne dass der Provozierte schon verdächtig ist, selbst Aktivitäten zur Tatbegehung gesetzt zu haben. Eine unzulässige Provokation beschränkt sich nicht auf die Ausnützung von Druck- oder Zwangssituationen von Seiten der staatlichen Provokateure. Das Vorliegen einer unzulässigen staatlichen Tatprovokation bei der Strafzumessung als strafmildernd zu berücksichtigen, wird den Vorgaben des EGMR nicht gerecht. Der EGMR sieht Beweise, die durch Tatprovokation gewonnen wurden, als unverwertbar an, weil sie das durch Art 6 EMRK gewährleistete Recht auf ein faires Verfahren des Beschuldigten verletzen.

ao. Univ. Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ

Margarethe Flora lehrt am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Universität Innsbruck; margarethe.flora@uibk.ac.at

43) *Warnking*, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht (2008) 255.

44) EGMR 26.10.2006, *Khudobin v. Russland*, Nr 59696/00, § 133: „Domestic law should not tolerate the use of evidence obtained as a result of incitement by State agents. If it does, domestic law does not in this respect comply

with the „fair-trial“ principle, as interpreted in the *Teixeira* and follow up cases.“

45) EGMR (GK) 5.2.2008, *Ramanauskas v. Litauen*, Nr 74420/01, § 60 = NL 2008, 21: „The court has also held that there were an accused asserts that he was incited to commit an offence, the criminal court must carry out a careful examination of the material in the file, since for the trial to be fair within the meaning of Article 6 § 1

of the Convention, all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded.“

46) *Gaede/Buermeyer*, Beweisverwertungsverbote und Beweislastumkehr bei unzulässiger Tatprovokation nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR, HRRS 2008, 286.

47) *Ratz*, WK-StPO 75. Lfg. [2008] § 281 Z 4 Rz 354.

48) *Ratz*, WK-StPO 75. Lfg. [2008] § 281 Z 4 Rz 361.

49) *Kaserer*, Strafprozeßordnung (1873), 46; *Unterwaditzer*, Zur Frage der „verdeckten Fahndung“, ÖJZ 1992, 251; *Zerbes*, WK-StPO 52. Lfg. [2006] § 25 Rz 2.

50) *Ratz*, WK-StPO 75. Lfg. [2008] § 281 Z 4 Rz 354.

51) EGMR 9.6.1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, Nr 44/1997/828/1034, § 36 = ÖJZ-EMRK 1999/14.

Institutionalisierung, Kulturalisierung, Sakralisierung: Rassismus und Islamophobie in Österreich und Europa

Matthias C. Kettemann

1. Einleitung

Rassismus sei bei der österreichischen Polizei und im Justizsektor derart institutionalisiert, dass dies zu einem „strukturellen Versagen [von] Teilen der österreichischen Strafverfolgungsbehörde“ führe, „ihre Tätigkeit ohne Diskriminierung auszuüben.“¹ Dieses klare Urteil ist einem Bericht von Amnesty International (AI) zu entnehmen, der 2009 – immerhin 37 Jahre, nachdem Österreich 1972 das unter der Ägide der Vereinten Nationen ausgearbeitete Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) ratifizierte – ein sehr düsteres Bild zeichnet. Wie dieses Bild in Einklang zu bringen ist mit der in Art 2 Abs 1 des ICERD eingegangenen Verpflichtung, unverzüglich und mit allen geeigneten Mitteln eine Politik der Beseitigung der Rassendiskriminierung zu verfolgen, ist vorderhand nicht ersichtlich. Doch der Bericht wartet noch mit weiteren Erkenntnissen auf, die selbst jene überraschen mögen, die ein waches Sensorium für rassistische Diskriminierung haben; und er ist nicht der einzige zu diesem Thema.

Drei binnen des letzten Jahres veröffentlichte Berichte weisen nach, dass Rassismus weiterhin ein akutes Problem darstellt. Seine Institutionalisierung und Perspektiven für einen Systemwandel zeigte der AI-Bericht über rassistische Diskriminierung im österreichischen Polizei- und Justizsystem (April 2009) auf (2.). Dass Muslime/Muslimas in der EU unter Diskriminierung leiden, die Situation in Österreich sich aber relativ gesehen besser darstellt als in anderen EU-Staaten, erhellte die EU-Grundrechteagentur (FRA), die in einem Bericht vom Mai 2009 Viktimisierungserfahrungen von Muslimen/Muslimas analysierte (3.). Der Bericht des UNO-Komitees gegen Rassendiskriminierung (CERD) über Österreich (September 2008) identifizierte unterdessen treffsicher Österreichs Schwachstellen im Kampf gegen den Rassismus: „racial“ oder „ethnic profiling“ bei polizeilichen Ermittlungen, das Fehlen einer unabhängigen polizeilichen Disziplinarbehörde, das unzureichende Angebot an muttersprachlichen Bildungsmöglichkeiten und – natürlich – der Ortstafelstreit.

Nach einer kurzen Diskussion der wichtigsten Erkenntnisse der drei Berichte untersucht der vorliegende Beitrag, wie rechte Parteien, nicht zuletzt im Vorfeld der Europawahlen, durch den Einsatz islamophober Begriffe den Rassismus kulturalisieren bzw sakralisieren (4.). Ein Ausblick (5.) schließt mit einer Diskussion der im Bericht von AI formulierten Empfehlungen für den Polizei- und Justizsektor und mit der Forderung nach einer sprachlichen Deeskalation und einem Mehr an Integration durch durchdachte Maßnahmen, die über einen Ruf nach mehr Sicherheit – oder der Ankündigung, Österreich zum „sichersten Land der Welt“² zu machen – hinausgehen. Zielführender als diese Verwendungszusage erscheint jedenfalls, konkrete Schritte zu setzen, um die bestehenden Defizite in der Beseitigung von jeder Form von Rassendiskriminierung zu beheben.

2. Institutionalisierte Rassismus

In einem im April 2009 veröffentlichten Bericht beklagt Amnesty International den „institutionellen Rassismus bei der österreichischen Polizei und anderen Behörden des Justizapparats“.³ Dies bedeute zwar nicht, dass „die Gesamtheit oder auch nur eine Mehrheit der [bei Polizei und Justiz Beschäftigten] rassistisch eingestellt ist. Ganz im Gegenteil [...]“.⁴ Problematisch sei vielmehr, dass „Stereotype bezüglich einer anderen religiösen und ethnischen Gruppe auch vor der Exekutive nicht Halt machen und diese infiltrieren, was zu einer Reihe diskriminierender Praktiken führt, die vonseiten der Behörden nicht effektiv genug vermieden und bekämpft werden“. Das Versagen ist also ein kollektives – und nicht immer ein bewusstes: Institutioneller Rassismus kann im *Foucaultschen* Sinne in Prozessen, Einstellungen und Verhaltensweisen gesehen und aufgedeckt werden, „die durch *unwissentliche* Vorurteile, Ignoranz und Gedankenlosigkeit zu Diskriminierung führen und, in rassistischen Stereotypisierungen, die Angehörigen ethnischer Minderheiten benachteiligen.“⁵

1) *Amnesty International*, Österreich: Opfer oder Verdächtige – Eine Frage der Hautfarbe. Rassistische Diskriminierung im österreichischen Polizei- und Justizsystem (April 2009), <http://www.amnesty-polizei.de/d/wp-content/uploads/berichtpolizeiaustriadsch0409.pdf> (11.6.2009).

2) *ORF.at*, Fekter stellt neue Asylpläne vor, <http://www.orf.at/090611-39247/index.html> (11.6.2009).

3) *Amnesty International*, Österreich, 8.

4) *Ibid.*

5) *MacPherson of Cluny*, Bericht über die Stephen Lawrence Inquiry (Februar 1999), zit nach

Gomolla, Schulentwicklung in der Einwanderungsgesellschaft (2005) 58 (Hervorhebung durch den Verf.).

Zum Beleg für einen wichtigen Aspekt der Institutionalisierung des Rassismus in der österreichischen Polizei – der (Quasi-)Immunität in Fällen von (Miss)Handlungen gegen besonders gefährdete Gruppen – führt der AI-Bericht die Fälle *Cheibani Wague* und *Bakary J.*⁶ an. Wenn Misshandlungen nicht verfolgt würden, entstehe ein „generelles Gefühl der Straflosigkeit und Gleichgültigkeit [...] für Menschenrechtsverletzungen, erlitten von Angehörigen ethnischer Minderheiten durch Polizisten.“⁷ Hier seien konkrete Maßnahmen vonnöten: AI empfiehlt, neben einer Reform des Disziplinarrechtes, ua die „Schaffung eines entsprechend ausgestatteten, unabhängigen Systems zur Untersuchung von Vorwürfen schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen durch die Exekutive“ ins Auge zu fassen.⁸ Dieser Forderung schließt sich das Komitee gegen Rassendiskriminierung an: ein „fully independent monitoring body with powers to investigate complaints about police misconduct“ sei einzurichten.⁹

Zurzeit liegt die Verantwortung der Korrektur von fehlerhaften Disziplinarentscheidungen letztinstanzlich beim VwGH. Dieser hat erst kürzlich ein positives Signal gegen Straflosigkeit gesetzt und – in den Worten *Kommenda* – „[h]ärtere Strafen für [die] Folterpolizisten“ im Fall *Bakary J.* gefordert.¹⁰ Mit Verweis auf das UN-Übereinkommen gegen Folter und Art 3 EMRK auferlegte er der Disziplinarbehörde, bei ihrer neuen Entscheidung zu berücksichtigen, dass es besonders schwer wiege, „wenn ein Beamter [...] gerade jene Werte [gemeint wohl: die Menschenrechte] verletzt, deren Schutz ihm in seiner Stellung [...] oblag.“¹¹

Wichtig für die Behauptung der Institutionalisierung von Rassismus ist weiters der Nachweis rassistischer Praktiken in zentralen Aufgabenbereichen der Polizei – etwa in Hinblick auf die

Frage, wie BeamtInnen entscheiden, wen sie bei Routinekontrollen anhalten. Die Psychologie kennt den Begriff der ‚Heuristiken‘ für jene Regeln, die genutzt werden, um in komplexen Situationen schnell Entscheidungen treffen zu können. Eine besonders perfide Heuristik stellt die Gleichsetzung von Personen mit schwarzer Hautfarbe mit Drogendealern dar. Heuristiken sind fehleranfällig und, so sie Personen schwarzer Hautfarbe eine höhere Verbrechensaffinität unterstellen, per se als rassistisch zu qualifizieren. Zu oft, so heißt es im AI-Bericht, sei die Hautfarbe „im Alltag in Österreich [...] der auslösende Grund für eine Polizeieingriff.“¹²

International sind derartige Heuristiken als „racial“ oder „ethnic profiling“ bekannt.¹³ Eine kürzlich erschienene Analyse der Justice Initiative des angesehenen Open Society Institute bestätigt, dass „police in Europe target minorities excessively.“ Die weitverbreitete Nutzung von ethnischen („Schwarze sind Drogendealer“) und ethno-religiösen („Muslime sind Terroristen“) Stereotypen durch Exekutivbehörden stellt eine Verletzung internationaler und europäischer menschenrechtlicher Verpflichtungen dar und ist zugleich höchst ineffektiv. „The damage from ethnic profiling [...] is considerable“,¹⁴ schließt das Open Society Institute, „to the rule of law, to effective law enforcement, to police-community relations, and especially to those who are targeted.“ Die negative Wirkung des Profiling bestätigt auch das Komitee gegen Rassendiskriminierung, das eine starke Empfehlung ausspricht, Befragungen, Durchsuchungen und Verhaftungen abzustellen, „which are based on physical appearance, colour or membership of a racial or ethnic group, or any profiling.“¹⁵

Um der unverhältnismäßigen Häufung von Anhaltungen von Personen

nichtweißer Hautfarbe und der ebenfalls rassistisch unterlegten „Verwechslung“ von Verdächtigen entgegenzuwirken („Schwarzafrikaner [sind] halt alle schwarz“, meinten Polizisten zu ihrer Verteidigung in einem von AI berichteten Fall¹⁶), empfiehlt der Amnesty-Bericht die Sammlung von statistischen Daten – etwa nach ethnischer Zugehörigkeit des Beamtshandelten – und eine bessere Dokumentation von polizeilichem Fehlverhalten.¹⁷ Den Mangel an Daten (hinsichtlich Muttersprache, Sprachennutzung und anderer Indikatoren für ethnische Vielfalt) zu den verschiedenen in Österreich wohnenden ethnischen Gruppen beklagt auch das Komitee gegen Rassendiskriminierung.¹⁸ Der Einwand Österreichs, dass Vertreter nationaler Minderheiten diese Informationen aus Gründen von „historical trauma and personal fears“¹⁹ nicht bekannt geben möchten, erkennt das Komitee nicht als Entschuldigung an. Zu Recht: Schließlich es ist nicht zuletzt Aufgabe des Staates, Angehörigen von Minderheiten eine Lebensrealität zu schaffen, in denen sie ihre historischen Traumata überwinden und ihre Ängste verarbeiten können.

3. Diskriminierung aus religiösen Gründen

Nicht nur eine nichtweiße Hautfarbe, sondern auch die Zugehörigkeit zu einer anderen als der in einem Land vorherrschenden Mehrheitsreligion kann zu Diskriminierung führen. In einem aktuellen Bericht der EU-Grundrechteagentur²⁰ geben EU-weit 30% der Muslime/Muslimas an, in den vergangenen zwölf Monaten diskriminiert worden zu sein. Österreich (hier wurden allerdings nur Angehörige mit türkischem Migrationshintergrund befragt) hat mit 10% den zweittiefsten Wert der 20 untersuchten Staaten. Die Anzahl der Fälle von Diskriminierung bei jenen, die zumindest

6) *Amnesty International*, Österreich 42f.

7) *Ibid.* 45.

8) *Ibid.* 92.

9) *Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)*, Concluding observations – Austria, VN Dok. CERD/C/AUT/CO/17 vom 22.9.2008, 19.

10) *Kommenda*, Fall *Bakary J.*: Härtere Strafen für Folterpolizisten gefordert, *Die Presse*, 27.10.2008.

11) VwGH 18.9.2008, 2007/09/0320, 4.

12) *Amnesty International*, Österreich 59.

13) Vgl *Pap*, Ethno-Racial Profiling in Law Enforcement: Concepts and Recommendations, in *Benedek/Karl/Mihr/Nowak* (Hrsg), *European Yearbook on Human Rights* 2009 (2009) 285.

14) *Open Society Institute/ Justice Initiative*, *Ethnic Profiling in the*

European Union. Pervasive, Ineffective and Discriminatory, 2009, http://www.justiceinitiative.org/db/resource2/fs/?file_id=20721 (8.6.2009).

15) *CERD*, Concluding observations – Austria (2008), 18.

16) *Amnesty International*, Österreich 55.

17) *Amnesty International*, Österreich 93.

18) *CERD*, Concluding observations – Austria (2008), 9.

19) *Ibid.*

20) *Grundrechteagentur der Europäischen Union*, EU-MIDIS (European Union Minorities and Discrimination Survey), Data in Focus Report 2: Muslims (Mai 2009), http://fra.europa.eu/fra-Website/attach-ments/EU-MIDIS_MUSLIMS_EN.pdf, 3 (20.9.2009).

eine Diskriminierungserfahrung machen mussten, ist in Österreich mit 3,2% (Durchschnitt: 7,7%) am niedrigsten.²¹

Die Studie kommt auch zu dem kontraintuitiven Ergebnis, dass die Verwendung von offensichtlich religiösen Kleidungsstücken (wie einem Kopftuch) nicht zu einer Erhöhung der Fälle von Diskriminierung beitrage.²² Dies lässt den vorsichtigen Schluss zu, dass, entgegen der Annahme, die Sichtbarkeit von Muslimen/Muslimas in der Gesellschaft würde die Mehrheitsgesellschaft gegen diese aufbringen, die Präsenz von islamischen religiösen Kleidungsstücken und Symbolen in der europäischen Städtelandschaft inzwischen alltäglich geworden ist. Vor dem Hintergrund der Debatten um den Moscheebau in Deutschland, Österreich und der Schweiz und der wachsenden, politisch instrumentalisierten Islamophobie wirkt diese Erkenntnis beruhigend – auch wenn die Grundrechteagentur warnt, dass weitere quantitative und qualitative Analysen abzuwarten sind.²³

10% der Muslime/Muslimas waren in den vergangenen zwölf Monaten Opfer eines rassistisch motivierten Verbrechens gegen die Person. Erschreckend dabei ist, dass – je nach Aufenthaltsstaat – zwischen 53% and 98% der Opfer angaben, auf eine Anzeige verzichtet zu haben. Als Hauptgrund gaben sie an, kein Vertrauen in die Polizei zu haben. Dass Betroffene oft wenig Sinn in einer Anzeige sehen bzw die finanziellen und rechtlichen Folgen fürchten, schlägt sich auch in Österreich in einer niedrigen Anzahl von Beschwerden wegen rassistisch motivierter Verbrechen (und Diskriminierungen) nieder. Das CERD reagierte auf die von den österreichischen Behörden genannte Zahl zurückhaltend: Der Staat sei daran erinnert, „that the absence or small number of complaints, prosecutions and convictions relating to acts of racial discrimination should not be viewed as necessarily positive.“ Vielmehr müsse Österreich nun nach den Gründen für die geringe Beschwerdeshäufigkeit suchen (wie unzureichende Information, Angst vor sozialen Folgen,

Sorgen über die Komplexität und Kosten der Verfahren oder Mangel an Vertrauen in die Polizei und die Rechtsprechung) und Strategien entwickeln, um den Zugang zu Rechtsmitteln für Opfer von rassistischer Diskriminierung sicherzustellen.²⁴

Nur 6% der von der Grundrechteagentur befragten österreichischen Muslime/Muslimas gaben an, im Vorjahr von der Polizei angehalten worden zu sein. Dies stellt ein Viertel des europäischen Medians von 25% und den geringsten Wert in der Umfrage dar. Von den Gestoppten schätzten 21% ihren religiösen Hintergrund als ausschlaggebend ein (EU-Median: 40%).²⁵ Dieser Wert platziert Österreich im hinteren Drittel und legt den Schluss nahe, dass „ethnic profiling“ im engeren Sinne (bezogen auf die Hautfarbe) ein größeres Problem darstellt als „religious profiling“.

4. Kulturalisierter Rassismus: der EU-Wahlkampf

Das im europäischen Durchschnitt recht gute Ergebnis der Studie der Grundrechteagentur darf nicht überbewertet werden. Es leuchtet ein, dass eine Muslima mit türkischem Migrationshintergrund, deren Familie seit zwei Generationen in Wien ansässig ist, qualitativ und quantitativ anderen Diskriminierungsgefährdungen ausgesetzt ist als etwa ein in Malta befragter Muslim afrikanischer Herkunft, der durch seinen Flüchtlingsstatus im erhöhten Maße gefährdet ist. Besonders optimistisch sollte der Bericht der Grundrechteagentur daher gerade in gesamteuropäischer Sicht nicht stimmen: Nicht zuletzt aufgrund der mit einer Versicherheitlichung der Gesellschaften und der Abgrenzung nach außen²⁶ einhergehenden sozialen Produktion von Angst vor den anderen im „Kampf gegen den Terror“ ist ein europaweiter Anstieg von islamophoben Äußerungen festzustellen. Der Erfolg von *Geert Wilders* mit seiner prononciert islamfeindlichen Partei bei den niederländischen Wahlen zum Europäischen Parlament und der (unter anderem) antimuslimische FPÖ-Wahlkampfdiskurs

(„Abendland in Christenhand“) zeigen, dass Motive der Islamophobie weiterhin einen Resonanzraum finden.

Es ist wichtige Leistung des Vorgängers der EU-Grundrechteagentur, der Europäische Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (EUMC), in einer Studie die wichtigsten Diskurselemente der Islamophobie aufgezeigt zu haben. Zu diesen gehört etwa der Vorwurf, der Islam sei ein monolithischer, statischer Block, der keine Werte mit anderen Kulturen teile und sich mit ihnen nicht austausche; er sei barbarisch, irrational, primitiv und sexistisch; aggressiv, bedrohlich, ein Förderer des Terrorismus und ein Instrument des Kulturkampfes; eine politische Ideologie, die zu politischen und militärischen Zwecken eingesetzt werde und die selbst konstruktive Kritik stets kategorisch zurückweise.²⁷ Viele dieser Unterstellungen greifen, verdeckt oder explizit, auch im politischen Alltagsdiskurs Österreichs Raum. Ihnen ist bewusst entgegen zu treten, um einer Kulturalisierung (bzw Sakralisierung) des Rassismus Einhalt zu gebieten.

Der Diskurs selbst lebt vom stimmenmaximierenden Ventilieren von Vorurteilen und rassistischen Äußerungen, die teils – man denke an die Fälle der FPÖ-Politikerin *Susanne Winter* und ihres Sohnes *Michael* – sogar die Schwelle des Strafrechts überschreiten.²⁸ Jenen § 283 StGB (Verhetzung), nach dem *Susanne* und *Michael Winter* unter anderem rechtskräftig verurteilt wurden (das Urteil gegen *Susanne Winter* bestätigte das OLG Graz am 17.6.2009), thematisierte auch das CERD in seinem Bericht. Das Komitee kritisierte, dass Abs 1 leg cit den objektiven Tatbestand der Verhetzung dadurch verengt, dass die Tathandlung „öffentlich auf eine Weise [vorgenommen werden müsse], die geeignet ist, die öffentliche Ordnung zu gefährden“. Diese Einschränkung solle fallen. Auch empfiehlt das CERD, den persönlichen Schutzbereich des § 283 StGB auf alle besonders verletzlichen Gruppen aus-

21) Ibid. 5.

22) Ibid. 8.

23) Ibid.

24) CERD, Concluding observations – Austria (2008), 25.

25) Ibid. 13.

26) Zum Thema der Abgrenzung der Europäischen Union nach außen siehe die Beiträge zu dem von *Frühwirth* und *Kettemann* betreuten Themenschwerpunkt „Festung Europa“ im *juridikum* 2009/2.

27) *Europäische Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (EUMC)* (Hrsg), *Grenzen und Grenzüberschreitungen im Grazer Wahlkampfdiskurs, juridikum* 2008/1, 7.

28) Vgl dazu *Kettemann*, *Wahlkampf auf Kosten der Menschen. Grenzen und Grenzüberschreitungen im Grazer Wahlkampfdiskurs, juridikum* 2008/1, 7.



zudehnen, „to cover all acts of racial discrimination against [...] ethnic minorities, migrants, asylum-seekers and foreigners.“²⁹

Politische Diskurse zu ändern, besonders wenn jene Parteien, die sie bestimmen, von Übertreibungen und Simplifizierungen zu profitieren meinen, ist schwierig. Die klare Benennung von Menschenrechte verletzenden politischen Äußerungen – etwa durch „rote Ampeln“, wie im Grazer Gemeinderatswahlkampf 2008³⁰ – ist ein erster, wichtiger Schritt. Weitere Initiativen zur Ausbildung einer gelebten Kultur der Menschenrechte in der Innenpolitik sind notwendig. So fordert das CERD Österreich auf, „[to] take resolute action to counter any tendency, especially from politicians, to target, stigmatize, stereotype or profile people on the basis of race, colour, descent and national or ethnic origin, or to use racist propaganda in politics.“³¹

5. Ausblick

Statt populistisch zu verkünden, Österreich „zum sichersten Land der Welt“³²

zu machen, stünde es Innenministerin Fekter eher an, die von Amnesty International aufgestellten Empfehlungen zu implementieren. Sämtliche Vorwürfe rassistischen Verhaltens gegen ExekutivbeamtenInnen müssen genau untersucht und entsprechend geahndet werden; die Erkennung von Fällen von Diskriminierung, das Bewusstsein für diskriminierendes Verhalten und die institutionellen Reaktionen darauf müssen verbessert werden; und Straftaten, die von Angehörigen gefährdeter Gruppen angezeigt werden, müssen effektiv verfolgt werden, wobei stets auf das Vorliegen rassistischer Motive – mit entsprechender Auswirkung auf die Strafhöhe – zu achten ist.³³

Das Grundproblem liegt zurzeit noch in der Einbettung von rassistischen Denkweisen in der organisatorischen Alltagskultur der Polizei, die als „unzerstörbarer Teil des institutionellen Habitus“³⁴ weitergegeben wird. Wenn die Polizei ihrem Anspruch, Menschenrechtsschutzinstitution zu sein, gerecht werden will, hat ein Kulturwandel statt zu finden.

Der Kulturkampf, der in islamophoben Diskursen herbeihalluziniert wird, findet nicht statt. Dies ändert aber nichts daran, dass die sozialen Rahmenbedingungen für Diskriminierungen aus religiösen Gründen durch eine sprachliche Deeskalation und wirksame Integrationsmaßnahmen mit klaren Zielen und Zeitlinien nachhaltig zu verändern sind. Im Übrigen bin ich – wie auch das CERD – der Meinung, dass eine Lösung für den Ortstafelkonflikt gefunden werden muss.³⁵

Mag. Matthias C. Kettemann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Karl-Franzens-Universität Graz. Zur Zeit absolviert er ein Master of Laws-Studium an der Harvard Law School. Von 2006 bis 2009 war er Mitherausgeber des Juridikum, dessen Redaktion er weiterhin angehört; matthias.kettemann@uni-graz.at

29) CERD, Concluding observations – Austria (2008), 15.

30) Kettemann, Juridikum 2008/1, 7.

31) CERD, Concluding observations – Austria (2008), 16 (Hervorhebung durch den Verf.).

32) ORF.at, Fekter stellt neue Asylpläne vor, <http://www.orf.at/090611-39247/index.html> (11.6.2009).

33) Amnesty International, Österreich 10.

34) Hall, Von Scarman zu Stephen Lawrence, in Schönwälder/Sturm-Martin (Hrsg.), Die britische Gesellschaft zwischen Offenheit und Abgrenzung: Einwanderung und Integration vom 18. bis zum 20. Jahrhundert (2001), 154-168 (165).

35) Vgl. CERD, Concluding ob-

servations – Austria (2008), 14: Allerdings ist anzumerken, dass das bekannte Ortstafel-Erkenntnis von 2001, VfGH 13.12.2001, G 213/01-18, V62, 63/01.18, mit dem der Verfassungsgerichtshof u.a. Bestimmungen des Volksgruppengesetzes und der Topographie-Verordnung für Kärnten als verfassungs- bzw. gesetzeswidrig aufgehoben hat, hinsicht-

lich des Urteilsspruchs grundsätzlich umgesetzt ist. Der Umsetzung harrt indes die den „Geist“ des Urteils ausmachende Aussage des VfGH, dass all jene Gemeinden mit zweisprachigen topographischen Bezeichnungen versehen werden sollen, in denen ein zehnprozentiger slowenischer Bevölkerungsanteil über einen längeren Zeitraum festzustellen ist.

Das „EG-Tabakwerbeverbot“: (K)eine Frage der grundrechtswidrigen Bevormundung?

Helmut Kinczel*

1. Einleitung

Ein von Größen wie *Locke*, *Rousseau* oder *Kant* geprägtes und heute noch in rechtsstaatlichen Demokratien gültiges Staatsverständnis geht davon aus, dass der Staat dem Menschen zu ermöglichen hat, sein Leben in eigener Verantwortung zu gestalten und ihm dadurch die Chance offen steht, sein eigenes Glück zu machen. Patriarchalische Regierungen dagegen haben eine kollektive Glückseligkeit ihrer Untertanen vor Augen. In solchen Staaten wird vom Menschen ein tugendhaftes Leben nach Maßgabe der vorherrschenden Wertvorstellungen erwartet. Nicht dagegen wird ein freies Glücksstreben des Individuums zugelassen. Der Mensch muss, einer solchen Auffassung folgend, gegebenenfalls daran gehindert werden, sich selbst unglücklich zu machen.¹ Wie uns die Geschichte lehrt, geraten wir in besonders gefährliches Kielwasser, wenn die hoheitliche Gewalt mit „väterlicher Intention“ meint,

besser zu wissen, was gut für uns ist, als wir selbst.² Jedenfalls aber ist eine auf Freiheit beruhende Gesellschaft stets gut beraten und aus grundrechtlicher Sicht wohl verpflichtet, zweifelhafte Freiheitsbeschränkungen mit Argusaugen zu betrachten.³ Insofern stellt das EG-Tabakwerbeverbot einen idealen Anlass dar, um der Frage nachzugehen, ob die Legislative mit einer solchen normativen Regelung den *ausschließlichen* Zweck verfolgt, die Menschen vor den selbstgewollten Negativfolgen des Tabakkonsums zu bewahren und sie damit schlichtweg bevormundet.

Im Folgenden analysiert dieser Beitrag zwei Rechtsbereiche: Den grundrechtlichen Schutz vor Bevormundung; und den Zugang zu den Gerichten, um solche die Freiheit einschränkende Bevormundungsmaßnahmen überprüfen zu lassen. Zusätzliche Komplexität erhalten diese Problemkreise wegen der Berücksichtigung von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

2. Der Schutz vor Bevormundung auf nationaler Ebene

2.1. Verbotsnorm und Grundrechtsschutz (sachlicher Schutzbereich)

Mit § 11 Abs 1 iVm § 1 Abs 7 Tabakgesetz⁴ wurde in Österreich ein *umfassendes* Werbe- und Sponsoringverbot für Tabakerzeugnisse erlassen. Verstöße gegen dieses Verbot werden nach § 14 Tabakgesetz mit Verwaltungsstrafe geahndet. Dieses Werbeverbot greift in verschiedene verfassungsrechtlich geschützte Grundrechtspositionen, wie Meinungsfreiheit oder Erwerbsfreiheit, ein. Darüber hinaus kann ein Werbeverbot aber durchaus auch dazu geeignet sein, in unser Recht auf selbstbestimmtes Handeln einzugreifen. Ein solches Ergebnis lässt sich aus dem weiten Gewährleistungsumfang des *Gleichheitssatzes* folgern.⁵

Mitunter wird die Ansicht vertreten, dass ein *absolutes* Tabakwerbeverbot einen unverhältnismäßigen Eingriff in grundrechtlich geschützte Schutzpositionen darstellt. Denn in Anbetracht der heutigen Wertvorstellungen wäre ein solches Verbot wohl als ein im Vergleich zu den verfolgten Zielen inadäquater Eingriff in die individuelle Freiheit zu sehen.⁶ Fraglich ist, ab wann man von einem derartigen absoluten Tabakwerbeverbot nun sprechen kann.

Nach § 11 Abs 4 Tabakgesetz darf in tabakbezogenen Fachzeitschriften und in eingeschränktem Maß vor Ort von den befugten Stellen weiterhin für Tabakerzeugnisse geworben werden. Berücksichtigt man aber das Motto „wer nicht wirbt, der stirbt“ sind wohl die Wirkungen solcher noch erlaubten Werbemaßnahmen äußerst bescheiden und es ließe sich nun begründet behaupten, dass das Tabakwerbeverbot de facto bereits *absolut* gilt.

* Ich danke *Lorin-Johannes Wagner* und *Matthias C. Kettemann* für Hinweise und Anregungen.

1) Ausführlich dazu *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst (1992) 5 ff und 27 ff.

2) Hierzu braucht nicht an Schreckensregime gedacht zu werden, die ein ganzes Sittenbild mittels Zwang durchgesetzt haben, sondern bereits profanere Beispiele, wie die Alkoholprohibition in den

USA der 1920-er Jahre, die die Glaubwürdigkeit einer ganzen Rechtsordnung untergrub, reichen aus, um Selbstschutzvorschriften in einem diffusen Licht erscheinen zu lassen.

3) Vgl *Schäffer*, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971) 153; *Berka*, Die Grundrechte (1999) Rz 125.

4) Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherschutz (Tabakgesetz) BGBl I 431/1995, zuletzt geändert durch BGBl I 120/2008.

5) Vgl *Berka*, Grundrechte (1999) Rz 442; mitunter wird Art 8 EMRK als Rechtsgrundlage einer allgemeinen Handlungsfreiheit betrachtet so *Ganner*, Selbstbestimmung

im Alter (2005) 416; kritisch dazu *Berka*, Grundrechte Rz 460; siehe umfassend zur Verankerung der allgemeinen Handlungsfreiheit in der österreichischen Verfassungsordnung *Merli*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBl 1994, 233 (1. Teil) und 309 (Teil 2).

6) Vgl *Feik*, Gewerbenebenrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Band I² (2007), 87 (126).

Im Ergebnis könnte aus alledem geschlossen werden, dass das Tabakwerbeverbot so umfassend wirkt, dass es dazu geeignet ist, die Dispositionsfreiheit der Menschen zu beschränken, weil ihnen die Möglichkeit genommen wird, sich wegen der ausbleibenden Werbung zu „unvernünftigen“ Entscheidungen verleiten, oder eben nicht verleiten zu lassen. Anders gewendet, wird der Einzelne durch das Werbeverbot in seiner Freiheit beschränkt, das „Laster“ Rauchen wegen der zunehmend fehlenden Informationen über die Tabakerzeugnisse ausgiebig auszuüben bzw später vielleicht einmal ausüben zu wollen.

2.2. Grund der Beschränkung – ausschließlicher Selbstschutz?

Aus der Regierungsvorlage zum Tabakwerbeverbot wird ersichtlich, dass mit dem Werbeverbot die gesundheitsbezogenen Negativfolgen des Tabakkonsums eingedämmt werden sollen. Aus diesem Gesetzeszweck ist nun erkennbar, dass das Rauchen die Gesundheit gefährdet und daher wegen des Suchtpotentials von Nikotin ein Werbeverbot dazu dient, die Menschen vor sich selbst zu schützen. Hinzu kommt der Schutz Dritter, der mit der Gefährlichkeit des Passivrauches begründet wird, und der Jugendschutz.⁷

2.3. Schutz gegen hoheitliche Bevormundung durch nationale Höchstgerichte

In Bewusstsein dessen, dass Verbote, die zum *ausschließlichen* Selbstschutz der Normunterworfenen erlassen werden, der österreichischen Rechtsordnung äußerst fremd sind, setzte sich der VfGH schon in seinem Erkenntnis zur

Gurtenpflicht eingehend mit der Frage auseinander, mit welchen Zielen der Gesetzgeber den Eingriff in den Gleichheitssatz rechtfertigen wollte. Dabei gelangte der VfGH nach Heranziehung der Gesetzesmaterialien zum Ergebnis, dass die Gurtenpflicht, nicht nur dem Selbstschutz, sondern *auch* dem Schutz Dritter dient und bezüglich der Schwere des Eingriffs im Verhältnis zum verfolgten Ziel adäquat sei.⁸ Auf der anderen Seite ist darauf hinzuweisen, dass der VfGH weit davon entfernt ist, eine abschließende Dogmatik zur Frage entwickelt zu haben, in welchem Verhältnis Selbstgefährdungsschutz und Drittschutz bzw Allgemeinwohlbelange zu stehen haben, damit man noch von einem legitimen öffentlichen Interesse ausgehen kann, das dazu geeignet ist, Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu rechtfertigen.⁹

Anders dagegen das dt BVerfG, das bereits früh damit begonnen hat, sich eingehend mit dieser Problematik auseinanderzusetzen.¹⁰ Nach einer Analyse *Hillgrubers* geht das BVerfG davon aus, dass Gesetze dann verfassungswidrig sind, wenn sie ihrer objektiven Zielrichtung nach *ausschließlich* den Zweck des Selbstschutzes des Einzelnen verfolgen und dabei den freien Willen des Betroffenen bei der Ausübung von grundrechtlich geschützten Handlungen beschränken.¹¹

Gegebenenfalls müsste sich also der VfGH mit der Frage auseinandersetzen, ob die Ziele des Tabakwerbeverbots nicht eine unzulässige Bevormundung darstellen. Doch käme dem VfGH überhaupt aus formalprozessualer Sicht die Zuständigkeit zu, darüber zu urteilen, welche Ziele das Tabakwerbeverbot tatsächlich verfolgt?

3. Überprüfung von Legislativentscheidungen im gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzsystem

3.1. Allgemeiner gemeinschaftsrechtlicher Rahmen

Das österreichische Tabakgesetz ist im Hinblick auf die Reichweite des Tabakwerbeverbotes von sekundärem Gemeinschaftsrecht determiniert. Gemeinschaftsrecht unterliegt aber nicht der Normenkontrolle des VfGH.¹² Hinzu kommt, dass die Möglichkeit eines Rückgriffs auf nationale Grundrechte sogleich die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts gefährden würde. Daher muss nach Ansicht des EuGH¹³ dem Gemeinschaftsrecht auch vor innerstaatlichem Verfassungsrecht vorrangige Geltung zukommen.¹⁴ Spätestens mit Umsetzung der Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG¹⁵ (in weiterer Folge kurz: RL) in das nationale Recht entfaltet das darin festgelegte „EG-Tabakwerbeverbot“ vollends seine unmittelbare Wirkung auf die individuellen Rechtspositionen der Normunterworfenen.

Diese Einbruchsstelle in den nationalen Grundrechtsschutz ist nur deshalb erträglich, weil der EuGH, trotz oder wegen des Fehlens eines geschriebenen Grundrechtskataloges, Gemeinschaftsgrundrechte aus den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts herleitet.¹⁶ Daraus folgt, dass in der Gemeinschaft keine Maßnahme als rechtmäßig anerkannt werden kann, die mit der Beachtung dieser Grundsätze unvereinbar ist.¹⁷ Auf die, aus den allgemeinen Grundsätzen abgeleiteten Grundrechte, kann sich der Einzelne unmittelbar berufen.¹⁸ Daran ändert auch nichts, wenn die Handlung der Gemeinschaftsorgane

7) RV 700 BlgNR 22. GP.

8) VfGH 03.12.1988, B 176/87.

9) Zur Klarheit tragen auch nicht jene Entscheidungen bei, die die Frage nach dem Selbstschutz offen lassen; so hatte der VfGH zu überprüfen, ob eine Verwaltungsstrafe nach dem StrahlenschutzG dann einen verfassungswidrigen Eingriff in den Gleichheitssatz darstellt, wenn sich strahlenexponierte Personen ihre Gesundheit nur von hiezu ermächtigten Ärzten bescheinigen lassen dürfen; im Ergebnis stellt der VfGH lediglich fest, dass eine solche gesetzliche Ausgestaltung keine Gleichheitsbe-

denken auslöst (VfGH 14.10.1986, B 356/85).

10) Beginnend mit BVerfGE, vom 18.07.1969, 22, 180.

11) Vgl *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst 118.

12) Vgl *Ohlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006) 178 ff.

13) EuGH 17.12.1970, Rs C-11/70, Rn 3, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125.

14) Der VfGH hat den Vorrang von Gemeinschaftsrecht selbst vor nationalem Verfassungsrecht bereits mehrfach anerkannt (vgl etwa VfGH 24.02.1999, B 1625/98);

eine „doppelte Bindung“ (siehe dazu VfGH 11.10.2006, G 138/05), nämlich an Gemeinschaftsgrundrechte und nationale Grundrechte durch Spielräume bei der mitgliedstaatlichen normativen Durchführung von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, ist, was die Reichweite des Tabakwerbeverbots betrifft, jedenfalls nicht ersichtlich.

15) Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und

Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABI L 152 vom 20.06.2003, 16 – 19.

16) EuGH 12.11.1969, Rs C-29/69, Rn 7, *Stauder*, Slg 1970, 419; EuGH 17.12.1970, Rs C-11/70, Rn 4, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970 1125; EuGH 14.05.1974, Rs C-4/73, Rn 13, *Nold*, Slg 1974, 491.

17) EuGH 18.06.1991, Rs C-260/89, Rn 41, *ERT*, Slg 1991, I-2925.

18) Grundlegend dazu EuGH 05.02.1963, Rs 26/62, Rn 1, *Van Gend & Loos*, Slg 1963, 3.

nicht unmittelbar zum Prüfungsgegenstand wird, sondern erst mittelbar über eine sogenannte „agency situation“.¹⁹ Eine solche Situation liegt im gegebenen Fall vor, weil die nationale Umsetzungsnorm lediglich das „EG-Tabakwerbeverbot“ widerspiegelt.²⁰

Die durch das EG-Tabakwerbeverbot hervorgerufene Bevormundungsfrage hätte nach Art 220 EGV allenfalls der EuGH zu klären, indem er überprüft, ob der Schutz vor Bevormundung von den Gemeinschaftsgrundrechten mitumfasst ist. Dabei würde sich der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten lassen, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Hierbei kommt der EMRK besondere Bedeutung zu.²¹

Dagegen wurde vom EuGH bereits außer Zweifel gestellt, dass Gemeinschaftsgrundrechte grundsätzlich nicht uneingeschränkt gelten (Schranken). Sie sind in Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen. Grundrechtsbeschränkungen ihrerseits müssen wiederum spezifische Rechtfertigungsvoraussetzungen erfüllen (Schranken-Schranken). Hierzu hat der EuGH das aus den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts abgeleitete Verhältnismäßigkeitsprinzip auf die Gewährleistung der Gemeinschaftsgrundrechte erweitert.²² Zu einer solchen grundrechtsbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung gehört neben der Eruiierung von zulässigen Eingriffszielen, eine Geeignetheits- und Erforderlichkeitsüberprüfung, die Frage der Adäquanz und die Wesensgehaltsgarantie.²³

Zur formalprozessualen Überprüfung von Sekundärrecht in Hinblick auf seine Grundrechtskonformität kennt das

EG-Rechtssystem im Wesentlichen zwei Verfahrenstypen, nämlich die Nichtigkeitsklage nach Art 230 EGV und die Gültigkeitsfrage im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 234 EGV.

3.2. Zurücknahme der Kontrolldichte

Aus dem zuvor gezeichneten gemeinschaftsrechtlichen Rahmen, können sich einige Rechtsschutzdefizite ergeben, wie die gleich nachstehenden Ausführungen im Einzelnen darlegen sollen.

3.2.1. Zurückhaltende ex-officio-Prüfung

Anders als der VfGH, der keine formellen Beschwerdepunkte kennt und demnach Verstöße gegen Grundrechtseingriffe umfassend prüft, nimmt der EuGH bei der Nichtigkeitsklage nach Art 230 EGV im Allgemeinen keine ex-officio-Prüfung von Klagegründen des materiellen Rechts vor.²⁴ Besonderes gilt für das Vorabentscheidungsverfahren, das keine Klage im eigentlichen Sinn ist. Nach der Konzeption von Art 234 EGV ist es allein Sache der nationalen Gerichte, dem EuGH bei Zweifel über das Gemeinschaftsrecht Fragen zu dessen Anwendung und Gültigkeit zu stellen. Verfahrensgegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens ist ausschließlich die Beantwortung der Vorlagefragen. Insofern bleiben die nationalen Gerichte die „Herren des Ausgangstreits“.²⁵ Inwieweit der EuGH bei Gültigkeitsfragen eine über die Vorlagefragen hinausgehende „ex-officio-Prüfung“ anstellt und anstellen soll, ist strittig. Mitunter wird eine Analogie zur Nichtigkeitsklage gefordert, bei der der EuGH schon mehrfach formale Nichtigkeitsgründe „ex-officio“ aufgegriffen hat.²⁶ ME ist die vorgenommene Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Gründen nicht einsichtig und

eine undifferenzierte Prüfung von Amtswegen wäre wünschenswert.

3.2.2. Bildung des Gemeinwohl- oder Individualbezuges

Der EuGH geht von einer weiten Konzeption möglicher Eingriffsziele aus. Begrenzungen der Grundrechte sind jene, „die durch die dem allgemeinen Wohl der Gemeinschaft dienenden Ziele der Gemeinschaft gerechtfertigt werden“, bzw solche „sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen“.²⁷ Als Gemeinwohlziele dienen im EGV festgeschriebene aber auch ungeschriebene Zwecke.²⁸ Zudem können auch die Rechte und Freiheiten anderer als legitime Eingriffsziele herangezogen werden.²⁹ Ob aber eine gemeinschaftsrechtliche Regelung, die *ausschließlich* zum Schutz des Menschen vor sich selbst erlassen wurde, auch ein von den legitimen Rechtfertigungsgründen gedeckter Rechtfertigungsgrund ist, oder ob die Regelung *auch* dem Wohl anderer bzw der Allgemeinheit dienen muss, ist noch völlig ungeklärt.³⁰

3.2.3. Adäquanzprüfung als unsicherer Bestandteil der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung

Ein zentraler Kritikpunkt an der Rechtsprechung des EuGH ist immer wieder der Ausfall ganzer Prüfungspunkte bei der grundrechtsbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Werden aber Geeignetheit, Erforderlichkeit oder Angemessenheit, die erst den Ausgleich zwischen öffentlichen und privaten Interessen sicherstellen, nicht geprüft, so wäre von der Existenz eines grundrechtsbezogenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wohl kaum zu sprechen und der Grundrechtsschutz würde letztlich zu einer leeren Hülle verkommen.³¹ Besonders

19) Vgl *Ranacher*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, ZÖR 2003, 21 (41).

20) Neben der zum Teil wörtlichen Umsetzung siehe RV 700 Blg NR 22. GP.

21) Vgl ua EuGH 18.06.1991, Rs C-260/89, Rn 41, *ERT*, Slg 1991, I-2925.

22) *Szczekalla*, Grundrechtlicher Schutzbereich und Schranken-systematik, in *Heselhaus/Nowak* (Hrsg) Handbuch der Europäischen

Grundrechte (2006) § 7 Rz 41 ff;

23) Vgl EuGH 11.07.1989, Rs C-265/87, Rn 15, *Schröder*, Slg 1989, 2237; EuGH 13.07.1989, Rs C-5/88, Rn 18, *Wachauf*, Slg 1989, 2609.

24) Vgl dazu im Detail *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht³ (2007) Rz 432.

25) *Sachs*, Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte (2008) 78.

26) *Ibid.*, 91.

27) EuGH 14.05.1974, Rs C-4/73, Rn 14, *Nold*, Slg 1974, 491; EuGH 08.04.1992, Rs C-62/90 Rn 23, *Kommission/Deutschland*, Slg 1992, I-2575.

28) *Frenz*, Handbuch Europarecht – Europäische Grundrechte (2009) Rz 644.

29) EuGH 06.03.2001, Rs C-274/99 P, Rn 46, *Conolly*, Slg 2001, I-1611.

30) Auch wenn nationale Glücksspielbeschränkungen, die vor Spielsucht schützen oder die Spie-

ler vor finanzieller Selbstgefährdung bewahren sollen, als zwingende Gründe des Allgemeinwohls angesehen werden (Vgl EuGH 21.10.1999, Rs C-67/98, Rn 31, *Zenatti*, Slg 1999, I-7289), ändert dies nichts am Mangel differenzierter Überlegungen.

31) Vgl mit einer ausführlichen Auflistung der kritischen Stimmen *Kischel*, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, 380 (399).

kritisch dabei wird gesehen, dass die Angemessenheitsprüfung sich bislang noch nicht als eigenständiger und gesicherter Bestandteil der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsprüfung durchgesetzt hat.³² Zudem wurden bislang noch keine Überlegungen angestellt, um „Bevormundungsvorschriften“ vielleicht auf der Adäquanzebene einem Ausgleich zuzuführen.

4. Das EG-Tabakwerbeverbot

Ob die zuvor herausgearbeiteten Defizite auch ihren konkreten Niederschlag in den Entscheidungen des EuGH zum Tabakwerbeverbot gefunden haben, soll nunmehr näher betrachtet werden.

4.1. Prozessualrechtliche Betrachtung

Der EuGH hat das mit den Art 3 und 4 der RL 2003/33/EG festgelegte Tabakwerbeverbot auf Grund einer von Deutschland eingebrachten Nichtigkeitsklage aus grundrechtlicher Sicht nur im Hinblick auf die Meinungsäußerungsfreiheit überprüft, weil sich der beschwerdeführende Staat auf dieses Vorbringen beschränkte. Daher brauchte er weder auf die Erwerbsausübungsfreiheit, obwohl diese besonders einschlägig gewesen wäre,³³ noch auf eine allfällige Bevormundungsfrage einzugehen.³⁴ Die Klage der Kreuzer Medien GmbH wurde mit Beschluss vom EuG am 28.04.2006 wegen mangelnder individueller³⁵ Betroffenheit als unzulässig abgewiesen (*prozessualbedingte Rücknahme der Kontrolldichte*).

4.2. Materiellrechtliche Betrachtung

4.2.1. Legitime Zielverfolgung

Mit der RL wird nach Ansicht des EuGH das Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes auf einem hohen gesundheitlichen Schutzniveau gemäß Art 95 Abs 3 EGV tatsächlich verfolgt.³⁶ Hierzu griff der EuGH zur Herausarbeitung des Gemeinwohls auf die Begründungserwägungen der RL zurück.³⁷ Dabei stellte er insbesondere auf den dritten

Erwägungsgrund der RL, der darauf hinweist, dass das Tabakwerbeverbot der öffentlichen Gesundheit dient, ab. So verursacht Rauchen jedes Jahr über eine halbe Million Todesfälle. Mit dem Werbeverbot soll vermieden werden, dass junge Menschen durch die Verkaufsförderung frühzeitig zum Rauchen veranlasst und süchtig werden. Diesem Ziel folgend soll nach dem vierten Erwägungsgrund der RL jede Werbung, die sich an die Allgemeinheit richtet, beschränkt werden. Und so gelangt der EuGH schließlich zur Ansicht, dass die in der RL festgelegten Maßnahmen als solche angesehen werden können, die tatsächlich zur Erreichung des mit ihnen angestrebten Zieles geeignet sind. Offen ließ der EuGH Erwägungen dahingehend, ob auch Selbstschutzinteressen als Substrat für die Untermauerung des gemeinschaftsrechtlichen Begriffs des Gemeinwohls herangezogen werden können (*materiellrechtliche Zurücknahme der Kontrolldichte wegen der großzügigen Prüfung von legitimen Eingriffszielen*).

4.2.2. Adäquanzprüfung

Der EuGH weist darauf hin, dass es dem Gemeinschaftsgesetzgeber nicht möglich war, weniger beschränkende Maßnahmen zu erlassen, ohne dass diese Vorschriften einen ungewissen und zufallsabhängigen Anwendungsbereich erhalten hätten. Damit war die Gemeinschaftsmaßnahme erforderlich, um das verfolgte Ziel zu erreichen.

4.2.3 Bewertung

Im Ergebnis heißt dies zunächst, dass die Frage, ob das Tabakwerbeverbot eine aus gemeinschaftsgrundrechtlicher Sicht unzulässige Bevormundung darstellt, noch nicht vom EuGH untersucht worden ist. Zudem mutet die grundrechtliche Überprüfung des EG-Tabakwerbeverbots insgesamt ein wenig rudimentär an, zumal das Vorbringen Deutschlands, dass die Verbotsmaßnahme dazu geeignet ist, den Presseunternehmen Wer-

beerlöse in einer Höhe zu entziehen, die sogar zur Schließung von Unternehmen führen könnte, vom EuGH zwar aufgegriffen wurde, doch keinen Eingang in seine Adäquanzprüfung fand. Hierbei hätte der EuGH mE etwa darauf hinweisen können, dass die Umsetzungsfrist der RL mehr als zwei Jahre betrug und den WirtschaftsteilnehmerInnen damit genügend Zeit geblieben wäre, sich auf die geänderte Situation einzustellen. Weitere Überlegungen wären durchaus möglich und notwendig gewesen, denn die Funktion einer Angemessenheitsprüfung liegt eben, losgelöst von einer abstrakten Prüfung, gerade in der Wahrung der Individualrechte der Betroffenen.

5. Gemeinschaftsgrundrechtlicher Schutz vor Bevormundung: Eine Antwort des EuGH steht aus

5.1. Prozessualrechtliche Vorschau

Wie zuvor herausgearbeitet, hat der EuGH das EG-Tabakwerbeverbot in grundrechtlicher Sicht erst in Hinblick auf die Meinungsäußerungsfreiheit untersucht und Art 3 und 4 der RL dahingehend als primärrechtskonform angesehen. Bleibt also die Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen der EuGH sich mit der Bevormundungsfrage auseinander zu setzen hätte. Am wahrscheinlichsten erscheint, dass ein/e betroffene/r Wirtschaftsteilnehmer/in gegen das Tabakwerbeverbot verstößt und die darauf folgende Strafbestimmung vor einem nationalen Gericht beanstandet. Wird im Verfahren die Bevormundungsproblematik aufgeworfen und hätte das nationale Gericht Zweifel, ob das EG-Tabakwerbeverbot rechtmäßig im Lichte der primärrechtlichen Vorgaben ausgestaltet ist, müsste es eine dementsprechende Vorlagefrage an den EuGH richten. Ein direktes Recht darauf, dass das nationale Gericht eine solche Frage dem EuGH stellt, haben aber die Verfahrensbetrei-

32) Vgl. von Danwitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, EWS 2003, 393 (399); Classen, Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und privaten Recht – Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz?, EuR 2008, 627 (629 ff); Frenz, Grundrechte Rz 627 ff.

33) Vgl. Frenz, Grundrechte Rz 2720.

34) Die weiteren Ausführungen beziehen sich auf EuGH 12.12.2006, Rs C-380/03, Rn 149, *Deutschland/Parlament und Rat*, Slg 2006, I-11573.

35) Vgl. zur engen Auslegung des Begriffs der „individuellen Betroffenheit“ nach Art 230 EGV durch den EuGH *Isak*, Europarecht 1³ (2007) 76.

36) Art 3 Abs 1 lit g und p, Art 14, Art 152 und Art 95 Abs 1 und insb Abs 3 EGV; eine völlige Liberalisierung der Werbung für Tabakpro-

dukte wäre daher wohl auch unzulässig gewesen.

37) Zur Zulässigkeit eines solchen Rückgriffs ausdrücklich EuGH 13.12.1994, Rs C-306/93, Rn 25, *SMW Winzersekt/Land Rheinland Pfalz*, Slg 1994, I-5555.

ligten zumindest in Österreich nicht (prozessualbedingte Rücknahme der Kontrolldichte).

5.2. Materiellrechtliche Vorschau

Die Begründetheit einer solchen Bevormundungsfrage würde sich immerhin schon aus den Verträgen selbst ergeben. Denn sowohl der EUV als auch der EGV betonen, dass die Europäische Union unter anderem auf dem Grundsatz der Freiheit beruht.³⁸ Auch der EuGH hat das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, das als Fundament einer Freiheit der Menschen vor staatlicher Einflussnahme angesehen werden kann, als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts in seiner Rechtssprechung anerkannt.³⁹ In der Rs *Hoechst/Kommission* meinte der EuGH, dass Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die „Sphäre der privaten Betätigung“ einer Rechtfertigung bedürfen. Dieses als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannte Recht bietet „Schutz gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe.“ Eingeschränkt kann dieses Recht jedoch werden, wenn dies das Vorliegen rechtfertigender Gründe erfordert. Der EuGH nahm aber bislang noch keine nähere Qualifikation dieser Rechtfertigungsgründe vor.⁴⁰ Keine Willkür liegt vor, wenn eine gesetzliche Regelung dem Allgemeinwohl dienende Ziele verfolgt.⁴¹ Insofern könnte aber erwogen werden, ob eine *ausschließlich* dem Selbstschutz die-

nende Gemeinschaftsmaßnahme nicht bereits *ad definitionem* als legitimer Rechtfertigungsgrund ausscheidet. So deutet die Tabakwerbeverbots-RL, im Lichte ihrer Erwägungen betrachtet, eher auf einen Schutz des Menschen vor sich selbst hin. Zielt die RL bloß auf den Jugendschutz ab, wirkt sie wegen ihres sehr weit reichenden Verbotes möglicherweise sogar überschneidend. Eine Auseinandersetzung des EuGH mit diesen Einwänden wäre notwendig.

6. Schlussbemerkungen

Wie zuvor eingehend gezeigt wurde, kann es beim kooperativen Rechtsschutzsystem unserer heutigen durch das Gemeinschaftsrecht geprägten nationalen Rechtsordnung, durchaus zu prozessualen und materiellen grundrechtsbezogenen Schutzdefiziten kommen. Allfällige prozessuale Defizite, sprich Zugang des Einzelnen zu den Gemeinschaftsgerichten könnten durch eine mögliche Änderung der Verträge (*siehe zur Nichtigkeitsklage*) bzw durch Gesetzesanpassungen auf nationaler Ebene (*siehe zum Vorabentscheidungsverfahren*) ausgeglichen werden. Aufgezeigte materielle Defizite im Bereich der gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, brauchten dagegen nur eine Änderung der Rechtssprechungslinie (*siehe zur Adäquanztprüfung*) bzw eine Sensibilisierung des EuGH bei der Frage, welche Ziele der Gemeinschaftsgesetzge-

ber tatsächlich verfolgen darf (*siehe zur Bildung des Gemeinwohlinteresesses*).

So mag der Gemeinschaftsgesetzgeber beim Tabakwerbeverbot der Sache nach zwar im Recht sein und er trifft hier wohl auch auf eine breite Akzeptanz in der Öffentlichkeit. Doch was ist bei den nächsten Verboten? Was ist, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber auf die Idee kommt, dass Zucker so ungesund ist, dass es deutschen FernsehmoderatorInnen nicht mehr erlaubt ist, für Gummibärchen zu werben? Was ist, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber seine Verbote so auf die Spitze treibt, dass die Akzeptanz in der Bevölkerung zunehmend schwindet?

Letztlich geht es um die Legitimation von Recht. Eine Rechtsordnung, wie jene der Europäischen Union, der dazu noch ein inhärentes Demokratiedefizit nachgesagt wird, muss ganz besonders darum bemüht sein, jegliche Rechtsschutzmängel mit größtmöglicher Rechtsstaatlichkeit zu kompensieren. Und dazu gehört eben auch ein effektiver Schutz grundrechtlich abgesicherter Individualrechtsgüter und eine Annäherung an die Frage, ob die Gemeinschaft für die Glückseligkeit der Menschen verantwortlich sein darf.

Mag. Helmut Kinczel ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Europarecht der Karl-Franzens-Universität Graz; helmut.kinczel@uni-graz.at

38) Vgl 3. Erwägungsgrund Präambel EUV und Art 6 Abs 1 EUV; ähnlich auch der 8. Erwägungsgrund Präambel EGV.
39) Vgl dazu mit ausführlichen Li-

teraturhinweisen *Haratsch*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in *Heselhaus/Nowak* (Hrsg) Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006) § 18 Rz 6.

40) EuGH 21.09.1989, verb Rs C-46/87 und C-227/88, Rn 15 und 19, *Hoechst/Kommission*, Slg 1989, 2859.

41) *Szczekalla*, Grundrechtlicher Schutzbereich und Schranken-systematik, in *Heselhaus/Nowak* (Hrsg) Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006) § 7 Rz 41 ff.

Vorwort

Der vorliegende Schwerpunkt widmet sich dem Themenbereich „Postkoloniales Afrika“. Das Wort „postkolonial“ eröffnet dabei eine dreifache Perspektive: einerseits verweist der Begriff auf ein Verhältnis zum Westen, das auch nach dem Ende des Kolonialismus durch Abhängigkeiten verschiedenster Art geprägt ist. Zweitens verweist der Begriff auf eine Politik- und Rechtsdimension, die sich autonom vom Westen entwickelt und verändert. Drittens steht der Begriff „Postkolonialismus“ für einen Analysezugang, der aktuelle Fragen in ihrem historischen Kontext analysiert und dabei Machtstrukturen miteinbezieht. Auch wenn wir uns mit Ausschnitten und Schlaglichtern begnügen müssen, versucht der Schwerpunkt diesen drei Dimensionen gerecht zu werden.

Judith Schacherreiter eröffnet den Schwerpunkt mit einem Überblick über den postkolonialen Zugang in den Rechtswissenschaften. Sie klärt den Begriff des „Postkolonialismus“ und skizziert die Grundpfeiler seiner Anwendung im Recht.

Gordon Woodman, langjährig an rechtswissenschaftlichen Fakultäten in Ghana und Nigeria tätig, beschäftigt sich in seinem Artikel mit Common-Law-Traditionen in Afrika. Dabei verfolgt er die Einführung des Common Law in den britischen Kolonialgebieten und die Veränderungen und Kontinuitäten, die es nach der Unabhängigkeit der afrikanischen Staaten erfährt.

Der Beitrag von *Caroline Kerschbaumer* behandelt die Beteiligung der Opfer des Apartheidregimes am reconciliation process. Wahrheitskommissionen sind wohl eine

der meistbeachteten afrikanischen Rechtsentwicklungen der letzten Jahre. Kerschbaumer analysiert die Rechte, aber auch den faktischen politischen Umgang mit den Opfern und widmet sich dabei insbesondere der Opferorganisation Khulumani.

René Kuppe beschäftigt sich in seinem Artikel mit den Bewegungen indigener Völker in Afrika. Er skizziert die gesellschaftspolitischen und rechtlichen Ursachen für die Entstehung dieser Bewegungen und beschreibt gegenwärtige Konflikte und Konfliktlösungsansätze. Kuppe gibt einen Überblick über die politische und akademische Kritik an der Indigenen-Bewegung – etwa der Vorwurf des Kulturessentialismus – und entwickelt darauf folgend Gegenthesen, in denen er argumentiert, dass das indigene Projekt in die Richtung einer Fortentwicklung demokratischer Mitbestimmung weist.

Silke Steiner befasst sich in ihrem Beitrag mit den ökonomischen Beziehungen der EU mit der Gruppe der afrikanischen, karibischen und pazifischen (AKP-)Staaten. Dabei unterwirft sie insbesondere die Konditionalitätsklauseln im gegenwärtigen Cotonou-Abkommen und die Economic Partnership Agreements einer kritischen Analyse.

Matthias C. Kettemann und *Thomas Rauter* beschäftigen sich in ihrem umfassenden Artikel mit dem Haftbefehl des Internationalen Strafgerichtshofs gegen den Präsidenten des Sudan, Omar Al Bashir. Sie widmen sich der Anklage sowohl aus juristischer als auch aus rechtspolitischer Perspektive und diskutieren die Kritik an der Entscheidung des Gerichtshofs.

Vorbemerkung

Dieser Text widmet sich der Frage, welche Rolle kritische Rechtswissenschaften in postkolonialen Herrschaftsverhältnissen und Befreiungskämpfen spielen können, wobei keine abschließende Antwort präsentiert werden soll, sondern eine Skizze möglicher Themenfelder, Zugänge und rechtspolitischer Dimensionen, offen für Ergänzungen, Erweiterungen, Konkretisierungen und Zuspitzungen.

1. Postkolonialismus

1.1. Kolonialismus, Imperialismus, Neo-Kolonialismus

Zunächst zum Verständnis des Begriffs „Postkolonialismus“, das den folgenden Überlegungen zu Grunde liegt: „Postkolonialismus“ ist ein Sammelbegriff für theoretische Zugänge und Formen politischer Praxis, die sich in enger Verbindung zueinander nach dem Ende des Kolonialismus entwickelten und sich dadurch auszeichnen, dass sie Beziehungen zwischen kolonialer Vergangenheit und der Gegenwart herstellen, Herrschaftsformen des Neokolonialismus und Imperialismus kritisch analysieren und emanzipatorischen Widerstand dagegen entwickeln.¹ Obwohl die konkreten postkolonialen Themenfelder und Kampfplätze vielfältig und unterschiedlich sind, ergeben sich aus dieser gemeinsamen Orientierung auch Gemeinsamkeiten hinsichtlich Problemstellung, Herangehensweise und Lösungsperspektiven. Politisch manifestierten sich diese Gemeinsamkeiten erstmals in der „Tricontinental“, einer Konferenz, die 1966 in Havanna stattfand. Diese Konferenz vereinte zum ersten Mal VertreterInnen aus den drei südlichen Kontinenten Asien, Afrika und Lateinamerika, um internationalen Widerstand gegen den Imperialismus zu formulieren. Aus der Konferenz ging eine Zeitschrift mit demselben Namen („Tricontinental“) hervor, die eine theoretische Basis dafür schuf, was heute als „Postkolonialismus“ bezeichnet wird.²

„Postkolonialismus“ steht damit auch für eine bestimmte Perspektive auf die globale Ordnung. Die enge Verbindung von postkolonialer Theorie und politischer Praxis legt es nahe, diese Perspektive anhand eines konkreten Konflikts zu veranschaulichen: Anfang April dieses Jahres mobilisierten indigene Völker des peruanischen Amazonasgebiets mit Straßen-, Fluss- und Pipelinesperren gegen die Pläne der Regierung, ausländischen Unternehmen für den Abbau von Naturressourcen und Bodenschätzen langfristige Konzessionen einzuräumen. Die Indigenen fürchteten, dadurch Zugang zu Land, Lebensraum, Nahrung und Wasser zu verlieren.³ Die peruanische Regierung ging mit Polizeigewalt gegen die In-

digenen vor, was zu zahlreichen Toten führte.⁴ Rechtliche Basis für die geplanten Konzessionsvergaben waren „decretos legislativos“ (legislative Dekrete), die ihrerseits das Freihandelsabkommen zwischen Peru und den USA umsetzen hätten sollen.⁵ Letztlich musste die peruanische Regierung aber aufgrund der starken sozialen Mobilisierung die umstrittensten dieser Dekrete widerrufen.⁶

Aus postkolonialer Perspektive handelt es sich bei diesen Ereignissen im peruanischen Amazonasgebiet nicht bloß um einen lokalen sondern um einen globalen Konflikt, dessen historische Wurzeln bis in die Kolonialzeit zurückreichen. Aktuelle Landkonflikte werden als historische Nachfolger

Postkoloniale Rechts- wissenschaften

Recht und kritische
rechtswissenschaftliche
Perspektiven in postkolonialen
Herrschaftsverhältnissen und
Befreiungskämpfen

Judith Schacherreiter



kolonialer Landaneignungen betrachtet, wenn auch unter Beteiligung neuer AkteurInnen. Neben der geschichtlichen spielt die globale Dimension eine zentrale Rolle. In diesem Zusammenhang ist das Freihandelsabkommen zwischen Peru und den USA in den Blick zu nehmen, und zwar als ein Freihandelsabkommen zwischen zwei ökonomisch sehr ungleich starken Ländern. Solchen Abkommen steht postkoloniale Kritik grundsätzlich skeptisch gegenüber, weil sie darin einen Mechanismus sieht, der Abhängigkeitsverhältnisse schafft, fortsetzt oder verfestigt und zu Lasten der lokalen Bevölkerung und der Umwelt einseitig kurzfristige Marktinteressen befriedigt.⁷ Schließlich sei angemerkt, dass es sich bei Landkonflikten um typische postkoloniale Konflikte handelt, und zwar nicht nur in anderen lateinamerikanischen Ländern⁸



1) Einführend in die postkoloniale Theorie *Mar Castro Varela/Dhawan*, Postkoloniale Theorie. Eine kritische Einführung (2005) 23 ff; mit stärkerem Bezug auf postkoloniale Praxis *Young*, Postcolonialism. An Historical Introduction (2001).
 2) *Young*, Postcolonialism. Historical Introduction 211 ff.
 3) *Le Bot/Razon*, Perú: los indígenas contra el Estado y compañías petroleras, La Jornada 7. 6. 2009, 24; *Saxe-Fernández*, Perú: genocidio y petróleo, La Jornada 18. 6. 2009, 27; *Der Standard* 8. 6. 2009, 14; *The Independent* 11. 6. 2009, 21.
 4) *La Jornada* 18. 6. 2009, 22 und 11. 6. 2009, 30; *Saxe-Fernández*, Perú: Genocidio y Petróleo, La Jornada 18. 6. 2009, 27; *Der Standard* 8. 6. 2009, 14; *The Independent* 11. 6. 2009, 21.
 5) *La Jornada* 11. 6. 2009, 30 und 18. 6. 2009, 27; *The Independent* 11. 6. 2009, 21.
 6) *Zibechi*, Triunfo de los pueblos amazónicos, La Jornada 19. 6. 2009, 22.
 7) Dazu auch unten, 2.1.
 8) Zu Mexiko vgl. *Schacherreiter*, Un Mundo Donde Quepan Muchos Mundos. A Postcolonial Legal Perspective Inspired by the Zapatistas, *Global Jurist* (im Erscheinen).

sondern auch in anderen Kontinenten.⁹ In diesen Konflikten stoßen regelmäßig in die Kolonialzeit zurückreichende Geschichten der Ausplünderung auf neue Ausbeutungsformen¹⁰ und es prallen grundlegend verschiedene Zugänge zu Land und Landbesitz¹¹ sowie unterschiedliche Produktionsformen aufeinander.¹²

Allgemein und zusammenfassend formuliert verlangt ein postkolonialer Zugang, aktuelle Konflikte im Kontext von Kolonialgeschichte und neueren internationalen Machtverhältnissen des Imperialismus und Neokolonialismus zu analysieren. Diese Begriffe überschneiden sich teilweise, werden auch nicht immer mit der gleichen Bedeutung verwendet, können aber für Zwecke dieses Textes vage wie folgt verstanden werden: Kolonialismus meint die Herrschaft der alten europäischen Mächte, die nach 1492 begann. Der Beginn des Imperialismus wird zeitlich meist im 19. Jahrhundert und geographisch in Napoleons Frankreich angesiedelt. Seit dem zweiten Weltkrieg spielen die USA eine zentrale Rolle, woher auch der Begriff des „US-Imperialismus“ rührt. Neokolonialismus lässt sich als Spielart des Imperialismus im Verhältnis zwischen früheren Kolonialmächten und ihren ehemaligen Kolonien definieren. In diesem Sinne bezieht sich der Begriff „Neokolonialismus“ auf eine Situation, in der sich ökonomische und allenfalls auch kulturelle Dominanz der Kolonialstaaten fortsetzt obwohl das betroffene Land formell Unabhängigkeit erlangt hat. Der postkoloniale Staat verbleibt in einer Situation der (primär ökonomisch vermittelten) Abhängigkeit und Beherrschung, die meist direkt über private Interessengruppen und nur indirekt über den Staatsapparat ausgeübt wird.¹³

1.2 Orts- und Perspektivenwechsel

Für uns aus dem globalen Zentrum impliziert eine postkoloniale Herangehensweise auch einen Perspektivenwechsel. Die Peripherie rückt nämlich in den Mittelpunkt, wobei im Sinne Wallersteins der Gegenüberstellung Zentrum/Peripherie die Überlegung zu Grunde liegt, dass internationaler Handel nicht zwischen Gleichen erfolgt, weil manche Länder (das Zentrum) ökonomisch stärker sind als andere und daher auf der Basis von Bedingungen handeln, die es ihnen erlauben, Mehrwert von den schwächeren Ländern (der Peripherie) ins Zentrum abzuziehen. Dieses Verhältnis zwischen Zentrum und Peripherie „entwickelt Unterentwicklung“.¹⁴

Die Peripherie in den Mittelpunkt zu rücken bedeutet auch einen geographischen Ortswechsel.¹⁵ Grundsätzlich sind es nämlich Länder der drei südlichen Kontinente Asien, Afrika

und Lateinamerika von wo aus postkoloniale Kämpfe geführt werden. Dies sollte allerdings nicht als strenge monolithische Trennung verstanden werden. MigrantInnen in Europa etwa können ebenso als postkoloniale Subjekte betrachtet werden und umgekehrt stellt sich die Situation eines bolivianischen Großgrundbesitzers ganz anders dar als die eines indigenen Bauern im selben Land. Schließlich können auch jene, die aufgrund ihrer geographischen, sozialen und wirtschaftlichen Stellung aus der globalen Ordnung und Reichumsverteilung profitieren, postkoloniale Kritik üben oder sich an postkolonialen Kämpfen beteiligen. Andernfalls wäre es nicht möglich, hier über Postkolonialismus und Recht zu schreiben und tatsächlich entwickelte sich der Postkolonialismus als akademisches Feld vor allem in europäischen und US-amerikanischen Universitäten. Auch der Westen ist eben kein homogener Block.¹⁶ Trotz dieser Relativierungen kann aber gesagt werden, dass postkoloniale Kämpfe grundsätzlich von den genannten drei Kontinenten aus geführt werden, richten sie sich doch gegen die einseitige internationale Arbeitsteilung und Reichumsverschiebung zu Lasten der Peripherie, die der uruguayische Autor Eduardo Galeano so umschreibt, dass sich manche Länder aufs Gewinnen und andere aufs Verlieren spezialisieren. „Unser Teil der Welt“, fährt Galeano fort, „jener, den wir heute Lateinamerika nennen, tat dies schon frühzeitig. In dem Moment, in dem das Europa der Renaissance sich über den Ozean warf um unseren Kontinent an der Kehle zu fassen, begannen wir alle uns im Verlieren zu spezialisieren. Die Jahrhunderte vergingen und Lateinamerika brachte seine Funktion zur Perfektion. [...] Die Region fährt fort als Sklave zu arbeiten. Sie fährt fort zu existieren um fremden Bedürfnissen zu dienen, als Quelle und Reserve von Öl und Eisen, Kupfer und Fleisch, Früchten und Kaffee, Rohstoffen und Nahrung mit Zielen in reichen Ländern wo die Konsumenten erheblich mehr daraus gewinnen als der Produzent Lateinamerika.“¹⁷

Diesen Zustand will postkoloniale Kritik nicht hinnehmen. Sie begehrt auf. Was sie anstrebt, sind Widerstand gegen und Befreiung aus imperialen und neokolonialen Herrschaftsverhältnissen. Dieses Bestreben ist nicht mit einer Art von „Entwicklungshilfe“ zu verwechseln, die auf der Annahme basiert, Länder der Peripherie müssten derselben Entwicklungslinie wie Europa (oder die USA) folgen. Die Vorstellung von mehr oder weniger entwickelten Ländern entpuppt sich aus postkolonialer Perspektive überhaupt als problematisch, weil sie oftmals auf der Idee einer europäischen Überlegenheit beruht, eine Idee, mit der schon die Kolonialisierung gerechtfertigt

9) Young, Postcolonialism. A Very Short Introduction (2003) 50 ff, 105; ders, Postcolonialism. Historical Introduction 194.

10) Vgl zB zu Mexiko *Manzanilla-Schaffer*, El drama de la tierra en México (2004) 161 ff; zu Algerien *Halvorsen*, Colonial Transformation of Agrarian Society in Algeria, Journal of Peace Research 1978, 323; zu Ghana *Agbosu*, Land Registration in Ghana: Past, Present and the Future, Journal of African Law 1990, 104.

11) In Bezug auf den erwähnten Konflikt in Peru vgl *Guerra Cabrera* in La Jornada 11. 6. 2009, 30, und *Schoepp*, Der Zorn des Urwalds, Süddeutsche Zeitung 13. 6. 2009, 6; zu Ghana vgl *Agbosu*, Journal of African Law 1990, 104 (109); zu Mexiko *López Bárcenas/Espinoza*

Sauceda, Derechos Territoriales y Conflictos Agrarios en la Mixteca: El caso de San Pedro Yosotatu (2002) 17 und 21 f; *Manzanilla-Schaffer*, El drama de la tierra 461; zu Algerien *Halvorsen*, Journal of Peace Research 1978, 323 (328); vgl auch unten, 2.1.

12) Die unterschiedlichen Produktionsformen, die dem Gemeinschafts- und dem individuellen (kapitalistischen) Eigentum zu Grunde liegen, analysiert unter Bezugnahme auf Algerien *Halvorsen*, Journal of Peace Research 1978, 323.

13) Young, Postcolonialism. Historical Introduction 27, 45.

14) *Wallerstein*, World-Systems Analysis. An Introduction (2004) 11 f, 17, 29. Anzumerken ist, dass das Begriffspaar sich eigentlich

nicht direkt auf bestimmte Länder, sondern bestimmte Produktionsprozesse bezieht. Ein Land, in dem ausschließlich periphere Produktionsprozesse angesiedelt sind, kann dann als Peripherie bezeichnet werden.

15) Vgl auch *Mignolo*, Delinking. The rhetoric of modernity, the logic of coloniality and the grammar of de-coloniality, Cultural Studies (2007) 466, der Unterschiede in der Wahrnehmung der Moderne vergleicht, je nachdem ob es sich um einen Blick von England oder von der Karibik aus handelt.

16) Young, Postcolonialism. Historical Introduction 61 ff.

17) *Galeano*, Las Venas Abiertas de América Latina (2006) 15, übersetzt von der Autorin.

Jud/Hauser(Hg.)
Schwar (Autor)

Die gemeinnützige Stiftung, der gemeinnützige Fonds

2. Auflage

156 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5390-1, € 35,-

Die Publikation bietet einen systematischen Überblick über das aktuelle Recht zur gemeinnützigen Stiftung und zum gemeinnützigen Fonds auf Bundes- und Landesebene (Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz bzw Landes-Stiftungs- und Fondsgesetze). Ergänzt wird diese Übersicht durch einschlägige Muster sowie einen tabellarischen Vergleich der in diesem Zusammenhang relevanten, insgesamt zehn Rechtsquellen.

FH-Prof. Mag. Dr. Beatrix Schwar ist Fachhochschulprofessorin für Recht an der FH JOANNEUM in Graz.



Tel.: 01-680 14-0, Fax: - 140
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

wurde und die über Hegels rassistische Geschichtsphilosophie¹⁸ bis heute in Rassismen und Überheblichkeiten überlebt hat. Als „irrationalen Mythos“ der Moderne bezeichnet Dussel diesen europäischen Größenwahn, wobei er explizit nicht die emanzipatorischen Errungenschaften der Moderne sondern lediglich deren Universalitätsanspruch ablehnt.¹⁹ Der Argwohn gegenüber Universalismen des Zentrums stellt einen allgemeinen wichtigen Aspekt postkolonialer Kritik dar.

Ein Beispiel: Privateigentum an Land wird im Zentrum wenn nicht gar als Naturgegebenheit, dann jedenfalls als universales Menschenrecht und Symbol für Fortschritt und Moderne gehandelt. Mit diesen Versprechen wurde es auch in der Peripherie angepriesen, wo Land dem Markt entzogen und als Gemeinschaftseigentum strukturiert war. In vielen afrikanischen Ländern, weiters auch in Lateinamerika und dem südlichen Asien, ermöglicht die Tatsache, dass Agrarland heute als Privateigentum dem freien Handel unterliegt, das so genannte „Land Grabbing“. Als Land Grabbing bezeichnet man das Phänomen, dass Großunternehmen aus reicheren (Grundnahrungsmittel importierenden) Staaten sowie diese Staaten selbst in der Peripherie enorme Flächen fruchtbaren Landes

kaufen oder langfristig pachten, um die Nahrungsversorgung im eigenen Land abzusichern, während die lokale Bevölkerung Hunger leidet. Abschluss und Inhalt entsprechender Verträge zwischen lokalen Regierungen und den Käuferstaaten bzw -unternehmen sind oft intransparent, beziehen die lokale Bevölkerung nicht ein und sehen auch unzureichende Mechanismen vor, um deren Zugang zu Land und natürlichen Ressourcen zu schützen.²⁰ Ein herausragendes Beispiel war etwa ein Vorhaben des nordkoreanischen Unternehmens Daewoo in Madagaskar. Daewoo hätte eine 99-jährige (erneuerbare) Lizenz über eine Landfläche von rund 1,3 Millionen Hektar Land zum Anbau von Mais und Palmöl erhalten sollen. Das Projekt scheiterte letztlich nur aufgrund des heftigen Protests der Zivilbevölkerung.²¹ Bringt Privateigentum in diesen Fällen was es verspricht: wirtschaftliche Freiheit, Fortschritt, Modernisierung?

Für uns aus dem Zentrum implizieren derartige Überlegungen den Versuch, Geschichte, Welt- und Werteordnung aus anderer Perspektive zu begreifen, etwa aus Sicht der AfrikanerInnen, die dem atlantischen Sklavenhandel zum Opfer fielen oder die heute beim Versuch zu emigrieren vor der spa-

18) Vgl zB *Hegel*, Vorlesung über die Philosophie der Geschichte, Suhrkamp Werksammlung XXII (1986) 134: „Die Weltgeschichte geht von Osten nach Westen, denn Europa ist schlechthin das Ende der Weltgeschichte, Asien der Anfang.“, ebd. 128: „[D]ie Unbändigkeit ist [es], welche den Charakter der Neger bezeich-

net. Dieser Zustand ist keiner Entwicklung und Bildung fähig [...]“

19) *Dussel*, Eurocentrism and Modernity (Introduction to the Frankfurt Lesson), *boundary 2*, XX, No 3 (1993) 65 (75).

20) Zahlreiche Informationen finden sich auf <http://farmlandgrab.org>; kürzlich dazu auch

The Guardian 4. 7. 2009, 8.

21) Siehe die Studie der FAO aus 2009 mit dem Titel „Land grab or development opportunity – Agricultural investment and international land deals in Africa“ 37, 39, 76, 78 f., 104, abrufbar unter <http://www.fao.org/docrep/011/ak241e/ak241e00.htm>.

nischen Grenze sterben, der algerischen Bauern und Bäuerinnen, denen die französische Kolonialmacht ihr Land nahm, der kubanischen RevolutionärInnen, die im Jahr 1959 Kuba aus der Batista-Herrschaft befreiten, der RebellInnen der algerischen Befreiungsfront, die in der Schlacht von Algier masakriert wurden oder der zapatistischen Frauen und Männer, die am 1.1.1994 aus Protest gegen das Nordamerikanische Freihandelsabkommen und die neoliberale Agrarreform verkündeten: „¡Ya basta!“ (was bedeutet: „Es reicht!“)²²

2. Recht und Rechtswissenschaften im Postkolonialismus

Auf der Basis dieser Erwägungen komme ich nun zur Frage, wie sich die Rechtswissenschaften in postkoloniale Forschung und Kritik einbringen können. Mein Ausgangspunkt dabei ist die Überlegung, dass Recht in kolonialen wie postkolonialen Herrschaftsverhältnissen einerseits als Herrschafts- und andererseits auch als Befreiungsinstrument dienen kann.

2.1. Recht als Herrschaftsinstrument

Als Herrschaftsinstrument fungiert Recht vor allem im Zusammenhang mit Einflüssen des Zentrums auf das Recht der Peripherie. So strebt das Zentrum seit der Kolonialisierung immer wieder danach, die Rechtsordnung der Peripherie entsprechend den eigenen Interessen zu formen, insbesondere im Zentrum bekannte und diesem dienliche rechtliche Konzepte in der Peripherie einzuführen. Derartige Rechtseinflüsse und Rechtstransfers stellen ein wichtiges Themenfeld für postkoloniale Rechtskritik dar.

In Mexiko beispielsweise eigneten sich die spanischen Kolonialherren mit Gewalt Land an und implementierten neue rechtliche Formen des Grundbesitzes, auf deren Basis sich das Privateigentum an Land entwickelte.²³ Auch die Kolonialmacht Frankreich setzte im 19. Jahrhundert in Algerien mit Militärgewalt das Gemeineigentum an Land außer Kraft, vertrieb die Landbevölkerung und implementierte das Privateigentum, um auf dieser rechtlichen Basis eine exportorientierte kapitalistisch strukturierte Koloniallandwirtschaft zu schaffen.²⁴ Aus einer rechtlich-postkolonialen Perspektive wäre das Privateigentum an Land in diesen Fällen daher als ein Resultat gewaltsamer Kolonialisierungsprozesse zu analysieren. Auch für die rechtliche Analyse aktueller Landkonflikte und neu-

er Formen von Landnahmen (wie etwa das bereits erwähnte Land Grabbing) können die Geschichte von Kolonialisierung und Rechtstransfers einen wichtigen Kontext darstellen.

Insofern überschneiden sich postkoloniale Themenfelder mit Untersuchungen zu Rechtstransferprozessen und „legal transplants“.²⁵ Die Rechtsvergleichung, verstanden als eine „Studie von Beziehungen, vor allem historischer Beziehungen zwischen Rechtssystemen oder zwischen Regeln aus mehr als einem System“²⁶ stellt daher eine zentrale Disziplin für postkoloniale Rechtswissenschaften dar. Auch rechtsanthropologische Arbeiten zum Rechtspluralismus können in diesem Zusammenhang einschlägig sein.²⁷

Einflüsse des Zentrums auf das Recht der Peripherie finden nach wie vor statt, auch wenn sich ihre Formen und Bahnen gegenüber der Kolonialzeit verändert haben. Von „imperialem Recht“ spricht Mattei²⁸ in diesem Zusammenhang und bezieht sich damit auf ein transnationales Rechtssystem, maßgeblich geprägt von Weltbank, Internationalem Währungsfonds, Welthandelsorganisation, G8 und den USA. Dieses Rechtssystem wirkt vor allem durch Kreditbedingungen, Freihandelsabkommen und Hegemoniebildung in die nationalen Rechtsordnungen hinein und drängt in der Peripherie typischerweise auf Rechtsreformen, die der Marktöffnung, dem Schutz von Investoreninteressen und Privatisierungen dienen.²⁹ Dies geschieht oftmals als Teil einer „Entwicklungsstrategie“, die Implementierungen bestimmter Rechtskonzepte nach dem Vorbild der USA oder Europas vorsieht. Kritisiert werden diese Einflussnahmen vor allem wegen ihrer einseitigen Ausgestaltung zu Gunsten der Rechtsexporture und deren Ignoranz gegenüber den konkreten Umständen und Bedürfnissen der Bevölkerung in den betroffenen Ländern.³⁰ Die Offenlegung von Machtstrukturen, die hinter diesen Rechtsexporten stecken, stellt eine wichtige Aufgabe postkolonialer Rechtskritik dar. Auch in dieser Hinsicht kann ein Austausch zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsanthropologie fruchtbringend sein.³¹ Die Beispiele sind zahlreich:

Der eingangs erwähnte Landkonflikt in Peru etwa bezog sich vor allem auf zwei Dekrete, die Teile des Freihandelsabkommens zwischen Peru und den USA durch Privatisierung von Land umsetzen hätten sollen. Ein weiteres anschauliches Beispiel ist die mexikanische Agrarreform 1992, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss von NAFTA

22) Zum Zapatismus als postkoloniale Bewegung und Inspiration für die Entwicklung einer postkolonialen Rechtswissenschaft *Schacherreiter*, *Global Jurist* (im Erscheinen).

23) *Schacherreiter*, *Global Jurist* (im Erscheinen).

24) *Halvorsen*, *Journal for Peace Research* 1978, 323.

25) Grundlegend *Watson*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*² (1993); einen einführenden Überblick über Literatur zu Legal Transplants geben zB *Graziadei*, *Comparative Law as the study of transplants and receptions*, in *Reimann/Zimmermann*, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2006) 441; *Nelken*, *Legal Transplants and Beyond: of Disciplines and Metaphors*, in *Harding/Örücü*, *Comparative Law in the 21st Century* (2002) 19.

26) *Watson*, *Legal Transplants*, 9, übersetzt von der Autorin.

27) *Merry*, *Legal Pluralism*, *Law & Society Review* 1988, 869; *Griffiths*, *What is Legal Pluralism?*, *Journal of Legal Pluralism* 1986, 1; *Hainzl/Zips*, *Rechtsanthropologie und anthropologische Friedensforschung*, *juridikum* 2005, 191.

28) *Mattei*, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2003, 383; *Mattei*, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, *AmJCompL* 1994, 195.

29) Vgl dazu auch *Marks*, *Empire's Law*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2003, 449 (460 ff.); *Duncan Kennedy*, *Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000*, in *Trubek/Santos*, *The new Law and Economic Development. A critical appraisal* (2006) 19 (63 ff.); *Schabus*, *The Struggle for Social Equality*, *Environmental Protection and Indigenous*

Rights in the Americas in a Time of World-Wide Trade Liberalization, *juridikum* 2006, 107.

30) *Mattei/Nader*, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal* (2008); *Knieper*, *Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht – juristische Zusammenarbeit aus der Sicht eines Beraters*, *RabelsZ* 72 (2008) 88; *Gardner*, *American Lawyers and Foreign Aid in Latin America* (1980); *Trubek/Galanter*, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crises in Law and Development Studies in the United States*, *WiscLRev* (1974) 1062; *Schabus*, *juridikum* 2006, 107; *Schacherreiter*, *Global Jurist* (im Erscheinen).

31) Zur Kritik an neokolonialen Herrschaftsverhältnissen durch die Rechtsanthropologie *Hainzl/Zips*, *juridikum* 2005, 191 (192 f.).

Kerschner/Wagner

Qualitätsstandards in Verwaltungsverfahren

160 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5359-8, € 30,-

Veröffentlichte Qualitätsstandards in der Verwaltung wollen die Effektivität von Verfahren steigern, zur Beschleunigung beitragen, Transparenz und Bürgernähe verbessern. Rechtlich stellen sich die Fragen nach der Durchsetzbarkeit solcher Qualitäts- und Leistungsstandards sowie den Rechtsfolgen der Nichterfüllung. Die vorliegende Studie klärt diese zentralen Aspekte umfassend.

Univ.-Prof. Dr. Ferdinand Kerschner ist einer der renommiertesten Wissenschaftler sowohl im Zivilrecht als auch im Umweltrecht. Er ist stellvertretender Leiter des Instituts für Zivilrecht und Vorstand des Instituts für Umweltrecht an der Johannes-Kepler-Universität in Linz.

a. Univ.-Prof. Dr. Erika Wagner ist Expertin im Bereich des Zivilrechts und des Umweltrechts. Sie hat zahlreiche einschlägige Publikationen zu verschiedensten Themen aus diesen Bereichen verfasst.



Tel.: 01-680 14-0, Fax: - 140
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

stand und heftige Proteste der indigenen Bevölkerung nach sich zog, im Besonderen den zapatistischen Aufstand in Chiapas.³² Als weiteres Beispiel sei das Landregistrierungsgesetz von Ghana aus dem Jahr 1986 genannt, das im Zuge der Einräumung hoher IWF-Kredite erlassen wurde. Man begründete dieses Gesetz damit, mehr Rechtssicherheit schaffen zu wollen. Agbosu weist allerdings darauf hin, dass dieses Registrierungssystem die eigentlichen Ursachen der Landkonflikte, die in der Privatisierung selbst wurzeln, verdunkelt und primär dazu dient, privaten Landbesitz abzusichern und rechtlich zu konsolidieren, wobei es sich dabei um Landbesitz handelt, der über die letzten Jahrhunderte hinweg durch Kolonialisierung, Privatisierung, Kommerzialisierung und Aneignung von ehemaligem Gemeinschaftsland in die Hände von privaten Unternehmen gelangte.³³

In diesen Konflikten geht es wie bereits erwähnt oft auch um unterschiedliche Zugänge zu Land und Landbesitz. Die Unterschiede sind nicht nur auf sozialer oder religiöser Ebene (Land als „madre tierra“, kultureller Lebensraum oder Gottesgabe versus Land als Handelsware) angesiedelt, sondern auch rechtlich fassbar. Beispielsweise ließe sich ein Ansatz, der Land primär als Ware und Gegenstand der Eigentumsfreiheit behandelt, einem Ansatz gegenüberstellen,

dem es primär um ein Recht auf Nahrung, Lebensraum und Souveränität geht.³⁴

2.2. *Recht als Befreiungsinstrument*

Dieser alternative Ansatz zeigt beispielhaft, wie Recht als Instrument des Widerstands und für Befreiung genutzt werden kann. Auch soziale Bewegungen, die anti-koloniale und post-koloniale Kämpfe führen, beteiligen sich am Rechtsdiskurs indem sie rechtliche Forderungen formulieren, ihre Kämpfe rechtlich legitimieren oder autonom für sich Recht setzen. Die kritische Analyse der Bezugnahme auf und Verwendung von Recht durch diese AkteurInnen sowie die Aufbereitung ihrer rechtlichen Optionen gehört ebenso zu den Aufgaben postkolonialer Rechtswissenschaften.

Ein Beispiel für emanzipatorische Rechtsinstrumente ist die Konvention Nr 169 über indigene Völker und Stämme der Internationalen Arbeitsorganisation von 1989. Während die Vorgängerkonvention³⁵ noch auf eine assimilierende Integration und eine von oben kontrollierte Entwicklung gerichtet war, steht bei der Konvention Nr 169 das Ziel im Vordergrund, dauerhafte Beziehungen zwischen indigenen Völkern (als bleibende sozio-politisch-kulturelle Einheiten) und den Staaten zu begründen sowie Entwicklung als einen Prozess

32) *Kerkeling*, ¡La lucha sigue! EZLN – Ursachen und Entwicklung des zapatistischen Aufstands² (2006) 159 ff, 172; *Muñoz Ramírez*, 20 y 10 – el fuego y la palabra (2003) 85 ff.; *Schacherreiter*, *Global Jurist*, im Erscheinen.

33) *Agbosu*, *Journal of African Law* 1990, 104 (123 f).

34) *Assies*, *Legalization of Land Tenure for Development*, paper 2009; Stellungnahme des UN-Spezialberichterstatters *Olivier de Schutte*

über das Recht auf Nahrung vom 11. 6. 2009, <http://www2.ohchr.org/english/issues/food/docs/BriefingNotelandgrab.pdf>.

35) Konvention Nr 107 von 1957.

zu gestalten, der den von den Völkern selbst artikulierten Prioritäten entspricht. Kollektive Landrechte werden als Teil der Identitätssicherung der Völker anerkannt. In dieser Form entwickelte sich die Konvention zu einem wichtigen Referenzrahmen für rechtliche Reformbestrebungen auf nationaler Ebene sowie für die von den Indigenen selbst formulierten Ansprüche.³⁶

Ein weiteres Beispiel für die emanzipatorische Nutzung von Recht im postkolonialen Kontext ist der „Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano“ (Neuer Lateinamerikanischer Konstitutionalismus), wie er sich insbesondere in den neuen Verfassungen Ecuadors und Boliviens niederschlägt. Was diesen neuen Konstitutionalismus auszeichnet, sind die Stärkung staatlicher Souveränität, partizipativer Demokratie, regionaler Integration sowie die Anerkennung von Multikulturalität und Plurinationalität, sozialer Grundrechte, Umweltrechte und indigener Rechte.³⁷

2.3. Brechung von Universalismen

Die multikulturelle Fassung von Menschenrechten im neuen Konstitutionalismus impliziert einen weiteren wichtigen Aspekt postkolonialer rechtswissenschaftlicher Kritik, nämlich die Kritik an Universalismen westlicher Prägung.³⁸ Davon betroffen sind insbesondere fundamentale Konzeptionen des bürgerlichen Rechtsstaats, der StaatsbürgerInnenschaft und des formellen Gleichheitssatzes³⁹ sowie des Privateigentums und der Vertragsfreiheit oder auch die westliche etatistische Vorstellung von Recht selbst.⁴⁰ Die Relativierung dieser Konzepte hat eine methodische und eine rechtspolitische Dimension.

Methodisch erfordert sie, die eigenen Konzeptionen und Modelle bewusst als Teil der eigenen Subjektivität einzu beziehen. Dies entspricht im Wesentlichen dem, was nach Frankenberg⁴¹ „kritische Rechtsvergleichung“ ausmacht. Frankenberg lehnt die Idee ab, Rechtsvergleichung könne von einem neutralen Punkt aus (etwa der Funktion im Sinne der funktionalistischen Methode) geführt werden und fordert daher erstens sich seiner eigenen Annahmen als solcher bewusst zu sein, zweitens nicht zu unterstellen, es handle sich dabei um allgemeingültige Konzepte und drittens zum eigenen Standpunkt in Distanz zu treten und ihn aus der Distanz selbstkritisch zu reflektieren. Nur dadurch, so Frankenberg, seien Lernerfahrung und kognitive Transformation möglich.

Auf rechtspolitischer Ebene geht es darum, davon Abstand zu nehmen, westliche Rechtskonzeptionen als vorgeblich „besser entwickelte Modelle“ in alle Welt zu exportieren. Im postkolonialen Kontext verfolgt Rechtsvergleichung daher keinesfalls das Ziel „den in der Entwicklung befindlichen Völkern [...] ‚juristische Bildungshilfe‘ zu leisten“.⁴² Im Gegenteil: Die mannigfaltigen gegenwärtigen Krisen, wie die Finanzkrise, Wirtschaftskrise, Nahrungskrise, Umweltkrise und Migrationsfragen verdeutlichen, dass viele hegemoniale westliche Konzepte des Marktliberalismus, des StaatsbürgerInnenstaats und des formellen Gleichheitsdenkens gerade nicht in der Lage sind, bestimmte gesellschaftliche Probleme zu lösen und dass diesbezüglich das Zentrum vielmehr von anderen Konzepten lernen könnte, um alternative Modelle zu entwickeln. Umgekehrt dürfen auch diese alternativen Konzepte nicht als abstrakte Universalismen fetischisiert werden. Auch sie wären als solche nämlich für andere Interessen instrumentalisierbar.⁴³ Postkoloniale Rechtswissenschaften stellen insofern eine Schule dar, in der die Rollen der Lehrenden und der Studierenden nicht fix vergeben sind⁴⁴. Als Vereinigung von Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtsanthropologie messen sie rechtliche Modelle an ihrem geschichtlichen und geographischen Kontext und analysieren sie vor dem Hintergrund globaler Herrschaftsverhältnisse.⁴⁵

Am schwierigsten erweist sich die Abkehr von Universalismen wohl im Diskurs um individuelle Menschenrechte und Rechtsstaat. Postkoloniale Kritik macht davor aber nicht Halt. Fitzpatrick und Darian-Smith⁴⁶ sind der Meinung, dass dies einen Hauptgrund für die Abwehrhaltung der Rechtswissenschaften gegenüber postkolonialen Ansätzen darstellt. Das kürzlich erschienene Buch von Mattei und Nader mit dem vielsagenden Titel „Plunder. When the Rule of Law is Illegal“ hat dbzgl einen provokanten Vorstoß gewagt, und wurde deshalb auch als „disturbing“, „provocative“ und „courageous“ rezensiert.⁴⁷

Der Hauptkritikpunkt am Universalitätsanspruch, der individuellen Menschenrechten beigelegt wird, besteht aus postkolonialer Perspektive darin, dass damit oft der Versuch einher geht, Herrschafts- und Kapitalinteressen durchzusetzen und zu legitimieren.⁴⁸ Diese Kritik bedeutet nicht, dass die Berufung auf Menschenrechte per se einen neokolonialen Akt darstellt. Freilich können Menschenrechte auch in emanzipatorischen Kämpfen einen wichtigen Referenzpunkt darstellen. Wichtig ist aber zu sehen, dass die politische Dimension der Berufung

36) Kuppe, Indianische Rechte im Rahmen der Verwirklichung eines plurikulturellen und multiethnischen Staates, *juridikum* 2006, 82 (83 f).

37) Schilling-Vacaflor, Boliviens Verfassungsreform als Paradebeispiel des „Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano“, *juridikum* 2009, 21 (24).

38) Schilling-Vacaflor, *juridikum* 2009, 21 (24); zur multikulturellen Fassung von Menschenrechten vgl. Sousa Santos, Toward a Multicultural Conception of Human Rights, in: Hernández-Truyol, *Moral Imperialism. A Critical Anthology* (2002) 39.

39) Zur Problematik dieser Modelle in den multikulturellen Gesellschaften Lateinamerikas und zum Alternativkonzept eines plurikulturellen Staates vgl. Kuppe, *juridikum* 2006, 82;

zum formellen Gleichheitsdenken im Hinblick auf MigrantInnen und Rassismus Holzleitner, Latina & Latino Critical Legal Studies und europäisches Gleichheitsdenken – ein interkultureller Dialog, *juridikum* 2006, 88.

40) Besonders hier werden Überschneidungen mit der Rechtsanthropologie und dem Konzept des Rechtspluralismus deutlich; vgl. dazu Hainzl/Zips, *juridikum* 2005, 191 (191 f); Griffiths, *Journal of Legal Pluralism* 1986, 1; Merry, *Law & Society Review* 1988, 869.

41) Frankenberg, *Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law*, Harvard International Law Journal (1985) 411.

42) Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (1996) 10.

43) Vgl. Kuppe, *juridikum* 2006, 82 (84) zur Verwendung plurikultureller Schlagworte für

neoliberale Projekte.

44) Metapher in Anlehnung an Subkommandante Marcos zu seiner Vernetzung mit indigenen Gemeinden, in Dokumentation „Los más-pequeños“.

45) Aus Sicht der Rechtsanthropologie vgl. Hainzl/Zips, *juridikum* 2005, 191 (194 f).

46) Fitzpatrick/Darian-Smith in der Einführung zu Fitzpatrick/Darian-Smith, *Laws of the Postcolonial* (1999) 4 f.

47) Vgl. die Zitate am Buchrücken.

48) Mattei/Nader, *Plunder; Speed/Collier, Limiting Indigenous Autonomy in Chiapas, Mexico: The State Government's Use of Human Rights*, *Human Rights Quarterly* 2000, 877; Sousa Santos in Hernández-Truyol (2002) 39 (45).

auf Menschenrechte vom jeweiligen Kontext und den jeweiligen AkteurInnen abhängt und nicht per se emanzipatorisch ist.⁴⁹ Den Universalitätsanspruch schon von vornherein als sakrosankt zu erklären, verunmöglicht aber eine entsprechende Analyse.

Speed und Collier veranschaulichen dies anhand des Menschenrechtsdiskurses in Chiapas (Mexiko). In diesem Diskurs dienen Menschenrechte zwar einerseits dazu staatliche Übergriffe gegen die indigene Bevölkerung zu kritisieren. Auf der anderen Seite berufen sich aber auch staatliche Behörden selbst auf Menschenrechte um indigene Autonomien und Handlungsspielräume politischer AktivistInnen zu beschränken. Speed und Collier beschreiben zwei Fälle, in denen staatliche Behörden gegen indigene Autoritäten vorgingen, weil diese einen Konflikt, der mit strafrechtsrelevanten Beschuldigungen verbunden war, nicht in Übereinstimmung mit staatlichen strafprozessualen Vorschriften verhandelten. Dies hängt allerdings damit zusammen, dass die betroffenen Gemeinschaften ein strafrechtliches Urteil nicht als Entscheidung über Fakten der Vergangenheit und Bestrafung sondern vielmehr als eine Kombination von Sanktion oder Sanktionsandrohung und Konfliktregelung für die Zukunft verstehen. Daher rühren auch die unterschiedlichen verfahrenstechnischen Vorgangsweisen. Im Fall einer aufständischen zapatistischen Gemeinde wurde dies von staatlichen Behörden dazu benutzt, unter Berufung auf Menschenrechte des Angeklagten politische Führungspersonen der zapatistischen Bewegung festzunehmen.⁵⁰

Ein weiteres wichtiges Beispiel in diesem Zusammenhang sind die hier schon mehrmals angesprochenen Eigentumsrechte. Im Zentrum als universales Menschenrecht der Eigentumsfreiheit konzipiert, und als Modernisierungsversprechen in die Peripherie getragen, fungiert das Privateigentum an Land dort oft als Ausplünderungsinstrument. Die „Freiheit“ individualisierter EigentümerInnen von ehemaligem Gemeinschaftsland öffnet für fremde Investoren und lokale Eliten die Möglichkeit, sie unter Druck zu setzen und ihnen Billigverkäufe abzapfen.⁵¹ Die Freiheit „mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten“

(§ 354 ABGB) wird zum Einfallstor für Umweltverschmutzung sowie Zerstörung von Lebensraum und Biodiversität zu Gunsten kurzfristiger Marktinteressen. Das Recht „jeden andern davon auszuschließen“ (§ 354 ABGB) legitimiert Ausbeutung durch Privatunternehmen ohne Rücksicht auf die lokale Bevölkerung und kann die Versorgungssouveränität gefährden.⁵² Dies alles hat für die betroffenen Regionen und die dortige Bevölkerung nichts mit Modernisierung zu tun. Daher müssen Gültigkeitsanspruch und Fortschrittsversprechen des privaten individuellen Landeigentums auch historisch und geographisch dorthin „zurückrelativiert“ werden woher sie kommen, und zwar auf die bürgerliche Revolution und die Bodenbefreiung im Europa des 19. Jahrhunderts.⁵³

2.4. Postkolonialer Standpunkt

Postkoloniale Rechtswissenschaften in diesem Sinne geben nicht vor, ihrem Forschungsfeld gegenüber eine indifferente Haltung einzunehmen. Vielmehr beziehen sie auf der Basis einer bestimmten Grundeinstellung zu ihren Untersuchungen und Erkenntnissen Position. Ihre Grundeinstellung wiederum ergibt sich aus dem kritischen Zugang gegenüber postkolonialen Machtverhältnissen sowie der Verbindung zwischen postkolonialer Theorie und einer Praxis, die ihrerseits nach Befreiung aus postkolonialer Herrschaft und ihrer einseitigen Reichumsverteilung strebt. Dies macht postkoloniale Rechtswissenschaften keineswegs weniger wissenschaftlich. Im Gegenteil: Selbstreflexion im Hinblick auf den eigenen Standort und die eigene Perspektive sowie Offenlegung von Grundhaltung, Methoden und Zielen macht sie transparent und kritisch. Auf dieser Basis richten sich postkoloniale Rechtswissenschaften darauf neokoloniale und imperiale Herrschaft im Recht und Rechtsdiskurs offenzulegen, Widerstand dagegen zu entwickeln und postkoloniale Emanzipation zu forcieren.

Dr.ⁱⁿ Judith Schacherreiter ist Universitätsassistentin an der Abteilung für Rechtsvergleichung an der Universität Wien und Mitherausgeberin des Juridikum; judith.schacherreiter@univie.ac.at

49) Speed/Collier, Human Rights Quarterly 2000, 877.

50) Speed/Collier, Human Rights Quarterly 2000, 877 (insb 891 ff).

51) Zahlreiche Fälle wurden etwa in Mexiko publik, wo durch die Reform 1992 Agrarland privatisiert wurde: In jüngerer Zeit vgl etwa La Jornada 8. 8. 2008; 8. 12. 2008, 40; 9. 12. 2008, 38; 15. 6. 2009, 47.

52) Dies ist vor allem in Fällen des so genannten Land Grabbing der Fall, siehe oben, 1.2.

53) Zur Neuordnung der Bodeneigentums- und Nutzungsformen sowie der liberalen Eigentumsauffassung im 19. Jahrhundert vgl Floßmann, Eigentumsbegriff und Bodenordnung im historischen Wandel (1976) 44 ff.

1. Introduction

The common law, a legal system originally developed in England, was introduced into British colonial territories in Africa as an instrument of colonial rule. These countries have now been independent for 30 to 50 years. Independence was accompanied by a desire to construct a different, better society than that of the colonial period, sweeping away those features of colonial government which were alien institutions, imposed in disregard of local cultures, preferences and aspirations. How has the common law developed in these countries since Independence, and how are the developments to be evaluated?

Although there have been changes, the anglophone countries of Africa still belong to the common law world. The continuing influence of the common law can be explained only through their legal history. Consequently much of this paper is devoted to history. It is concerned with anglophone, sub-Saharan Africa, and moreover gives relatively little attention to southern Africa, for reasons to be given.

The states of Africa today are, almost without exception, creations of the colonial process. Their territorial boundaries, determined at the Congress of Berlin, 1884-85, and other European meetings, frequently did not correspond to the boundaries between local polities, or between areas of settlement of ethnic groups. The systems of government constructed by the colonial powers for their administration were different and distinct from the previous indigenous systems of government, being modelled on the domestic governing apparatus in the colonial power.¹ The substantive laws and court structures were largely copied from these. They were administered for many years by colonial officers coming from the colonial countries.

2. Reception of Common Law in Africa

The process of reception (or imposition, transfer or diffusion) of the common law in what is now called anglophone Africa was effected by the use of rules of English law. The English courts had already developed rules specifying the law which would apply in colonial territories.² Colonies acquired by the settlement of English subjects in uninhabited terrain were to be subject to the law in force in England at the date of acquisition. Colonies acquired by conquest or by cession by a local population retained their previously existing laws, until the British Crown exercised its prerogative power to change them. Most British colonies in Africa were acquired by conquest or cession. Some were strictly not colonies but protectorates, and others were acquired by League of Nations mandate, but for convenience all may be classed as colonial territories.³ In every territory colonial legislation was enacted specifying the law to be in force. These statutes largely adopted the rule for settled colonies.

The formula defining the applicable law was usually contained in the statute which established the colonial courts. These ordinances provided that, subject to any overriding leg-

islation, the courts were to apply ‘the common law, the doctrines of equity, and the statutes of general application which were in force in England on [the date when the colony acquired its own local legislature].’

For a few exceptional cases the statutes specified a different variety of English law, namely, “the law and practice for the time being in force in England”. This was to apply in matrimonial causes, and to govern the procedure of the superior courts.

Southern Africa was different. The territory of the Cape of Good Hope was first colonised by Dutch. When in 1806 the British took control, they recognised the existing “Roman-

The Common Law Culture in Post-Colonial Africa

Gordon R. Woodman



Dutch law”. This, the “common law” of South Africa, was extended to the other provinces of the country, and to adjoining territories when they were colonised. However, in the two centuries since the initial occupation this law has been markedly influenced by the English common law.

The phrases quoted above defined the bodies of rules to be applied in the colonial courts. “The common law”, used here in a special, narrow sense, meant the body of law developed in the case-law of the ancient courts of common law by the judges, and to be found in the law reports. There was not a precise body of rules of precedent, but the skilled and experienced legal practitioner knew the weight to be given to propositions of law expressly stated by judges or to be inferred from their decisions. “The doctrines of equity” were the body of law developed in the Court of Chancery to mitigate the inflexibility of the common law. By the early 19th century “Equity” had become a body of case-law as fixed as the common law. The “statutes of general application in force on [what has been generally referred to as ‘the cut-off date’]” refers to a category of English statutes. The qualifying phrase “of general application” has not acquired an agreed definition, but seems to exclude statutes which in England applied only to some localities or to particular individuals.⁴

It was sometimes debated whether the clause “which were in force on [the cut-off date]” qualified only the statutes of general application or also “the common law and the doctrines

1) R. Oliver and G.N. Sanderson (eds.), *The Cambridge History of Africa*, Vol. 6 (1985).
2) W. Blackstone, *Commentaries Upon the Laws of England*, Vol. 1, 12th ed. (1793).

3) K. Roberts-Wray, *Commonwealth and Colonial Law* (1966), Chaps. 1, 11.

4) A.E.W. Park, *The Sources of Nigerian Law* (1963), 24-29; A.N. Allott, *New Essays in African Law* (1970), pp. 48-54.

of equity". However, it would have been difficult to apply it to the common law and equity. Propositions of case-law which appear to carry weight at one time may be developed, reinterpreted or overruled at later dates, and whenever this is done there is a tendency to state that the earlier decisions were erroneous. Common law courts, even when considering issues which have been highly controversial over long periods, nearly always speak as if they are declaring what the law has long been, not as if they are changing it. It was always assumed that the courts in African territories should follow the leading authorities in English case-law, regardless of their dates.

This last point illustrates a fundamental characteristic of the common law. It does not consist entirely of rules derived just from logical analyses of cases and settled rules of precedent. It also includes modes of reasoning, of understandings about the relevance of the facts of cases to the weight to be accorded to decisions, and of vast bodies of "principles", in the sense of norms which must be taken into account when relevant, but which are not decisive.⁵ These characteristics of the common law operate also in the interpretation of statutes. Enactments are interpreted by the use of bodies of rules, presumptions, principles, and speculation about legislative intentions. Conflicts between these constituents of reasoning have to be resolved by further principles. In response to the treatment of statutes by judges, legislative drafters create enactments which are different in style and manner of expression from those in other legal systems. Thus the process of reasoning which leads to the correct legal result in a common law case law is very different from that in other legal systems, although it is difficult to analyse exactly its special characteristics.⁶ The common law in this sense is not so much a system of rules as a professional culture.⁷

These provisions which required the common law to be transferred to Africa were subject to restrictions.⁸ They required the received law to be in force only as far as the circumstances of the territory and its inhabitants permitted, and also with formal verbal alterations "as to names, localities, courts, officers, persons, moneys, penalties and otherwise as may be necessary to render the same applicable to the circumstances".⁹

The reception of English common law was further limited by a requirement that the courts "observe and enforce the observance ... of any native law and custom existing in" the territory.¹⁰ This was entailed by the principles underlying the rules on the laws of colonial territories. The rule that English settlers took the common law with them, and the rule that the peoples of conquered and ceded territories were to retain their own laws both followed from the principle of a "personal law". That notion, prominent in medieval Europe and today in private international law, was the idea that every individual was governed by a particular law which applied to them wherever they went.

By thus creating plural systems of state law, the colonial power created a need for bodies of choice of law rules, or rules of internal conflicts of law. Its statutes gave some, not very clear guidance on this.¹¹ Most of the officials concerned expected the customary laws to disappear in the competition with the "superior" English common law. This would occur largely as a result of Africans engaging in dealings with Europeans, and choosing to govern their relations among themselves by the received law. An indication of the colonial attitude is that each statutory requirement to recognise customary law was qualified by limiting it to customary law not "repugnant to natural justice, equity and good conscience".¹²

Thus generally at the start of the colonial period the British sought to apply English common law for most purposes in African colonies. It might seem that an attempt to transplant to late-19th century Africa a law made for a largely industrialised, urbanised, literate, Christian population, a portion of whom had access to trained lawyers, whose views of life were influenced by the scientific developments since the Renaissance, and all of whom belonged to family and other social structures considerably different from their many forms in Africa, was doomed to failure. A consideration of legal development since that time suggests a different, more complex result.

In the early colonial years English law continued to be imposed through decisions by colonial officials. Thus, the initial reception had not included the English law on the formation of marriage, but a marriage statute was drawn up in London to enable Africans to contract marriages according to English procedures. The draft was sent to the colonial governments in all territories to be enacted into the local law.¹³ It provided that if a party to such a marriage died intestate, survived by a spouse or issue of the marriage, a form of English law was to regulate succession to their estate. Again, in the early years each colony enacted a code of criminal law, which immediately become the sole state criminal law in the territory. Although criminal law was not codified in England, the English advocates of codification had been largely successful in India, most notably in the enactment of the Indian Penal Code of 1860. The aim of this was to restate, with relatively minor revisions, the existing criminal law of England. It was followed closely in the penal codes enacted in the African colonies.

3. Lawyers, Judges and Legal Education

Through most of the colonial period the law courts were staffed by British judges. In the earlier years some of them displayed a strong aversion to the application of customary law. Thus a Chief Justice of the Gold Coast declared that the statutory requirement to give effect to native customary law must be read as referring to "custom" in the technical sense in English law, meaning practices which could be shown to have existed since

5) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977).
 6) E.g.: G. Samuels, *Can legal reasoning be demystified?*, *Legal Studies* 29 (2009) 181-210.
 7) Cf. A.W.B. Simpson, *The common law and legal theory*, *Oxford Essays in Jurisprudence* (1970), 77, suggesting that the common law may be seen as the customary law of the legal profession.
 8) *Blackstone*, *ibid.*

9) Supreme Court Ordinance, 1876 (Colony of the Gold Coast and Lagos), repeated in various Nigerian and Ghanaian statutes; Interpretation Act, Cap. 192, *Laws of the Federation of Nigeria and Lagos*, 1990, s. 32.
 10) Supreme Court Ordinance, 1876 (Colony of the Gold Coast and Lagos).
 11) See especially *Bennion*, Chap. 12.
 12) *Id.*

13) S. Zabel, *The Legislative History of the Gold Coast and Nigerian Marriage Ordinances: I, II*, *Journal of African Law* 13 (1969) 64, 158; S. Zabel, *Legislative History of the Gold Coast and Lagos Marriage Ordinance: III*, *Journal of African Law* 23 (1979) 10; H.F. Morris, *"The Development of Statutory Marriage Law in 20th Century British Colonial Africa"*, *Journal of African Law* 23 (1979) 37.

1189.¹⁴ On the other hand, from the early years of the 20th century a more receptive attitude towards the incorporation in the law of elements of African cultures emerged. The legislatures modified some of the marriage ordinances to provide that, in cases where they required the English law of succession to be applied, a proportion of the estate should pass according to customary law. An increasing number of judges showed a readiness to apply, explain and develop customary laws.

However, the most important influence on the laws of colonial states has been social change in the communities concerned, and especially in those of the legal professions. In all colonies numbers of individuals gained education and experience in the operation of the state legal systems. The colonial government promoted the development of formal education of the British type, aided by the Christian missions. The educational process led to Africans entering the ranks of the lay magistracy. But except in South Africa no local institutions offered a legal education which qualified their students for admission to legal practice. In the English legal system experience as a barrister was a condition for appointment as a judge in the superior courts. In the West African colonies wealthy families began to send members to England to gain legal qualifications. The usual route to qualify as a barrister in England was through membership of the Inns of Court. There aspiring lawyers would eat dinners, learn the social practices of the English bar, and work and study as pupils of established barristers. The outcome was an enculturation into the social practices and complex professional processes of decision-making in English courts. The African barrister returning home would be equipped to carry on the common law culture in the superior courts of his own country. After some years of practice he would be qualified for appointment to the bench. The first such appointment was made in Ghana in the 1930s. By Independence (in Ghana in 1957, Nigeria in 1960), many of the judges were of local descent. The lawyers who were not judges still influenced decisions about new legislation and the context of public thought in which judges shaped the common law. Outside West Africa in the colonial period Africans had no opportunity to qualify as lawyers, although some nationals of Asian descent were able to do so. In these other colonies, the common law was learnt by working in the lower ranks of the administration and court staff. But here also Africans took over administrative governmental posts of increasing seniority.

The effect of these developments in the colonial period was largely that the processes of applying the common law to new situations, of reviewing past authorities in the light of new situations, of making and interpreting statutes, continued in the same manner as in England. English cases were cited and followed, even when they were recent decisions which changed the direction of legal development. The respect for English law was so great that there was almost no development of the common law away from English law, even when different local conditions might have been cited to justify divergence: one searches the law reports in vain for evidence of

decisions relying on the statutory provisions which allowed departures from English law. Relatively little legislation was directed towards law reform, but what there was frequently copied almost verbatim English statutes.¹⁵ In some fields the principal divergence between the law of a colony and that of England arose from the failure of the colony to adopt the reforms made to English law, not because they were considered inappropriate but from lack of legislative resources.

On the other hand, the increasing prominence of local citizens in administration produced some challenges to the dominance of English common law. Local judges often gave attention to the development of the customary law applied in the courts. The repugnancy clauses never had much direct effect on the law applied in the courts.¹⁶ African members of legislatures sometimes succeeded in reducing the common law impingement on the application of customary law, as for example when the succession provisions of some Marriage Ordinances were modified by providing that a proportion of the estates were to pass according to customary law.¹⁷ However, generally the increase in reach and effectiveness of state law resulting from the development of the state meant an increase in the reach and effectiveness of the English common law.

Independence was accompanied by an insistence that the days of subservience to the laws and culture of the colonial power were over. But in practice in law there has been no abandonment of English models, although there have been some modifications in the practice of following them. The main reason for the continued acceptance of English law has been the enculturation of the ruling elites and especially the legal professions. The reasons for the modifications are also significant. The legal culture of African professionals, having been an English common law culture, has tended to become rather a Commonwealth or a general common law culture. The new directions are still within the field of common law, but assert a greater independence from the colonial power.

Shortly after Independence university law schools were set up in African anglophone countries. In the years around Independence African students travelling abroad for legal education went increasingly to countries other than England, primarily the USA. Since those earlier years it has become less common to travel abroad for an undergraduate education in law. There was an influx of North American lecturers into African law schools in the 1960s. In more recent years African lawyers have joined the staffs of law schools in England, North America and other parts of the common law world. Numbers of African lawyers have engaged in legal practice in England and other common law countries. A network of lawyers' links has developed within the Commonwealth, together with the series of regular Commonwealth law conferences through which professional relations between lawyers in the common law tradition have been fostered. All of these globalising trends have influenced the practice of law in Africa. African courts, when examining case-law on issues of common law, now frequently consider Canadian, Australian and US cases.

14) *Welbeck v. Brown*, reported *J.M. Sarbah*, Technical Aid, *Verfassung und Recht in Übersee* (1974) 19. *Morse and G.R. Woodman* (eds.), *Indigenous Law and the State* (1988), 181, 193-97.
 15) *G.R. Woodman*, *British Legislation as a Source of Ghanaian Law: From Colonialism to*
 16) *G.R. Woodman*, *How State Courts Create Customary Law in Ghana and Nigeria*, *B.W.*
 17) *N.A. Ollennu*, *The Law of Testate and Intestate Succession in Ghana* (1966), 239-245.

The tendency to broaden the base of common law influence beyond England has been strongest in the field of public law. The constitutions of African states now have entrenched human rights provisions. English law contained until recently little authority on the interpretation and application of these, so African courts looked for guidance elsewhere. At first cases from the USA were used extensively. More recently courts have had recourse to the constitutional laws of other states and to the jurisprudence of international instruments. The law of the African Union is given increasing attention. There have been determined efforts to develop constitutional laws with a national character, learning from the experience of other states in general, from other African states, and from particular national experience.

Another, broader social influence has been large-scale migration. Many citizens of anglophone African states have in the past 50 years moved to live and work outside Africa, largely to common-law countries. Today modern technology enables them to maintain close social relations with their communities of origin. In these, and when they return permanently or on visits they bring a familiarity with life in common-law countries. This process is producing societies which are more knowledgeable about the common law, the ways in which it impacts on social life, and the ways in which a person may navigate in such a society. The clash between popular expectations and assumptions and the common law enforced by the state is reduced.

Apparent instances of breaks with the past are equivocal. Thus when the “law and practice for the time being in force in England” provisions caused the UK Divorce Reform Act 1969 to take automatic effect in African states, the law of matrimonial causes was rapidly “brought home” through local statutes. However these local statutes law were closely modelled on the new English statute, albeit with some aspects of the Australian statute added.¹⁸

4. Customary Law

Independence brought an increase in the attention and respect given to customary laws. There have been many studies of different customary laws, although the earlier rate has declined in recent years, when the practical importance of such laws

as international economic law and human rights law has led to more studies of these. Judges in a number of jurisdictions have sought to systematize and develop the customary laws as applied in the courts. Popular attitudes have ensured minimal declines in the social significance of chieftaincy, the continued use of customary systems of landholding and land transactions, and the continuance of customary-law marriages. But the technical tools used to develop the state-recognised customary laws have been those of the common law. Customary laws have been adjusted (some would say, distorted) to fit the procedures of state laws. Rules of customary law have been “established” by being laid down in judicial decisions treated as precedents.¹⁹ There have been programmes to establish customary laws by codification or restatement, although these have not been highly effective even in state fora. In so far as customary laws have been established, they have become more similar to the common law, and there has been a tendency for the common law to be augmented and developed by the incorporation of customary laws. However, the laws of African states are still far from unitary systems.

5. Conclusion

An assessment of the reception of common law in anglophone Africa must recognise that Africans have adapted to the culture of the systems of government and law imposed by the colonial power with a skill which has enabled them to carry on these with success since Independence. But this relatively successful reception has entailed a failure to develop indigenous cultures and customary laws very extensively to meet the needs of the 21st century. The colonists believed that the indigenous cultures could not be sufficiently adapted, and now we do not know because it was not tried. Many might say that the urgent, continuing need for change in Africa has been met with less friction and expense by adopting systems of law and government which had already been developed elsewhere. But humankind may have lost the potential that these cultures offered for progress through variety.

Dr. Gordon R. Woodman is Emeritus Professor of Comparative Law at Birmingham Law School; G.R.Woodman@bham.ac.uk

18) S.A. Adesanya, Separation, Non-Objec-tion and Fault under the Matrimonial Causes Decree, 1970 of Nigeria – A Compartive Study with English and Australian Laws, University of Ghana Law Journal 9 (1972) 15; S.A. Adesanya,

Divorce in Ghana and Nigeria – A Comparative Study in Legislative Reform, Review of Ghana Law 8 (1976) 91.

19) G.R. Woodman, Some Realism about Customary Law – The West African Experience,

Wisconsin Law Review (1969) 128; G.R. Woodman, A Survey of Customary Laws in Africa in Search of Lessons for the Future, J. Fenrich, P. Galizzi and T. Higgins (eds.), The Future of African Customary Law (forthcoming, 2009).

This article is dedicated to Khulumani – Victims for Victims.

1. Introduction

Transitional justice is a field that is developing rapidly. It is about facing the past, about reconciliation, about reparation, justice and truth. It is about perpetrators and especially about victims. It is about society as a whole. However, victims are those who have suffered most, who mostly need assistance. But interestingly enough, it is precisely the victims’ point of view which still does not get a lot of attention in transitional justice matters. Much has been written on transitional justice, but little has been written on the victims’ role within this process¹. However, how can a transitional justice process be effective if it does not consider victims, their needs, experience and participation as a primary objective?

In his report to the Security Council in 2004, Kofi Annan defined truth commissions as institutions following a victim-centred approach.² Also, South Africa’s Truth and Reconciliation Commission (“TRC” or “the Commission”) – which is one of the best known – has been celebrated for its expansive approach to including victims and their views. This is in line with the TRC’s constituting Act which in the preamble mentions as one of its aims “affording victims an opportunity to relate the violations they suffered”. Similarly, Article 3/1/a of the Act mentions the perspectives of the victims and Article 3/1/c refers to the restoration of “the human and civil dignity” of victims by “granting them an opportunity to relate their own accounts of the violations of which they are the victims” as objectives of the Commission. The victim-centeredness of the TRC process has often been emphasised.³ But a deeper examination shows that victim participation in South Africa’s TRC process cannot be considered a success story. Although the TRC report rejects the criticism that it was insensitive towards victims, some critics argue that the TRC was rather perpetrator-friendly.⁴

It is the aim of this paper to investigate the victim’s perspective in this process, whether and how were they involved in the TRC process and why they should be involved at all.

2. General Considerations

South Africa’s TRC was set up by the National Unity and Reconciliation Act of 1995 in the aftermath of the apartheid regime with the mandate to investigate cases of human rights violations which happened during the period between 1960 and 1994. These violations include torture and other severe ill-treatment, killings or enforced disappearances of persons. The TRC’s then unique approach was based on conditional

amnesty: Every person could apply for amnesty regarding offences associated with a political objective and committed within the respective period.⁵ The applicant only had to disclose all relevant facts truthfully.⁶ If successful, the granting of amnesty led to the extinguishment of all criminal and civil liabilities.⁷

The TRC documented its work which was published as the final TRC report consisting of seven volumes with different focuses. Looking at this report, it would appear that victims have played a major part in the process: Volume 3 addresses gross human rights violations from a victim’s perspective. Volume 7 is entirely dedicated to the victims. It comprises

The Participation of Victims in South Africa’s Reconciliation Process

Caroline Kerschbaumer

the stories of all victims who came forward to the TRC to speak about their sufferings in more than 900 pages and honours these voices without which the process, as it was, would not have happened. This includes summaries of statements made by about 20.000 people⁸ who were victims of gross human rights violations and who succeeded in approaching the Commission.

According to the TRC Act, victims within the meaning of the Act are “persons who ... suffered harm in the form of physical or mental injury, emotional suffering, pecuniary loss or a substantial impairment of human rights as a result of a gross violation of human rights; or as a result of an act associated with a political objective for which amnesty has been granted” and “persons who ... suffered harm in the form of physical or mental injury, emotional suffering, pecuniary loss or a substantial impairment of human rights, as a result of such person intervening to assist persons contemplated in paragraph (a) who were in distress or to prevent victimi-

1) See also: Correa/Guillerot/Magarrell, Reparations and Victim Participation: A Look at the Truth Commission Experience, in: Ferstman et al (eds), Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity (2009) p 414.

2) UN Document, 23 August 2004, S/2004/616 par 50.

3) Du Bois-Pedain, Transitional Amnesty in South Africa (2007) p 217.

4) Sarkin, Carrots and Sticks: the TRC and the South African Amnesty Process (2004) p 199.

5) TRC Report, Volume 6, Section 1, Chapter 1, par 3-16.

6) TRC Report, Volume 6, Section 1, Chapter 1, par 24-27.

7) TRC Report, Volume 6, Section 1, Chapter 1, par 39-41.

8) Approximately 2000 of those have given oral testimonies before the Commission (ICTJ report, South Africa, available at: <http://ictj.org/en/where/region1/625.html>, visited 24.6.2009).

zation of such persons; and such relatives or dependants of victims as may be prescribed.”⁹

As will be shown, this restrictive definition excluded millions of South Africans who have suffered daily and sometimes grave violations of human rights under the apartheid regime.¹⁰

A great number of victims were not considered in the TRC report due to a lack of evidence, or because the crimes were committed outside the TRC’s mandate period, or it could not be proven that the crimes were politically motivated. Others were not able to access the TRC, were too afraid, did not want to be seen as victims, or failed to learn about it in time. Consequently, a great number of statements arrived too late to the Commission and were therefore not included. Furthermore, there are several groups of victims who are represented very meagrely in the report, such as military operatives of the liberation movements, former prisoners, victims of sexual violence or women in general.¹¹ The report hardly offers explanations for this serious omission. According to the Director of Khulumani, the main victims’ organisation in this field, extreme torture was routine for several thousands of prisoners. Arrest for political action implied severe torture and was therefore not noted specifically. Although there have been regular grave (sexual) assaults against women,¹² only 32 (!) disclosed sexual violations to the TRC, which certainly does not represent the actual extent of sexual violence.¹³ Interestingly, women participated broadly in the TRC process and gave statements about human rights violations. However, most of these statements concerned violations suffered by others – their husbands, children, siblings or parents. They hardly spoke about their own suffering, even when the TRC in some instances tried to encourage them to talk about it.¹⁴ An explanation could be their sense of shame and fear of social exclusion were they to talk publicly about sexual abuse.¹⁵ Other possible explanations include an apparent unwillingness to betray comrades or a difficulty in facing the pain of their experiences and a general restrained and downplaying behaviour when talking about their own suffering.¹⁶

The problem of not giving enough attention to sexual violence against women could have been addressed differently if women’s organisations would and could have participated more in the creation of the TRC from the very beginning. They did not perceive participation in the TRC as a priority, but rather focused on other issues such as reconstruction and social transformation. The consequential lack of influence of women’s organisations led to the lack of specific attention of gender related crime. Only after the TRC had already started its work in 1996, did women start to lobby actively

for addressing gender issues at the TRC.¹⁷ Although there have been several attempts by NGOs and women’s organisations to recommend specific strategies to include considerations of gender especially into the reparations program, such attempts had no or little impact.¹⁸ Khulumani learned from former combatants that they were generally afraid of revealing everything they knew for fear of being killed.¹⁹ Another reason might have been a general feeling of guilt for having survived or not having supported or helped others.²⁰ It is evident that the TRC report does not even roughly provide an overview of the scope and frequency of human rights violations which occurred during the apartheid era.

Another major problem is the perception of the term “victim”. Some did not want to be perceived as victims, since in their view it implied weakness, someone who needs help. They rather saw themselves as heroes or freedom fighters.²¹ This was the case for example for military operatives of the liberation movements.²² In general, in South Africa it is even considered shameful to call yourself a victim.²³ This constitutes a major problem, since this view has severely detrimental influence on the healing process: if one cannot even accept being a victim without always having this negative judgement in the back, it is almost impossible to really heal and overcome. Acceptance is one important step in a healing process. Such negative understanding of the term “victim” makes it a lot more difficult to accept. Also, this negative perception of the term victim led to the fact that some victims did not even want to engage in the TRC process.

3. The Victims’ role in transitional justice

Victims play a major, useful and important part in the transitional justice process. They can contribute valuable and direct information not only about the violations which have taken place, but also about the consequences and their current needs. This is especially important regarding reparations, if victims do not perceive reparations as such, they miss their purpose. Effective participation can moreover contribute to strengthening public trust.²⁴ Diverse examples have shown that victim participation can have a positive impact on the reconciliation process as a whole.²⁵

One of the main challenges to including victims in the transitional justice process is making contact with them in the first place. Often the great majority of victims are individuals who are marginalised geographically as well as economically.²⁶ They often do not have the possibility to join victims’ organisations or simply might not want to join such organisations.²⁷ Due to the heterogeneity of victims it is important to work with as many victims’ organisations as possible.²⁸

9) TRC Act, Chapter 1, Art 1 (1) (xix).

10) Orr, *Reparation delayed is healing retarded*, in: *Looking back, Reaching forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa* (2000) p 243; Huyse, *Victims*, in: Bloomfield/Barnes/Huyse (eds), *Reconciliation after Violent Conflict: Handbook* (2003) p 58.

11) TRC Report, Volume 7, pp 1-9; see also: Huyse, pp 58-59.

12) Goldblatt, *Evaluating the Gender Content of Reparations: Lessons from South Africa*, in: Rubio-Marín (ed), *What Happened to the Women? Gender and Reparations for Human Rights Violations* (2006) pp 50-52.

13) Marjorie Jobson (Director of Khulumani Support Group), e-mail 17.6.2009.

14) Goldblatt, pp 54-55, 58.

15) Huyse, pp 60-62.

16) Goldblatt, pp 54-55.

17) Correa/Guillerot/Magarrell, p 398; Goldblatt, pp 52-53.

18) Goldblatt, pp 57-58.

19) Marjorie Jobson (Director of Khulumani Support Group), e-mail 17.6.2009.

20) Huyse, p 60.

21) Huyse, p 60.

22) TRC Report, Volume 7, p 6.

23) Marjorie Jobson (Director of Khulumani Support Group), e-mail 17.6.2009.

24) Correa/Guillerot/Magarrell, p 390.

25) *Ibidem*, p 412.

26) *Ibidem*, p 387.

27) Interview with Cristián Correa, Senior Associate of the ICTJ, 19.5.2009.

28) Correa/Guillerot/Magarrell, pp 412-413.

If there are no victims' organisations at all, it can be helpful to search for other joint action groups such as women's associations or social development groups. Human rights NGOs can play an important role in supporting victims and their organisation, but it has to be kept in mind that they can only support but not substitute victims. Furthermore, those who are organised in groups are still often under-resourced, only equipped with limited skills in policy-making, often politically marginalised. Frequently there is a lack of organisational structure which makes adequate representation difficult. However, a lack of technical skills should not be a reason for insufficient participation by victims. Respectful and transparent participation makes victims feel recognised as rights-holders and as relevant actors in society.²⁹ In such a way, "participation can itself become a guarantee of non-repetition and play a role in institutional changes that allow society to learn from what happened and ensure respect for human rights in the future."³⁰

Risks associated with victims' participation in transitional justice processes is that they hold unrealistic expectations, especially when it comes to possible reparation, and consequently experience disillusionment at the outcome of such processes. This should not, however, be a reason for less participation, but rather for better and more precise information in especially the early stages of the process in order to shape these expectations. The establishment of a common framework of reparations can serve as a good base in order not to be confronted with impossible expectations.³¹ According to some, problems can emerge when victims' organisations focus only on recognition of their suffering without having a strategy for the future. They may organise opposition to reconciliatory measures which can in the worst case lead to "the use of past suffering as a justification for new retaliatory violence".³²

4. Khulumani Support Group

Khulumani is the main organisation of and for victims of the Apartheid era, without which a considerable part of the (post) TRC-process would have played out differently. It was formed in 1995 by survivors and family members of victims as a non-governmental organisation and today has approximately 55,000 members.³³ Its membership is mainly composed of disempowered individuals; a great majority are black women – one of the most marginalised groups in South Africa.³⁴ Khulumani, often together with the Centre for the Study of Violence and Reconciliation (CSVr), has undertaken a number of initiatives in order to support victims in engaging with the TRC. They offered education about the TRC process, had an important role in debriefing survivors

before and after their testimonies at the TRC, assisted in filling reparation forms, did follow-ups after applications and appealed negative decisions by the RRC. One of its main tasks was the lobbying of government for a comprehensive and explicit reparations policy based on consultancy with survivors.³⁵

5. Amnesties

Already in the scheduling of TRC hearings, the needs of victims were given special consideration. In order to enable victims to attend hearings, factors such as the place where the incident occurred or the location and availability of victims and their legal representatives were taken into account. Victims had to be informed about hearings at least two weeks in advance.³⁶ Their accommodation and transport had to be provided for, copies of the files were made available for victims. So-called "leaders of evidence" were appointed to safeguard the interests of victims without legal representation.³⁷ The staff members of the Amnesty Committee also included witness protectors as well as a specific amnesty victim co-ordinator who was responsible for attending the victim referral process of the Committee.³⁸ Furthermore, "briefers" had to be present. They are qualified mental health workers responsible for taking care of the emotional well-being of victims and their families during the hearings. This was a very important task and occasionally, they did not have enough capacity, since the demand was so high.³⁹

In the hearings, victims had the possibility to speak out and recount their experiences and express their views verbally or in writing.⁴⁰ They had the right to be present at the hearings, including those which were held behind closed doors⁴¹ and also had the possibility to question applicants. However, the Commission could place limits on time for cross-examination of witnesses or others in order to expedite proceedings.⁴²

One problem which had to be solved was the question of whether hearings should be open to the media. The reasons why the Committee was hesitant in allowing full media coverage included a fear that it may deter victims from participating. However, it was then decided to allow media and according to the TRC report this ultimately played a constructive role in the whole process.⁴³ But according to one victim, this also had negative consequences. He claims the story he told in the hearings was dealt with insensitively, interpreted wrongly, used and sold several times after the hearing. He considers he was humiliated and accosted repeatedly because of his participation in the TRC process.⁴⁴ His story was probably not the only one of this kind.

29) Ibidem, pp 392-393.

30) Correa/Guillerot/Magarrell, p 389.

31) Correa/Guillerot/Magarrell, pp 385, 391-392, 413.

32) Huysse, pp 63-64.

33) Marjorie Jobson (Director of Khulumani Support Group), e-mail 17.6.2009; Makhalemele, Southern Africa Reconciliation Project: Khulumani Case Study, CSVr research report, 2004, available at: <http://www.csvr.org.za/docs/reconciliation/southernafricaconciliation.pdf> (19.6.2009).

34) Makhalemele, Southern Africa Reconciliation Project.

35) Makhalemele, Southern Africa Reconciliation Project.

36) Similar: TRC Act, Chapter 4, Art 19 (4).

37) Du Bois-Pedain, pp 224-225.

38) TRC Report, Volume 6, Section 1, Chapter 2 (2003), par 19-21.

39) TRC Report, Volume 6, Section 1, Chapter 2 (2003), par 52.

40) TRC Report, Volume 6, Section 1, Chapter 2 (2003), par 56-62.

41) TRC Act, Chapter 4, Art 19 (4).

42) Du Bois-Pedain, p 224; TRC Act, Art 34 (2).

43) TRC Report, Volume 6, Section 1, Chapter 2 (2003), par 50-66.

44) Henry, Where healing begins, in: Villa-Vicencio, Verwoerd (ed), Looking back, reaching forward (2000) pp 166-169.

Although victims had the possibility to participate in the amnesty proceedings, the decisions were made solely by the Committee. This was especially problematic in cases where victims strongly opposed the granting of amnesty; in such a case it is almost impossible to achieve reconciliation.⁴⁵ According to Sarkin, an expert in transitional justice and human rights issues with a special focus on African countries, victims' views of granting or opposing amnesties were taken into account in the Committee's decision.⁴⁶ This was especially the case when victims supported amnesty, but not necessarily the other way around.

As it has been shown, the process conferred a number of rights on victims – at least on paper. The direct confrontation with perpetrators and the Commission can lead to alleviation and satisfaction.⁴⁷ The actual implementation of these rights however often did not happen. Irrespective of the fact that not enough was done to locate victims or they were not notified about hearings, they often did not intervene much in the hearings. Especially when they were not legally represented, there was only limited focus and acknowledgement on victims and their needs and concerns. Sometimes they did not even have consultations with the evidence-leader before a hearing and when asked for consultation time, the Committee only granted very short periods.⁴⁸ Furthermore, their speaking time was measured quite narrowly. According to Khulumani, victims had no more than 20 minutes each to tell their extremely painful stories.⁴⁹

In her research, Du Bois-Pedain notes that the fact that “so many victims choose to get involved in the amnesty process is in itself an important indicator that victims think they have something to gain from it.”⁵⁰ Although the number of approximately 21.000 individuals sounds like a great number at first sight, the huge gap compared with the number of victims who should have been involved in the TRC process (app around 120.000) is evident. According to Marjorie Jobson, the director of the Khulumani Support Group, it was a privileged group – largely urban based people who were connected with media – who succeeded in engaging with the TRC due to the enormous obstacles.⁵¹

6. Reparations

Reparations in the South African reconciliation process is an area in which the process failed – not least due to insufficient consultation with the relevant stakeholders, i.e. the victims. Survivors and civil society on the one hand and the government on the other hand had conflicting positions on this issue.⁵² The government started interpreting demands for reparation as something opportunistic and contrary to the noble struggle against apartheid which made victims feel bad and dishonourable when asking for financial compensation.⁵³ Analysis of the data of the TRC shows that victims were much more reluctant and apparently embarrassed or

even intimated in asking for financial compensation at public hearings than in private statements. Delays in the implementation were specifically problematic for victims, since perpetrators who applied for amnesty were liberated as soon as the Amnesty Committee has made a favourable finding. Victims on the other hand, had to wait until government disbursed the sum for months or even years after they had made their statements. According to the TRC, victims often had difficulties in understanding that the TRC, who took their statements and investigated cases, was not the implementer but rather a proposer as regards reparations.⁵⁴ However, apparently it was the TRC itself who created this expectation that it would be in the position to provide reparations; after the hearings the Commission asked the victims what they wanted the TRC to do to assist them and alleviate their personal and family situations.⁵⁵

As regards the number of victims who received reparations, the TRC recommended a “closed-list” approach. This means that all victims who have not made a statement until December 1997 could not be included in the list any more. They were therefore not considered as “victim” and hence did not have a possibility to receive reparations. Although the Commission had major doubts about this approach, it finally accepted it with the consequence that only a small percentage of victims of the apartheid were able to receive individual reparations.⁵⁶ This approach might simplify implementation of reparations, it is however not a fair method from a victim's point of view.⁵⁷

Participation could already have started at the very beginning in the phase of creation of the TRC. The most important phase for victim participation, however, is during the operation of the Commission when their task is also to recommend reparation policies. Victims can influence recommendations so that they really respond to their needs and take sufficient account of their views. It is therefore the first important step to learn about the needs and the general experience of victims directly. It is important in this phase, however, that from the very beginning victims are aware of the fact that it is ultimately the government who decides whether to accept a recommended reparation program. The last but crucial phase is the implementation of reparations. Even if the process of recommending a policy was fully participatory, it can still fail if victims' needs are not addressed in the implementation process. The participation of victims in this phase in spreading information on how to obtain reparations can be crucial, especially regarding victims living in marginalised or rural areas. This is important since truth commissions have often failed to identify all victims who might be entitled to reparation. Also after implementation, victims are a direct source of feedback of the effectiveness and quality of reparation distribution. Also, victim organisations can play an important role in support-

45) Henry, p 171.

46) Sarkin, pp 204-211.

47) Du Bois-Pedain, p 249.

48) Sarkin, pp 199-204.

49) Marjorie Jobson (Director of Khulumani Support Group), e-mail 17.6.2009.

50) Du Bois-Pedain, p 248.

51) Marjorie Jobson, e-mail 17.6.2009.

52) Makhalemele, Still not talking: Government's exclusive reparation policy and the impact of the 30,000 financial reparations on survivors, CSVR report, 2004; Correa/Guillerot/Magarrell, pp 395-396.

53) Makhalemele, Still not talking.

54) Orr, Reparation delayed is healing retarded, in: Looking back, Reaching forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa (2000) pp 241-242.

55) Henry, p 168; Goldblatt, p 58.

56) Orr, pp 243-244.

57) Correa/Guillerot/Magarrell, p 408.

ing victims in the bureaucratic matters in order to receive reparations, especially when victims live far away or are illiterate. Although there are a number of possibilities for intervention and participation, it is important to keep in mind that the responsibility of implementation of reparations stays within the government and organisations or civil society should only have a supporting role.⁵⁸

7. Conclusion

One interesting point in this research is the very broad scope of “truths”. One can find literature complimenting the participation of victims in South Africa’s reconciliation process and at the same time voices of victims themselves, telling a completely different story. The focus of this paper was – as much as possible – pointing out the victim’s point of view. It shows that their participation was far from satisfactory. It seems that the government was not too interested in “complicating” the process through listening to thousands and thousands of victims with different needs and views, especially with regard to reparation issues. And as for the amnesty proceedings, much was written, but little happened. In this sense, the TRC report might not bear the right message. Dedicating one entire volume to victims who participated, shows without question appreciation for their courage and openness to share their stories with the public. However, too little attention is given to the numerous victims – which are the great majority – who have not had this possibility.

Mag.^a Caroline Kerschbaumer is a researcher and lecturer at the University of Vienna and is specialised on international human rights; caroline.kerschbaumer@univie.ac.at

Die österreichische Zeitschrift zur Europäischen Menschenrechtskonvention

Jetzt kostenloses Probeheft anfordern!

Newsletter Menschenrechte

Der **Newsletter Menschenrechte** informiert aktuell und umfassend über die Judikatur zur EMRK.

Die Zeitschrift

- ▶ enthält alle wichtigen Entscheidungen des EGMR in prägnanter deutscher Übersetzung
- ▶ informiert über die Judikatur des EuGH und der österreichischen Höchstgerichte zu grundrechtlichen Fragen
- ▶ bespricht die wichtigsten Neuerscheinungen zu den Grund- und Menschenrechten
- ▶ trägt der wachsenden Bedeutung der EMRK für die Praxis Rechnung.



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

Jahresabonnement (6 Ausgaben):
€ 51,- (inkl. Versand)

Machen Sie sich selbst ein Bild und bestellen Sie jetzt Ihr kostenloses Probeheft!

Österreichisches Institut für Menschenrechte

Mönchsberg 2a • 5020 Salzburg • Österreich
Telefon: +43 (0) 662 84 31 58 - 11 • Fax: - 15
e-mail: office@menschenrechte.ac.at
www.menschenrechte.ac.at

58) Correa/Guillerot/Magarrell, pp 398-412.

1. Lokale Konflikte – globaler Diskurs

Botswana gehört zu jenen Ländern Afrikas, die einen besonders großen Teil ihres Staatsgebietes für Naturschutzzwecke unter Sonderverwaltung gestellt haben: Nationalparks, Wildtierreservate, Nationalmonumente und andere Schutzgebietskategorien machen rund 30% der Fläche dieses Landes im südlichen Afrika aus.

Während Umweltpolitik hier also eine besondere Rolle zu spielen scheint, wurden die Nachkommen jener Bevölkerungsgruppen, deren Lebensweise mit Umwelt von jeher stark verbunden war, zu Objekten einer rigorosen Assimilierungs- und Umsiedelungspolitik. Nach und nach wurde das Betreiben der Jagd in Botswanas Wildtierreservaten immer strenger werdenden Regelungen unterworfen, deren behördliche Anwendung praktisch zur Unmöglichkeit legaler Jagdausübung durch traditionelle BewohnerInnen dieser Regionen führte. BewohnerInnen des im wüstenhaften Zentrum des Landes gelegenen „Central Kalahari Game Reserve“ wurden schließlich in den Jahren 1997 bis 2002 in staatliche kontrollierte Entwicklungsdörfer außerhalb des Schutzgebietes umgesiedelt. Es handelte sich um Angehörige des heute als San bekannten Volkes, welches früher im Deutschen (und, sinnesprechend, anderen europäischen Sprachen) als *Buschmänner* bekannt war. Grund für die Umsiedelung war, laut der Regierung Botswanas, die Notwendigkeit, den San die sozialen Errungenschaften des modernen Lebens zugänglich zu machen.¹

Im Februar 2002 brachten Angehörige der betroffenen San-Gruppen eine Klage vor dem Höchstgericht Botswanas ein, um die Rücknahme der gegen sie gerichteten Maßnahme zu erreichen. Die San beanstandeten in ihrer Klage außerdem die Einstellung staatlicher Infrastruktur- und Wohlfahrtsleistungen, durch welche von Seiten des Staates zusätzlich Druck zum Verlassen des Kalahari-Schutzgebietes ausgeübt worden war. Die Klage sollte mit 130 Verhandlungstagen und fast 19.000 Seiten Protokoll zum umfangreichsten Justizverfahren führen, das jemals von einem Gericht Botswanas entschieden wurde. Die Kläger konnten schließlich im Dezember 2006 vor dem High Court des Landes einen juristischen Teilerfolg erzielen, doch seither lässt sich die Regierung jeden Schritt zur Umsetzung des Urteils mühsam abringen.

Die nicht gewandelte Einstellung des offiziellen Botswana zu den San fand ihren Höhepunkt in der vom 3. November 2008 stammenden öffentlichen Erklärung des Präsidenten Ian Khama, „Der Glaube einiger Ausländer, dass irgend ein Teil unserer Gesellschaft den Wunsch hat, weiterhin auf der Grundlage eines Lebens als Jäger und Sammler zu existieren, ist der Ausdruck einer archaischen Phantasie.“² Mit dieser Aussage spielte der Präsident auf den Umstand an, dass die San in ihrem

Landkonflikt bedeutende internationale Resonanz und Unterstützung erfahren hatten. So hatte die britische Menschenrechtsorganisation Survival International vor allem medial den gegen die San gerichteten Rassismus angeprangert. Wichtiger Unterstützer der San war auch ein Netzwerk namens „Working Group of Indigenous Minorities in Southern Africa“ (WIMSA), das die Interessen der in allen Ländern des südlichen Afrika verstreut lebenden San-Gruppen wahrnahm. Im Namen der Organisation ist zum Ausdruck gebracht, dass die San sich nicht nur als Minderheiten, sondern auch als indigene BewohnerInnen der Länder des südlichen Afrika verstehen.

Die Bewegung der indigenen Völker – Impuls für demokratische Öffnung und Pluralismus in Afrika

René Kuppe



Die San sind nicht die einzige ethnische Gruppe Afrikas, die, gestützt auf ihren Hintergrund als indigene Völker, Rechte einfordert. Die in Ostafrika lebenden Maasai und andere Viehzüchter-Nomadenvölker dieses Raumes haben unter Mitwirkung mehrerer regionaler Organisationen das Pastoralist Indigenous Forum geschaffen, welches die Aktivitäten von Viehzüchter- und Järgergesellschaften Tansanias bei der Unterstützung von kommunalen Entwicklungsvorhaben, vor allem aber im Kampf gegen Verlust ihrer traditionellen Ländereien, fördern und koordinieren soll.³

Besonders das Nomadenvolk der Barabaig wehrt sich seit Jahrzehnten gegen die Umwandlung seiner traditionellen Weidegründe in (zunächst staatlich betriebene) Weizengroßfarmen.⁴ Im ersten derartig anhängig gemachten Gerichtsfall dieser Art in Afrika argumentierten die Barabaig mit der Gel-



1) Details des Verlaufs der repressiven rechtlichen Maßnahmen gegen die San in Botswana siehe in: *Olmsted*, Indigenous Rights in Botswana: Development, Democracy and Dispossession, 3 Washington University Global Studies Law Review (2004) 799–866.

2) Botswana in: *IWGIA* (Hg.) The Indigenous World 2009, Kopenhagen, 568.

3) *Fratkin & Wu*, Maasai and Barabaig Herders Struggle for Land Rights in Kenya and Tanzania. 21 (3) Cultural Survival Quarterly, „Special Issue“ on 25 Years of the Indigenous Movement – Africa and Asia 60.

4) Einen guten Überblick über die landrechtlichen Konflikte ostafrikanischer Viehzüchtervölker bietet: *Monbiot*, Nomadenland, München 1996.

tung gewohnheitsrechtlich begründeter Landrechtsansprüche und mit der Verletzung lokaler Mitwirkungsrechte bei Umwandlung des Bodens in Farmland. Gegner in diesem Fall war nicht nur die Regierung Tansanias, sondern auch der kanadische Staat, der die Entwicklung der Farmen mit Entwicklungshilfegeldern gefördert hatte. Die erlittene gerichtliche Niederlage motivierte die Barabaig und andere Viehzüchervölker Ostafrikas, verstärkt internationale Foren zur Sensibilisierung und Legitimierung ihrer Forderungen zu nutzen.

Am anderen Ende Afrikas, in Marokko, engagiert sich die Organisation „Constitutionalisation et l’Officialisation de Tamazight“ (CNCCOT) für die Anerkennung des Tamazight (Berbersprache) als offizielle Sprache und für die Annahme einer neuen Staatsverfassung mit kulturellen Freiheitsrechten.⁵

Die Berber Marokkos⁶ sind inzwischen, ebenso wie ihre Verbündeten in Süd und Ostafrika, in die Infrastruktur internationaler Politik der indigenen Völker gut eingebunden. Der marokkanische Jurist *Hassan Id Balkassm* ist eines der acht indigenen Mitglieder des United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues.⁷ Ein weiteres Mitglied ist *Margaret Lokawua* aus Uganda. Beide sind somit gewissermaßen VertreterInnen der besonderen Anliegen marginalisierter Völker Afrikas in diesem wichtigsten Gremium der Vereinten Nationen zur Wahrnehmung der Angelegenheiten indigener Völker.

RepräsentantInnen und Organisationen vieler ethnischer Gruppen Afrikas sind in vielen weiteren internationalen Gremien engagiert, wo es beispielsweise um Gesundheitsfragen indigener Völker, um Auswirkungen von internationaler Investitionstätigkeit auf die Ressourcen dieser Gruppen oder um den Schutz von deren traditionellem Wissen geht. Sie berufen sich unter anderem auf die am 13. September 2007 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommene „Deklaration über die Rechte indigener Völker“⁸ und sind in ihrer Mobilisierungsarbeit mit Organisationen aus Nord- und Lateinamerika, Nordeuropa, Australien, Ozeanien, Süd- und Südostasien und dem Gebiet der ehemaligen Sowjetunion vernetzt.

2. Politische und akademische Kritik an der indigenen Bewegung

Eine Bezugnahme auf die Entwicklungen neuer rechtlicher Standards für indigene Völker ist jedoch teilweise auf starken Widerstand von Seiten der Regierungen afrikanischer Staaten gestoßen. Zumindest im offiziellen postkolonialen politischen

Diskurs ist das Anknüpfen an „Ethnizität“ von den neuen afrikanischen politischen Eliten als importiertes „Teile-und-herrsche-Prinzip“ der europäischen Kolonialherren denunziert worden, das vor allem dem Gedanken des angestrebten *nation-building* entgegenstehe.

Afrikanische Staaten spielen aber auch auf die Hauptkonnotation an, die der Begriff „indigene Völker“ außerhalb Afrikas, vor allem in Ländern Amerikas oder der südpazifischen Region gewonnen hatte: dort also, wo neue, nachkoloniale Staaten von ursprünglich aus Europa stammenden KolonistInnen gebildet worden waren und den Nachkommen der ursprünglichen Bevölkerung fremde politische Strukturen übergestülpt blieben. Indigene Völker konnten in diesem charakteristischen politisch-historischen Kontext ihre Ansprüche vor allem mit dem Umstand legitimieren, in historischer Kontinuität zu diesen vorkolonialen, „ursprünglichen“ Gesellschaften zu stehen. Diesen „Urbevölkerungen“ wurde das Recht auf Selbstbestimmung verweigert, sie lebten stattdessen, trotz äußerer politischer Dekolonisierung, unter Bedingungen des Neokolonialismus.

In behauptetem Gegensatz zu diesen Verhältnissen in den Nachfolgestaaten der europäischen Siedlerkolonien beanspruchen Regierungen Afrikas, dass alle (zumindest „traditionell-afrikanischen“) Bevölkerungsgruppen „indigen“ seien. Indigenität in diesem Sinne wird als Kategorie in Bezug auf die früheren europäischen Kolonialmächte akzeptiert, jedoch nicht als Vehikel, das von einzelnen Bevölkerungsteilen gegenüber den (nachkolonialen) neuen afrikanischen „National“-Staaten geltend gemacht werden könne.⁹ Betont wird, dass Menschenrechte und Werte wie good governance allen Bevölkerungsteilen, ohne Unterschied von „ethnisch-tribalen“ Ursprüngen, Religion oder anderen Kriterien zukommen sollen¹⁰. Besondere Rechte für einzelne ethnische Gruppen werden nach dieser Logik als unzulässige Privilegierung angesehen.

Noch schwerwiegender dürfte im politischen Diskurs die Argumentation von indigenen VertreterInnen Afrikas wiegen, Völker zu vertreten, denen das inhärente Recht auf Bewahrung ethnischer Identität und auf selbstbestimmte Entwicklung in Einklang mit eigenen Kriterien nach wie vor vorenthalten wird. Besondere Legitimität kommt derartigen Anliegen der indigenen Bewegung durch den Verweis auf das in Art 1 der beiden UN-Menschenrechtspakte allen Völkern zugestandene Recht auf Selbstbestimmung zu.¹¹ Afrikanische Länder sahen

5) Siehe: *Minority Rights Group International, World Directory of Minorities and Indigenous Peoples – Morocco: Berber*, 2008, online unter: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49749cdf50.html>.

6) Sprachliche und kulturelle Verwandte der marokkanischen Amazigh-Berber leben auch in anderen Ländern Nordwestafrikas, auf Grund der schwierigeren politischen Verhältnisse hat sich die Mobilisierung der Berber jedoch vor allem in Marokko entwickelt und konsolidiert.

7) Das PFII wurde 2000 eingerichtet und hat nicht nur die Aufgabe, den Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen zu beraten, sondern soll auch sämtliche mit indigenen Völkern befasste Programme und Einrichtungen der VN koordinieren. Zum interessanten Entstehungshintergrund dieses Forums siehe: *IWGIA, The*

Permanent Forum for Indigenous Peoples – the Struggle for a new Partnership. Hg. *García-Alix*. IWGIA Document 91. 1999, online unter <http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/Documents/publications/Downloadpublications/Books/PermanentForum.pdf>

8) Links zu verschiedensprachlichen offiziellen Versionen der Deklaration und zu Dokumenten zum Hintergrund der Annahme der Deklaration finden sich auf einer Informationsseite des Permanent Forum on Indigenous Issues: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/declaration.html>

9) Preface in: *Barnard & Kenrick* (Hg.), *Africa’s Indigenous Peoples: ‘First Peoples’ or ‘Marginalized Minorities’?* Centre of African Studies, Edinburgh 2001, ix.

10) Siehe zB „Statement of Intervention to the

Permanent Forum on Indigenous Issues“, der ständigen Vertretung Nigerias vor den Vereinten Nationen, vom 20. Mai, New York 2003.

11) Im Art 1 Abs 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (beide in Kraft getreten 1976) heißt es gleichlautend: „Alle Völker haben das Recht auf Selbstbestimmung. Kraft dieses Rechts entscheiden sie frei über ihren politischen Status und gestalten in Freiheit ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung.“ In den Pakten ist der Begriff „Völker“ nicht definiert, ebenso ist weder der konkrete Inhalt des Rechts auf Selbstbestimmung, noch die Rahmenbedingungen, unter welchen dieses zur Anwendung kommen soll, aus diesen Instrumenten ableitbar.

durch derartige indigene Forderungen nach kollektiven politischen Rechten wiederholt ihre territoriale Integrität bedroht.

Die auf politischer Ebene erhobenen Einwände haben in den letzten Jahren eine interessante Parallele in Teilen des akademischen Diskurses gefunden. Der bekannte britische Sozialanthropologe Adam Kuper¹² reitet einen Frontalangriff gegen die Ziele der Bewegung der indigenen Völker, welchen er vorwirft, einer „Blut- und Boden“-Ideologie zu huldigen, sich selbst als geschlossene Abstammungsgemeinschaften zu verstehen und auf dieser Grundlage einen exklusiven Kollektivismus zu konstruieren, durch welchen „privilegierte Rechte“ eingefordert werden können.

In ähnlicher Weise betonen andere KritikerInnen wie etwa Bételle¹³ oder Bowen¹⁴ den mit dem Gedanken von „indigenen“ Rechten ihrer Meinung nach verbundenen Kulturesentialismus: Deren Anerkennung führe zu einer nicht begründbaren Höherbewertung von Gruppen, die behaupten, die Nachkommenschaft der Vorbevölkerung eines Landes zu sein. Schließlich werde gerade dort, wo der Begriff der indigenen Völker von seinem ursprünglichen Entstehungskontext der europäischen Siedlerkolonien in Länder Afrikas (oder auch Asiens) übernommen worden sei, schon dieser Grundprämisse der „historischen Priorität“ der Boden entzogen, da die sogenannten tribalen Gruppen, die sich auf ein universelles Konzept indigener Völker beziehen, lange Zeit in Koexistenz und vielfach „enger Beziehung mit anderen Typen sozialer Formation“¹⁵ zusammengeliebt hätten. Es fehlten nach Ansicht derartiger Kritik also notwendige nachvollziehbare Kriterien zum Auseinanderhalten dieser Gruppen von den sonstigen Teilen der Bevölkerung.

3. Impuls für demokratische Öffnung und Pluralisierung

Die in akademischen Kreisen zum Ausdruck gebrachte Skepsis kann durchaus beitragen, die Grundlagen des indigenen Diskurses insbesondere in Afrika zu delegitimieren. Den Einwänden, die teilweise auch von nicht-staatlichen Interessensgruppen aufgegriffen wurden, um die Ansprüche indigener Organisationen zu verwerfen, liegt allerdings ein simplifiziertes Verständnis des Konzepts der indigenen Völker zugrunde. Zweifellos ist die Anwendung und Umsetzung der rechtlichen Implikationen dieses Begriffes im afrikanischen Kontext komplexer als in den Ländern seines unmittelbaren klassischen Entstehungshintergrundes, also etwa Nordamerika oder Australien. Ein wichtiger Ausgangspunkt für ein Verständnis der neuen Bezugnahme marginalisierter Völker Afrikas auf Indigenität besteht aber jedenfalls darin, dass die umstrittene „historische Priorität“ nicht der wesentliche Ansatz für Begründung und Inhalte von deren Rechten ist. Indigene Völker reklamieren viel-

mehr, in ihren Ländern nicht länger von politischer Macht ausgeschlossen zu bleiben und fordern das Ende von kultureller Marginalisierung.¹⁶ Sozio-politische und kulturelle Diskriminierung sind an sich verschiedene Aspekte der Realität indigener Völker, die jedoch entstehungsgeschichtlich miteinander verflochten sind.

Jene Gruppen Afrikas, die sich heute auf ihre „Indigenität“ berufen, leben durchwegs in politischen Gebilden, die ihnen im Laufe der kolonialen und „post“kolonialen Geschichte des Kontinents übergestülpt wurden. Diskriminierend dabei wirkt, dass diese Staaten – und deren Rechtsordnung – nach andersartigen Prinzipien funktionieren: gut verdeutlichen lässt sich dies durch den Umstand, dass Landrechte der meisten sich als indigene Völker verstehenden Gruppen Afrikas von ihren Staaten nicht anerkannt werden. Die nomadisch-schweifende Lebensweise der San im südlichen Afrika, der Viehzüchternomaden Ostafrikas, aber auch der traditionellen jägerischen Regenwaldvölker Zentralafrikas¹⁷ wird von den afrikanischen Staaten im allgemeinen nicht als Grundlage angesehen, auf der Landrechtsansprüche geltend gemacht werden könnten. In Gegensatz dazu begründen die ackerbaureibenden Aktivitäten ihrer Bantu-Nachbarn zumindest auf *customary law*¹⁸ beruhende und staatlich respektierte Rechte am Land. In der Praxis zeigte sich die Auswirkung derartig schwerwiegend unterschiedlicher rechtlicher Behandlung zB bei einem 1991 in Uganda eingerichteten Wildtierreservat. Während die Twa¹⁹ als umherschweifende, „landlose“ Nomaden einfach ausgesiedelt wurden, erhielten ihre bodenbebauenden Nachbarn Entschädigungszahlungen – und dies, obwohl gerade deren wirtschaftliche Aktivitäten negative Umweltauswirkungen hatten.²⁰ Hier zeigt sich, dass die spezifische Lebensweise der WaldbewohnerInnen insofern diskriminiert wird, als diesen nicht das Kriterium einer *effektiven Inbesitznahme* des Landes zugeschrieben wird, aus welcher dann erst das staatlich anerkannte Landrecht erwächst. Bezeichnenderweise überlagern sich hier die gewohnheitsrechtlichen Konzepte der bäuerlichen Bantu mit einer langen Tradition europäischen Kolonialrechts²¹, und beides wird zur vorherrschenden Ordnung im postkolonialen Afrika. Der Kampf um Land ist für indigene Völker somit ein Kampf gegen vom staatlich-politischen System ausgehende Diskriminierung – eine Diskriminierung, die an ihrer Lebensweise ansetzt.

Die Twa (und andere indigene Völker) sind dieser besonderen Form kultureller Diskriminierung unterworfen, haben aber durch ihre gleichzeitige soziale Ausgrenzung kaum eine Möglichkeit, auf die Situation unmittelbar politisch einzuwirken. Angesichts dieser Situation komplexer Diskriminierung schafft der Rekurs auf die Rechte indigener Völker besondere Möglichkeiten, die Realität beim Namen zu nennen und eine

12) Kuper, The Return of the Native, 44 (3) Current Anthropology (2003) 389-402.

13) Bételle, The Idea of Indigenous People, 39 (2) Current Anthropology (1998) 187-191.

14) Bowen, Should we have a universal concept of 'indigenous peoples' rights? 20 (4) Anthropology Today (2000) 12-16.

15) Bételle, id., 187.

16) Zur „Mehrdimensionalität“ der Rechte indigener Völker siehe: Kuppe, The Three Dimensions of the Rights of Indigenous Peoples,

11 (1) International Community Law Review (2009) 103-118.

17) Diese Gruppen sind in Europa unter der allgemeinen Bezeichnung „Pygmäen“ bekannt während sie von ihren sesshaften Nachbarn meist einfach „WaldbewohnerInnen“ genannt werden. Zur landrechtlichen Situation dieser Gruppen siehe: *Forest Peoples Programme*, Land Rights and the Forest Peoples of Africa. Historical, Legal and Anthropological Perspectives. Moreton-In-March, 2009, online unter:

http://www.forestpeoples.org/documents/africa/rwanda_land_rights_study_09_eng.pdf

18) Siehe zu diesem Begriff den Beitrag von Woodman in diesem Heft.

19) Twa ist die in Uganda vorherrschende Bezeichnung für die kleinwüchsigen jägerischen Waldvölker.

20) Kenrick & Lewis, Indigenous peoples' rights and the politics of the term 'indigenous', 20 (2) Anthropology Today (2006) 6.

21) Vgl. in *Forest Peoples Programme*.

Legitimierung für kulturelle, politische und soziale Befreiung zu suchen. Er erlaubt, Beschwerden und Ansprüche als Folgen kolonialer und anhaltender neokolonialer Unterdrückung zum Ausdruck zu bringen und gleichzeitig mit dem Pochen auf das Selbstbestimmungsrecht der Völker eine Anknüpfung an tragende Grundprinzipien des modernen Völkerrechts zu finden; dabei gelingt es der indigenen Bewegung, sich die „Geschichte der inhaltlichen Unbestimmtheit und unterschiedlichen Anwendbarkeit“²² des Selbstbestimmungsrechtes anzueignen. Indigene Völker haben wesentlich dazu beigetragen, das Verständnis um diesen Begriff zu erweitern und zu dynamisieren. Der grundsätzlich verankerte Anspruch aller Völker auf Selbstbestimmung wird zum Vehikel, um lokale Kontrolle über eigene Angelegenheiten einzufordern. Und aus dem Wortlaut des Art 1 der beiden UN-Menschenrechtspakte²³ leiten indigene Völker nicht nur das Recht auf kulturelle Andersartigkeit ab, sondern auch selbstbestimmte Kontrolle über eigene Weiterentwicklung. Die von indigenen Völkern geltend gemachte Selbstbestimmung löst diesen Begriff einerseits von der Konnotation des klassischen politischen Sezessionismus ab – es geht indigenen Völkern nicht um Begründung neuer souveräner Staaten, sondern um Abwehr von Diskriminierung und um Kontrolle eigener Angelegenheiten. Gleichzeitig stellen die Rechte indigener Völker aber auch nicht – wie klischeehaft und im politischen Diskurs oftmals unterstellt²⁴ – primär auf Einfrieren diskursiv entworfener archaischer Lebensformen ab, sondern vielmehr auf Eigenkontrolle des Wandels nach eigenen Prioritäten und kulturellen Kriterien.

4. Abschließende Bemerkungen

Das neue Selbstverständnis vieler marginalisierter Gruppen des Kontinents als indigene Völker konstruiert keine künstlichen „Identitäten“ und Abgrenzungen nach außen. Es artikuliert vielmehr die Erfahrungen und Interaktion²⁵ mit strukturellen Formen von Unterdrückung, Dominanz und gerade auch Ausgrenzung, die die heutigen afrikanischen Staaten und Gesellschaften prägen. Die Bewegung indigener Völker hat in Afrika, wie in anderen Regionen der Welt, einen wichtigen Impuls für den Kampf um gemeinschaftliche Entscheidungsrechte und neue selbstbestimmte Freiheitsansprüche geschaffen, die über das Mitwirkungsmodell repräsentativer Staatlichkeit hinausgehen.²⁶ Durch die Dynamisierung des Selbstbestimmungsrechtes kommt es zu Diskursen um Anerkennung neuer Formen von politischer Partizipation und kulturellem Pluralismus, was nicht nur, im technischen Sinne, mit Anerkennung der Rechte indigener Völker zu tun hat. Denn die Öffnung für lokale Erfahrungen von Mitbestimmung, für traditionelle Formen der Konfliktlösung und für die Einbringung traditionellen ökologischen Wissens könnte auch bessere Allgemeinbedingungen für nachhaltige Entwicklung schaffen, die dieser Kontinent so bitter notwendig hätte.

*ao. Univ.-Prof. Dr. René Kuppe lehrt
Rechtsanthropologie am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität
Wien; rene.kuppe@univie.ac.at*

In diesem Zusammenhang wird auf den von Prof. Kuppe geleiteten, ab dem WS 2009 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien neu angebotenen juristischen Wahlfachkorb „Indigenous Legal Studies“ hingewiesen:

WFK – INDIGENOSU LEGAL STUDIES – THE WORLD IS OUR CLASSROOM

Dieser neue WFK beschäftigt sich mit den Rechten indigener Völker und deren Bedeutung für die Ausgestaltung zukunftsweisender pluralistischer demokratischer Staatsformen.

Die Rechtsordnungen vieler Staaten trugen zur kulturellen Marginalisierung und in der Folge zur sozialen Diskriminierung vieler ethnischer Minderheiten bei. Paradoxerweise hat die weltweite Bewegung indigener Völker in den letzten Jahren unter Berufung auf universelle Gleichheitsstandards diese kulturelle „Schiefelage“ des Rechts aufgegriffen und das Recht auf Andersartigkeit eingefordert.

Der besondere intellektuelle Reiz der hier behandelten Rechtsfragen liegt darin, dass hier praktische Herausforderungen innerhalb kurzer Zeit zur Entstehung eines neuen Rechtsgebietes geführt haben, welches in engem Bezug zu methodischen und theoretischen Grundsatzfragen der Rechtswissenschaften steht. Die Praxisnähe verleiht den hier behandelten theoretischen Fragen eine besondere Anschaulichkeit und Griffbarkeit. Die eigentliche Bedeutung des indigenen Projekts liegt darin, dass es weit mehr Implikationen für die Ausgestaltung moderner pluriethnischer Demokratien besitzt.

Die breite inhaltliche Palette der hier betroffenen Rechtsgebiete kann hier nur angedeutet werden:

Sie reicht von Begründungsfragen von Staatlichkeit über Aspekte der Anwendung intellektueller Eigentumsrechte auf gemeinschaftliches „traditionelles Wissen“ bis hin zur Ausgestaltung rechtlicher Repräsentation ethnischer Gruppen oder interkultureller Deutung und Weiterentwicklung von Grund- und Menschenrechten.

Der Wahlfachkorb betrifft eine Querschnittsmaterie; in vielen herkömmlichen Rechtsbereichen (von Wirtschaftsrecht bis zu Kulturrecht) werden neue Modelle kollektiver Freiheit und politischer Mitbestimmung ausgebildet, die die Ansätze liberal-repräsentativer Demokratie erweitern. Aus diesem Grund und wegen des hohen didaktischen Werts dieses Gebietes ist der Wahlfachkorb daher für eine breitere Zielgruppe von Studierenden der Rechtswissenschaften gut geeignet.

Für einen engeren Kreis von Studierenden der Rechtswissenschaften stellt der Wahlfachkorb eine Nischenausbildung für ein spezifisches Fachgebiet mit guten und attraktiven Einsatzmöglichkeiten, vor allem im internationalen Rahmen dar.

Zu weiteren Informationen zu diesem WFK siehe:

www.rechtsphilosophie.at

22) Muehlebach, What Self in Self-Determination? Notes from the Frontiers of Transnational Indigenous Activism, 10 *Identities* (2003) 243.

23) Vgl. oben FN 11.

24) Vgl. oben FN 2, und zugehöriger Text.

25) So auch *Barnard & Kenrick*, Preface, xi.

26) Grundlegend dazu: *Tully*, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*. Toronto, 1999.

1. Einleitung

Die Beziehungen zwischen der EG/EU und den AKP-Staaten¹ blicken auf eine langjährige Tradition zurück. Bereits in den 60er Jahren (1963 und 1969), also in den Anfangszeiten der damaligen EWG, wurden die beiden Abkommen von Yaoundé abgeschlossen. Bezeichnend ist in Bezug auf diese ersten Abkommen allerdings, dass die Assoziierung der nunmehrigen AKP-Staaten ihren Anfang in dem Versuch Frankreichs, seine ehemaligen, inzwischen unabhängig gewordenen Kolonien in Afrika weiterhin wirtschaftlich und politisch zu binden und dadurch innerhalb seiner Einflussphäre zu belassen, nahm. In den folgenden Jahrzehnten war jedoch eine Abkehr von diesem ursprünglichen Konzept hin zu einer auf nicht-reziproken und entwicklungspolitisch motivierten Grundlagen basierenden Assoziierung zu verzeichnen.²

Während die darauf folgenden Abkommen von Lomé als Höhepunkt der einseitig gewährten Handelspräferenzen als Ausdruck post-kolonialer „Geberpolitik“ angesehen werden können, ist das derzeit in Kraft befindliche Cotonou-Abkommen vor allem durch ein umfassendes Konzept der „Konditionalität“, also durch die Bindung gewährter Vorteile an die Einhaltung gewisser, vor allem demokratiepolitischer und menschenrechtlicher Standards gekennzeichnet. Angesichts der durch die Kolonialvergangenheit des Großteils der AKP-Staaten historisch belasteten Beziehungen hinterlässt dieser Ansatz einen durchaus ambivalenten Eindruck: einerseits muss positiv hervorgehoben werden, dass dadurch für unser westliches Gesellschaftsverständnis so grundlegend bedeutende Werte wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, oder die Einhaltung bestimmter Menschenrechtsstandards gesichert werden sollen, andererseits lässt er schnell den Eindruck eines post-kolonialen „Diktats“ durch die einzelnen Kolonialmächte entstehen.

Derzeit sehen sich die EU-AKP-Beziehungen mit besonderen Herausforderungen konfrontiert: Aktuellen Anlass zu besonderer Kritik bietet die sich vor allem aus Verpflichtungen in Zusammenhang mit der WTO-Mitgliedschaft ergebende Notwendigkeit einer grundlegenden Umgestaltung der EU-AKP-Beziehungen. Führt der Abschluss von reziprok ausgestalteten Wirtschaftspartnerschaftsabkommen im Endeffekt sogar mittels neo-kolonialer Einflussnahme ohne namhafte wirtschaftliche Unterstützung zu einer Rückkehr zum Ausgangspunkt?

2. Die geschichtliche Entwicklung der EG-AKP-Beziehungen

Die engen geschichtlichen Bindungen sowie ein bestimmtes „Verantwortungsgefühl“ Europas für seine ehemaligen Kolonien vor allem in Afrika fanden schon in den Anfangsjahren der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) ihren Niederschlag. Bereits sieben Jahre vor der Gründung der EWG betonte Robert Schuman in seiner berühmten Erklärung vom 9. Mai 1950, die oft als „Geburtsstunde“ eines vereinigten Europa angesehen wird, die besondere Verantwortung einer künftigen europäischen Staatengemeinschaft für den afrikanischen Kontinent.³

Dementsprechend früh nahmen auch die vertraglichen E(W)G-AKP-Beziehungen ihren Anfang – wie schon eingangs erwähnt wurde bereits in den frühen 60er Jahren

Die EU-AKP Beziehungen nach Cotonou – politischer Dialog oder neokoloniale Einflussnahme?

Silke Steiner

(1963) das erste Abkommen von Yaoundé unterzeichnet,⁴ dem 1969 noch ein zweites folgte.⁵ Diese beiden Abkommen beschränkten sich allerdings auf die Assoziierung von 18⁶ ehemaligen französischen Kolonien in Afrika,⁷ denen Handelspräferenzen gewährt wurden. Diese erste Generation der Assoziierungsabkommen mit damals noch ausschließlich afrikanischen Staaten war dadurch hauptsächlich auf die Interessen Frankreichs zugeschnitten und erweckt ihrer Ausgestaltung nach eher den Eindruck des Versuchs einer

1) Unter dem Begriff AKP (= Afrika, Karibik und Pazifik-Staaten) wird eine Gruppe hauptsächlich ehemaliger Kolonien in Afrika sowie in der Pazifik- und Karibikregion zusammengefasst. Derzeit umfasst diese Gruppe 79 Staaten.
 2) Die daraus resultierenden vier Abkommen von Lomé werden in diesem Sinne auch für gewöhnlich als eigentlicher Ausgang der Assoziierungsgeschichte zwischen der EG und den AKP-Staaten gesehen.
 3) „Europa wird dann mit vermehrten Mitteln

die Verwirklichung einer seiner wesentlichsten Aufgaben verfolgen können: die Entwicklung des afrikanischen Erdteils.“
 4) Abkommen über die Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und den mit dieser Gemeinschaft assoziierten afrikanischen Staaten und Madagaskar, das am 20. Juli 1963 in Yaounde unterzeichnet wurde, ABI 1964, L 93, 1431.

5) Abkommen über die Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und den mit dieser Gemeinschaft assoziierten afrikanischen Staaten und Madagaskar, das am 29. Juni 1969 in Yaounde unterzeichnet wurde, ABI 1970 L 282, 2.
 6) Bzw. 19 nach dem Beitritt von Mauritius 1972.
 7) Diese Staaten werden unter dem Begriff „Associated African States and Madagascar“ = AASM zusammengefasst.

Fortsetzung französischer „Kolonialpolitik mit anderen Mitteln“ als einer Entwicklungsassoziiierung.⁸

Mitte der Siebziger Jahre hatte sich – vor allem auch nach dem Beitritt von Irland, Dänemark und insbesondere Großbritannien, das als ehemalige „Kolonialgroßmacht“ sehr an einer Assoziierung seiner ehemaligen Kolonien interessiert war – die Situation grundlegend verändert, und mit den Abkommen von Lomé⁹ wurde nicht nur der Kreis der assoziierten Staaten erheblich erweitert, sondern den Beziehungen der EWG zu diesen Staaten auch ein neuer Ansatz zugrunde gelegt: Es wurde eine einseitige Freihandelszone zugunsten der AKP-Staaten gegründet, was in Kombination mit der Gewährung einseitiger Präferenzen sowie finanzieller und technischer Hilfe eine Abkehr vom Grundsatz der Reziprozität bedeutete.

Nachdem sich die Wachstumsraten und entwicklungspolitischen Indikatoren der AKP-Staaten allerdings auch nach zwei Jahrzehnten nicht merklich verbessert hatten und der den Lomé-Abkommen zugrunde liegende Gedanke der nicht-reziproken Handelspräferenzen nicht den gewünschten Erfolg zeigte, schien im Laufe der 90er Jahre die Zeit für einen neuen Ansatz zur Ausgestaltung der EG-AKP-Beziehungen gekommen.

Diese Notwendigkeit wurde noch dadurch verstärkt, dass mit dem Aufkommen des Konzepts der Good Governance in der internationalen Entwicklungspolitik sowie der Errichtung einer Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik mit der Gründung der Europäischen Union durch den Vertrag von Maastricht 1993 die EG bzw nunmehrige EU das Konzept der *Konditionalität* systematisch in ihre Entwicklungsprogramme und internationalen Abkommen im Allgemeinen aufzunehmen begann. In diesem Sinne wurde auch in das vierte Lomé-Abkommen (nachträglich) erstmals eine diesbezügliche Klausel aufgenommen. Außerdem änderten sich mit der Gründung der WTO, die fortan über ein effektives Streitbeilegungsverfahren verfügte, die global-wirtschaftlichen Rahmenbedingungen.¹⁰ Nunmehr musste sich die EG bemühen, ihre Abkommen mit den AKP-Staaten in Einklang mit ihren GATT/WTO-rechtlichen Verpflichtungen zu bringen.

Daher wurde im Jahr 2000 in Cotonou (Benin) ein neues Abkommen abgeschlossen,¹¹ das auch den derzeit gültigen Rahmen für die Beziehungen zwischen der EU und den AKP-Staaten bildet. Der diesem neuen Abkommen zugrundeliegende Ansatz unterscheidet sich von dem in den Lomé-Abkommen gewählten Konzept durch einen Ausbau der politischen Dimension sowie durch größere Flexibilität und mehr Eigenverantwortung der AKP-Staaten.

3. Das Cotonou-Abkommen

Das am 23.6.2000 unterzeichnete Abkommen von Cotonou wurde für einen Zeitraum von 20 Jahren abgeschlossen und sieht die Möglichkeit einer Überprüfung alle fünf Jahre vor. Dementsprechend erfolgte auch die erste Änderung im Jahre 2005.¹² Im Gegensatz zu den Lomé-Abkommen wird im Cotonou-Abkommen eine Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Entwicklungsländern vorgenommen und darüber hinaus die Grundlage für einen Übergang von einseitig zu wechselseitig gewährleisteten Handelspräferenzen geschaffen. Das Konzept der Konditionalität, das bereits in das vierte Lomé-Abkommen Eingang gefunden hatte, wurde im Cotonou-Abkommen noch weiter ausgebaut und erreichte dadurch eine vorher noch nie dagewesene Bedeutung. In diesem Zusammenhang soll nur ein Blick auf die rechtliche Ausgestaltung dieser Konditionalität als grundlegendes Element des derzeitigen Rahmens für die EU-AKP-Beziehungen geworfen werden.

Die wesentlichen Elemente des Cotonou-Abkommens sind in Art 9 des Abkommens¹³ festgelegt. Dabei wird zuerst in Abs 1 bekräftigt, dass das Ziel der Zusammenarbeit „eine auf den Menschen als ihren hauptsächlichen Betreiber und Nutznießer ausgerichtete nachhaltige Entwicklung“ ist, in deren Sinne „die Achtung sämtlicher Menschenrechte und Grundfreiheiten, einschließlich der Achtung der sozialen Grundrechte, Demokratie auf der Grundlage des Rechtsstaatsprinzips und eine transparente und verantwortungsvolle Staatsführung“ als charakteristische Bestandteile definiert werden. Gemäß Abs 2 des Abkommens bilden die Achtung der Menschenrechte, die demokratischen Grundsätze und das Rechtsstaatsprinzip die wesentlichen Elemente, auf denen die AKP-EU-Partnerschaft beruht.¹⁴

Art 9 Abs 3 widmet sich dem wahrscheinlich interessantesten diesem Abkommen zugrunde liegenden wesentlichen Element, nämlich dem Erfordernis einer verantwortungsvollen Staatsführung (*good governance*). Die verantwortungsvolle Staatsführung, auf der gemäß Art 9 Abs 3 „die AKP-EU-Partnerschaft beruht und von der sich die Vertragsparteien in ihrer Innen- und Außenpolitik leiten lassen,“ ist ein fundamentales Element des Cotonou-Abkommens, wobei allerdings nur bei schweren Fällen von Korruption ein Verstoß gegen dieses Element im Sinne des Art 97 vorliegt. Mit der ersten Revision des Cotonou-Abkommens im Jahr 2005 erfuhr dessen politische Dimension eine weitere Stärkung. Aktuelle politischen Entwicklungen Rechnung tragend fanden als weitere politische Zielsetzungen die Zusammenarbeit bei der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen – als fundamentales Element – sowie die

8) Vgl dazu krit *Kappel*, Zweifelhafte Vorzugsbehandlung: An einer Reform der Handelsprivilegien für die AKP-Staaten führt kein Weg vorbei, *Der Überblick* 33 (1997) Nr. 2, 7 ff.

9) Das erste der insgesamt vier Lomé-Abkommen wurde 1975 von der EG sowie einer Gruppe von 46 sich im selben Jahr unter dem Namen „AKP-Staaten“ formierenden Staaten aus dem afrikanischen, karibischen und pazifischen Raum unterzeichnet, AKP-EWG-Abkommen von Lomé, unterzeichnet am 28.2.1975, *ABI* 1976 L 25, 2.

10) Näheres dazu unten.

11) 2000/483/EG: Partnerschaftsabkommen zwischen den Mitgliedern der Gruppe der Staaten in Afrika, im Karibischen Raum und im Pazifischen Ozean einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits, unterzeichnet in Cotonou am 23. Juni 2000, *ABI* 2000 L 317, 3.

12) Abkommen vom 25. Juni 2005 zur Änderung des Partnerschaftsabkommens zwischen den Mitgliedern der Gruppe der Staaten in Afrika, im karibischen Raum und im Pazifischen Ozean einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten ander-

erseits, unterzeichnet in Cotonou am 23. Juni 2000, *ABI* 2005 L 209, 27, *ABI* 2005 L 287, 4. Zu den dadurch ins Cotonou-Abkommen eingefügten Ergänzungen siehe weiter unten.

13) Artikel 9 trägt den Titel „Wesentliche Elemente und fundamentales Element“.

14) Außerdem verpflichtet Art 9 Abs 2 die Vertragsparteien zur Förderung und zum Schutz sämtlicher Grundfreiheiten und Menschenrechte und nimmt dabei insbesondere auch auf die Gleichstellung von Mann und Frau Bezug. Weiters wird auch die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips hervorgehoben.

Terrorismusbekämpfung und eine Klausel zur Unterstützung des Internationalen Strafgerichtshofs Eingang in das Abkommen.¹⁵

Verletzt eine Vertragspartei eines der wesentlichen Elemente des Abkommens im Sinne von Art 9 Abs 2, so sieht Art 96 zuerst ein Konsultationsverfahren vor. Sollten diese Konsultationen nicht zu einer annehmbaren Lösung führen bzw ein besonders dringender Fall vorliegen, so können „geeignete Maßnahmen“ getroffen werden. Diese „geeigneten Maßnahmen“ müssen in Einklang mit dem Völkerrecht getroffen werden und in einem angemessenen Verhältnis zu der Verletzung stehen. Bei der Wahl der Maßnahmen ist dabei jenen der Vorrang zu geben, die die Anwendung dieses Abkommens am wenigsten behindern. Als ausdrücklich letztes Mittel ist auch eine Aussetzung der Anwendung des Abkommens möglich. In der Praxis wurde allerdings von der Möglichkeit einer Aussetzung relativ selten Gebrauch gemacht, etwa 2002 gegenüber Zimbabwe, 2004 gegenüber Liberia, oder 2005 gegenüber der Elfenbeinküste.¹⁶

Obwohl sowohl in Art 9 als auch in Art 96 von „den Parteien“ die Rede ist, steht wohl außer Zweifel, dass sich die Auflagen bzw die drohende mögliche Konsequenz einer Aussetzung des Abkommens de facto nur auf eine Partei, nämlich auf die AKP-Staaten, beziehen.

4. Konditionalität in den EU-Außenbeziehungen im Allgemeinen

Allerdings ist die Konditionalität im Cotonou-Abkommen keineswegs ein spezifisches Instrument zur Regelung der EU-Beziehungen zu den AKP-Staaten. Insbesondere seit der Gründung der Europäischen Union und der Einrichtung einer Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) durch den Vertrag von Maastricht sieht sich die nunmehrige EU in verstärktem Maße als Förderer und Verbreiter ihrer grundlegenden Werte wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit oder Achtung der Menschenrechte. In diesem Sinne nennt Art 11 EUV, der das Kapitel über die GASP einleitet, als Ziele der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der EU ua die Wahrung der gemeinsamen Werte und der grundlegenden Interessen der Union im Einklang mit den Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen, die Entwicklung und Stärkung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sowie die Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten als Ziele der Union.

Diese verstärkte (Selbst-)Wahrnehmung der EU als politische Union, die über eine mit einem ambitionierten Zielkatalog ausgestattete Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik verfügt, führte in Kombination mit dem Aufkommen

eines neuen entwicklungspolitischen Ansatzes dazu, dass das Element der Konditionalität seit Mitte der 90er Jahre zu einem allgemeinen Grundsatz der Entwicklungspolitik und –assoziiierung wurde. Dabei ist insbesondere die Aufnahme von sog „Menschenrechtsklauseln“ (*human rights clauses*) in von der EG/EU abgeschlossene internationale Abkommen längst zur allgemein gängigen Praxis geworden.¹⁷

Das Instrument der Konditionalität ist somit keineswegs eigens auf die EU-Beziehungen zu den AKP-Staaten zugeschnitten, sondern es ist vielmehr ein für die Außenbeziehungen der Union mittlerweile charakteristisches Mittel der EU zur Förderung und Verbreitung ihrer grundlegenden Werte. Außerdem ist diese „Einforderung“ der Achtung bestimmter grundlegender Werte durch die Europäische Union keineswegs auf ihre Außenbeziehungen beschränkt, sondern spiegelt vielmehr das immer stärkere Verständnis der EU als Wertegemeinschaft im Innenverhältnis wider.¹⁸ Für den Fall einer anhaltenden und schwerwiegenden Verletzung zumindest einer der in Art 6 Abs 1 EUV genannten grundlegenden Werte der EU durch einen Mitgliedstaat sieht Art 7 EUV sogar die Möglichkeit vor, bestimmte sich aus dem Vertrag herleitende Rechte des betreffenden Mitgliedstaates, einschließlich der Stimmrechte des/der jeweiligen Regierungsvertreter/in im Rat, auszusetzen.

5. Neue Herausforderungen durch die Economic Partnership Agreements

Als die EU und die AKP-Staaten im Jahr 2000 das Cotonou-Abkommen unterzeichneten, war bereits klar, dass die EU-AKP-Beziehungen auf längerfristige Sicht anders gestaltet werden mussten, um dem durch die Mitgliedschaft sowohl der EG als auch des Großteils der AKP-Staaten in der WTO bedingten Erfordernis der Kompatibilität mit den WTO- bzw insb den GATT-rechtlichen Voraussetzungen zu entsprechen. Grundsätzlich ist es zwar möglich, Entwicklungsländern einseitige Handelspräferenzen zu gewähren und dadurch vom zentralen GATT-Grundsatz des Meistbegünstigungsprinzips abzuweichen.¹⁹ Die sog Ermächtigungsklausel (*Enabling Clause*)²⁰ sieht nämlich als Ausnahme zum Meistbegünstigungsprinzip eine Einrichtung Allgemeiner Präferenzsysteme (*Generalized Systems of Preferences*)²¹ zugunsten von Entwicklungsländern vor. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Ausnahmebestimmung ist allerdings, dass die gewährten Handelspräferenzen die *Gesamtheit* aller Entwicklungsländer umfassen, und dies ist im Rahmen des Cotonou-Abkommens nicht der Fall.

Bereits 1996 wurde in einem Grünbuch der Kommission die Idee einer Aufspaltung des damaligen Lomé-Regimes in

15) Vgl Art 11, 11 lit a und lit b Cotonou-Abkommen.

16) Wurden in der Vergangenheit Sanktionsmaßnahmen ergriffen, so geschah dies außerdem oft nicht aufgrund menschrechtlicher Bedenken im engeren Sinn, sondern etwa zur Umsetzung von durch den UN-Sicherheitsrat verhängten Waffenembargos. Siehe dazu Arts, A Human Rights-Based Approach to the ACP-EU Economic Partnership Agreements: Issues and Implications, in Farber/Orbie (eds.), Beyond Market Access for Economic Development: EU-Africa Relations in Transition (2009), 279.

17) Diese Form der politischen Konditionierung beschränkt sich nicht nur auf die Wirtschafts- oder Entwicklungshilfe, sondern umfasst etwa sämtliche seit 1992 mit Drittstaaten geschlossene bilaterale Handelsabkommen.

18) So fand ebenfalls mit dem Unionsvertrag von Maastricht Art 6 Abs 1 EUV Eingang ins Unionsrecht, demgemäß die Union „auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit“ beruht, die allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind.

19) Art I GATT bestimmt, dass sämtliche Handelsvorteile oder -vergünstigungen, die einem WTO-Mitglied oder einem Drittstaat gewährt werden, auch allen anderen WTO-Mitgliedern gewährt werden müssen.

20) Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, Decision of the CONTRACTING PARTIES to the GATT of 28 November 1979, L/4903.

21) Generalized System of Preferences (GSP), Decision of the CONTRACTING PARTIES to the GATT of 25 June 1971.

kleinere, regionale Freihandelsabkommen lanciert. Im Cotonou-Abkommen selbst wurde dann auch dementsprechend vorgesehen, dass 2002 Verhandlungen über die künftige Ausgestaltung der EU-AKP-Beziehungen beginnen sollten.²² Dabei wurde vereinbart, dass dies in Form von sog. *Economic Partnership Agreements* (Wirtschaftspartnerschaftsabkommen, kurz EPAs) geschehen soll. Freihandelsabkommen fallen nämlich unter die Ausnahmebestimmung des Artikel XXIV GATT, sofern sie die Liberalisierung annähernd des gesamten Handels („*substantially all trade*“) umfassen. In diesem Sinn zielen die Wirtschaftspartnerschaftsabkommen auch auf eine nahezu vollständige Liberalisierung des Handels zwischen der EG und den AKP-Staaten ab. Die Notwendigkeit des Abschlusses dieser Abkommen wird somit eine grundlegende Umgestaltung der EG-AKP-(Wirtschafts-)Beziehungen mit sich bringen.

Bei der Aushandlung dieser Wirtschaftspartnerschaftsabkommen verfolgt die EG einen regionalen Ansatz. Dementsprechend wurden die AKP-Staaten in sechs regionale Gruppen aufgeteilt, mit denen jeweils eigene EPAs abgeschlossen werden sollten. Allerdings gingen die Verhandlungen nur sehr schleppend vorwärts, und angesichts des mit Anfang 2008 abgelaufenen *waivers* wurden die „Regionenpakete“ schließlich teilweise aufgeschnürt, und es wurden auch mit einzelnen Staaten Abkommen – oder besser gesagt derzeit großteils nur Interim-Abkommen – abgeschlossen. Als einziges Wirtschaftspartnerschaftsabkommen mit einer der sechs Regionen wurde bisher das EG-CARIFORUM-EPA unterzeichnet.²³

Die Aushandlung und der Abschluss der Wirtschaftspartnerschaftsabkommen waren und sind Gegenstand umfangreicher Kritik, wobei unterschiedliche negative Auswirkungen zu Lasten der Entwicklungsländer als Befürchtungen angeführt werden.²⁴ Lange Übergangsfristen sollen die im Zusammenhang mit der notwendigen umfassenden Marktöffnung durch die Entwicklungsländer befürchteten Probleme möglichst minimieren.²⁵ Auch wenn dabei die EU einen größeren Teil ihres Marktzugangs liberalisieren wird als die AKP-Staaten, so betreffen die Ausnahmen doch gerade den EG-Agrarbereich, dessen Öffnung für die Entwick-

lungsländer besonders wichtig wäre.²⁶ Auch das bisherige Scheitern der derzeitigen WTO-Liberalisierungsrunde, der sog Doha Development Round,²⁷ die ausdrücklich dem Thema Entwicklung gewidmet wurde und deren Fortgang besonders aus der Sicht der Entwicklungsländer wünschenswert wäre, ist hauptsächlich auf Divergenzen hinsichtlich agrarpolitischer Schutzmaßnahmen zwischen den großen Industriemächten EU und USA auf der einen und Teile der Entwicklungs- und Schwellenländer auf der anderen Seite zurückzuführen.²⁸

Die Tatsache, dass durch die Economic Partnership Agreements als Freihandelsabkommen die EU-AKP-Handelsbeziehungen künftig reziprok ausgestaltet sein werden, lässt die Frage aufkommen, ob das Element der Konditionalität nicht dementsprechend anders ausgestaltet sein müsste als im Cotonou-Abkommen. Allerdings wurden in die bisher ausgehandelten EPAs auch jeweils Verweise auf Art 96 des Cotonou-Abkommens, das ja grundsätzlich weiterhin seine Gültigkeit behält und erst 2020 ausläuft, aufgenommen. So bestimmt etwa Artikel 241 des EG-CARIFORUM-EPAs, dass dieses Abkommen die Vertragsparteien nicht daran hindert, „für zweckmäßig erachtete Maßnahmen, einschließlich unter dieses Abkommen fallende handelsbezogene Maßnahmen, gemäß Artikel 11 Buchstabe b, Artikel 96 und Artikel 97 des Cotonou-Abkommens nach Maßgabe der in diesen Artikeln festgelegten Verfahren zu treffen.“ Das bedeutet, dass nach wie vor als letztes Mittel eine Aussetzung nicht nur von Maßnahmen gemäß Cotonou, sondern auch von handelsbezogenen Maßnahmen nach dem Wirtschaftspartnerschaftsabkommen möglich sein sollte.²⁹

6. Abschließende Zusammenfassung

Die Beziehungen der EG/EU zu den sich zu einem Großteil aus ihren ehemaligen Kolonien bzw Einflussgebieten zusammensetzenden AKP-Staaten durchliefen in ihrer wechselseitigen Geschichte mehrere unterschiedliche Phasen. Die Ausgestaltung und der Verlauf dieser Phasen waren abhängig von verschiedensten Faktoren, wie etwa machtpolitischen Verhältnissen innerhalb der EG/EU,³⁰ aber auch von „externen“ Einflüssen, wie etwa von Vorgaben durch das in-

22) Für den Zeitraum bis zum Inkrafttreten dieser Abkommen wurde um die Gewährung einer Ausnahmegenehmigung, eines sog *waivers*, angesucht. Diesem Antrag wurde seitens der WTO auch vorerst stattgegeben – allerdings wurde der *waiver* nur bis Ende 2007 erteilt.

23) Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen den CARIFORUM-Staaten einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits vom 15.10.2008, ABI 2008 L 289, 3.

24) So könnte etwa die Notwendigkeit einer nahezu vollständigen Marktöffnung großen Anpassungsdruck für die Entwicklungsländer mit sich bringen. Vgl zu den befürchteten Schwierigkeiten *Borrmann/Großmann/Koopmann*, Die WTO-Kompatibilität der Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen der EU und den AKP-Staaten (2005), 13.

25) So wurde im bereits unterzeichneten EG-CARIFORUM-Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zB eine Öffnung des Marktes für

Importe aus der EG von 61,1 % innerhalb der nächsten zehn Jahre vereinbart, die im Laufe weiterer fünf Jahre auf 82,7 % steigen und schließlich nach insgesamt 25 Jahren 86,7 % umfassen soll.

26) So werden zB im EG-CARIFORUM EPA Reis und Zucker von der Liberalisierung ausgenommen.

27) Vgl dazu die WTO Doha Ministerial Declaration, adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1.

28) Der bisher letzte Versuch einer Einigung scheiterte im Juli 2008 in Genf an Differenzen zwischen den USA und Indien sowie China über Schutzmechanismen für Entwicklungsländer im Agrarbereich. Für diesbezügliche Details vgl World Trade Organization, WTO News – DDA July 2008 Package: Summary 29 July, online abrufbar unter http://www.wto.org/english/news_e/news08_e/meet08_summary_29july_e.htm.

29) Zusätzlich enthält das CARIFORUM-EPA auch einen eigenen Konsultations- und Monitoringprozess zur Sicherstellung einer nachhaltigen Entwicklung (*sustainable development*), die – wie schon im Cotonou-Abkommen – ein zentrales Element des Abkommens bildet.

30) Ein anschauliches Beispiel dafür bilden die Verhandlungen des Cotonou-Abkommens, die von unterschiedlichen „Blöcken“ innerhalb der EU geprägt waren, nämlich einerseits den „Traditionalisten“ (vor allem Frankreich, Italien, Belgien), die den „Lomé-Status quo“ möglichst beibehalten wollten, und andererseits den „Revisionisten“ (Deutschland, Dänemark, Schweden, die Niederlande, Großbritannien), die – wiederum aus unterschiedlichen Beweggründen – eine umfassende Überarbeitung des den EU-AKP-Beziehungen zugrunde liegenden Ansatzes forderten. Für nähere Informationen vgl *Elgström/Pilegaard*, Imposed Coherence: Negotiating EPAs, European Integration 30 (2008), 363 (369 f).

Szymanski/Marx/Thomann, LL.M. (Hg.)
Aushangpflichtige Gesetze

11. Auflage, Stand: 01. 09. 2009

542 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5415-1, € 28,50, Abopreis: € 25,50

In dieser Ausgabe der „Aushangpflichtigen Gesetze“ sind enthalten:

- Änderung der Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales, mit der Anforderungen an Arbeitsstätten und an Gebäude auf Baustellen festgelegt und die Bauarbeiterschutverordnung geändert wird (Arbeitsstättenverordnung - AstV)
- Änderung der Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales über Vorschriften zum Schutz des Lebens, der Gesundheit und der Sittlichkeit der Arbeitnehmer bei Ausführung von Bauarbeiten (Bauarbeiterschutverordnung _ BauV)
- Änderung der Verordnung betreffend der Ausnahmen von der Wochenend- und Feiertagsruhe (Arbeitsruhegesetz-Verordnung - ARG-VO)
- Änderung des Nachtschwerarbeitsgesetzes



Tel.: 01-680 14-0, Fax: - 140
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
 ÖSTERREICH**

ternationale Wirtschaftsrecht oder von neuen entwicklungs- politischen Ansätzen.

Dem den derzeitigen Regelungsrahmen für die EU-AKP-Beziehungen bildenden Cotonou-Abkommen liegt ein umfassender Ansatz der „Konditionalität“ in Form einer Bindung gewährter Vorteile an die Achtung von rechtsstaatlichen Prinzipien sowie demokratiepolitischen und menschenrechtlichen Standards zugrunde, der als letztes Mittel auch eine Aussetzung des Abkommens zur Folge haben kann. Eine derartige Aussetzungsklausel, wie sie das Cotonou-Abkommen enthält, wurde erst nachträglich in das vierte Lomé-Abkommen eingefügt und war allen Vorgängerabkommen unbekannt.

Das Instrument der Konditionalität ist nicht auf EU-Beziehungen zu den AKP-Staaten beschränkt, sondern wird seit der Gründung der Europäischen Union in den EU-Außenbeziehungen im Allgemeinen verbreitet eingesetzt, um zur Förderung und Verbreitung der grundlegenden Unionswerte beizutragen. Allerdings lassen die in diesem Zusammenhang

vorgesehenen Maßnahmen insbesondere angesichts der historisch belasteten Beziehungen mit den ehemaligen Kolonien einen nicht immer glücklichen Eindruck entstehen.

Die viel kritisierten Wirtschaftspartnerschaftsabkommen entstanden vor allem aus einer durch die Mitgliedschaft der Vertragsparteien in der WTO bedingten Notwendigkeit. Auch wenn bereits zahlreiche Alternativmöglichkeiten diskutiert wurden,³¹ so scheint diese Variante doch die derzeit einzige realistisch mögliche zu sein. Es bleibt zu hoffen, dass mit Hilfe längerer Übergangsfristen doch eine möglichst gelungene Kompromisslösung zwischen wechselseitiger Handelsliberalisierung einerseits und nachhaltiger Unterstützung für die AKP-Staaten andererseits erzielt werden kann.

Dr.ⁱⁿ Silke Steiner, M.A. (College of Europe, Brügge) ist Universitätsassistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien; silke.steiner@univie.ac.at

31) Eine Zusammenstellung möglicher Alternativen findet sich etwa bei Thallinger, From Partnership Agreements Oscillating between WTO Conformity and Sustainability, European Foreign Affairs Review 12 (2007), 499 (512 ff).

1. Introduction

Was it an “attack on Sudan’s sovereignty, unity and stability”¹ and an example of “new world terrorism”² motivated by neo-colonialism? Or was it rather a “landmark decision” providing “independent legal recognition of the massive crimes committed against [Darfuri victims]” and confirming that there are reasonable grounds to believe “that [Sudan’s President Omar Al] Bashir is personally criminally responsible”³? The issuance, on 4 March 2009, by the International Criminal Court’s (ICC) Pre-Trial Chamber I, of an arrest warrant against *Al Bashir*⁴, based on five counts of crimes against humanity and two counts of war crimes raises serious legal and political questions. They will be addressed in turn.

After a brief introduction into the situation in Sudan (ch. 2) the immunity of incumbent heads of state when accused of international crimes will be addressed. Though it was not the first time that a tribunal charged with prosecuting international crimes has indicted a sitting head of state, the arrest warrant against *Al Bashir* has to be seen in the context of current international developments. Ever since the judgment of the International Court of Justice (ICJ) in the Arrest Warrant Case the acceptance and the scope of a legal defense of immunity for serving heads of state, especially in international criminal proceedings, have been hotly debated. This article will analyze if the ICC violated international law when issuing the arrest warrant or if there existed a legally valid waiver of immunity in relation to *Al Bashir* on the basis of the Rome Statute, international customary law or a resolution of the Security Council (ch. 3). Since the ICC is dependent on the cooperation of national institutions when executing arrest warrants, it is essential to draw a clear picture of the duties of states to cooperate with the ICC: What are the consequences of the arrest warrant for Sudan, for state parties to the Rome Statute, and for other states (ch. 4)?

The legal questions which the arrest warrant raises cannot, however, be considered in clinical isolation. The Prosecutor’s application and the publication of the arrest warrant – “why, why now”⁵ – has serious political implications (ch. 5). Why, for instance, did the Prosecutor publicize his application for an arrest warrant against *Al Bashir* – which was not in conformity with his office’s usual practice?⁶ What are the political consequences of the arrest warrant for *Al Bashir*’s ruling National Congress Party (NCP)? Will it continue to

affirm that the international community is using the ICC as an illegitimate tool for “regime change”⁷? Under Art. 16 of the Rome Statute, the UN Security Council can defer prosecutions and investigations in situations falling under Chapter VII of the UN Charter, including threats to international peace and security. Under which circumstances should this option – demanded by the African Union – be envisaged? Finally, what role can the ICC play in the peace process in Sudan? Our conclusions (ch. 6) set out to answer some of these issues and point to the potential and possible pitfalls of

The ICC Indictment of Omar Al Bashir

Selected Legal Questions and
Political Perspectives on Head
of State Immunity and
International Criminal Justice

Matthias C. Kettemann/Thomas Rauter



the Prosecutor’s legal strategy, the legal duties of the international community and the political dimension of the proceedings.

2. Background

The civil war in Sudan – in the South, the West (Darfur) and the East – has three dimensions: religious (Muslim vs. Christians), ethnic (Arab vs. African) and economic (nomads vs. farmers and resource-rich vs. resource-poor regions). Since the beginning of the conflict in 1983, at least two million people have been killed and a further four million displaced.⁸ But it was not until 18 September 2004 that the Security Council, acting under Chapter VII of the UN Charter, adopted Resolution 1546 and requested the Secre-



1) Khartoum’s qualification of the formal submission of the ICC Prosecutor’s application for an arrest warrant against Omar Al Bashir, as quoted in Ciampi A., The Proceedings against President Al Bashir and the Prospects of their Suspension under Article 16 ICC Statute, 6 Journal of International Criminal Justice (2008) 885, 886, note 1.
2) Muammar-al-Gaddafi, defacto leader of Libya and current chairman of the African Union, as cited in Al Jazeera, AU nations ‘will not arrest Bashir’, 3 July 2009, <http://english.aljazeera.net/news/africa/2009/07/200973195375587.html> (4 July 2009).

3) International Crisis Group, The ICC Indictment of Bashir: A turning point for Sudan?, 4 March 2009, <http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=5959&l=1> (6 March 2009).
4) *Situation in Darfur, Sudan*, in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”), Warrant of Arrest for Omar Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09, 4 March 2009, available at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf> (4 April 2009).

5) Paulus A., Erfahrungen mit dem materiellen Völkerstrafrecht im Römischen Statut im Lichte der Überprüfungs-konferenz 2010, Presentation at the 34th Conference of the Austrian International Law Association (34. Österreichischer Völkerrechtstag), 19 June 2006.
6) Cf. Ciampi, supra note 1, 891.
7) International Crisis Group, supra note 3.
8) International Crisis Group, Sudan, <http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=1230&l=1> (25 June 2009).

tary General to establish a Commission of Inquiry with the task to “investigate reports of violations of international humanitarian law and human rights law in Darfur by all parties, to determine also whether or not acts of genocide have occurred, and to identify the perpetrators of such violations with a view to ensure that those responsible are held accountable”.⁹

On 25 January 2005, the International Commission of Inquiry on Darfur submitted its Report,¹⁰ which concluded that crimes against humanity and war crimes had been committed in Darfur.¹¹ Nevertheless, the Commission found that there had been no evidence that the government of Sudan has pursued a state plan or policy of genocide, although it did not rule out the possibility that single individuals might have acted with genocidal intent.¹² The Commission also identified possible perpetrators of crimes against humanity and war crimes, but decided to withhold their names from the public and to enclose a sealed list of suspects to the Secretary General.¹³ In order to ensure accountability for international crimes, the Commission recommended that the Security Council should refer the situation in Darfur to the ICC.¹⁴ On 31 March 2005, the Security Council, acting again under Chapter VII, adopted Resolution 1593 by vote of 11-0-4 (with Algeria, Brazil, China and the United States abstaining), referring the situation in Darfur to the Prosecutor of the ICC.

In April 2007, the ICC issued two warrants of arrest against a government minister, *Ahmed Harun*, and a commander of the nomadic tribal militia, the Janjaweed, *Ali Kushayb*.¹⁵ These legal steps have not had any lasting (or pacifying) effect. Thereafter, the Office of the Prosecutor (OTP) submitted a third application for an arrest warrant for *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, the serving head of state of Sudan. On the basis of the application, Pre-Trial Chamber (PTC) I issued, on 4 March 2009 an arrest warrant against *Al Bashir*,¹⁶ based on five counts of crimes against humanity and two counts of war crimes. Although the application by the Prosecutor had also included the crime of commission of genocide, the majority of PTC I came to the conclusion that the Prosecution had failed to show reasonable grounds to believe that *Al Bashir* had acted with the specific intent

to destroy in whole or in part the ethnic groups of the Fur, Masalit and Zaghawa.¹⁷

3. Is the warrant of arrest for *Al Bashir* a violation of international law?

In the Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*¹⁸ PTC I held that *Al Bashir*’s current position as head of state “has no effect on the Court’s jurisdiction over the present case.”¹⁹ It has been argued that personal immunities of heads of state can not be used as a bar before international criminal courts.²⁰ Yet this conclusion in general as well as in relation to the situation in Darfur can only be drawn if an international treaty, customary law or SC Resolution 1593 (2005) waives the head of state immunity.

3.1. The irrelevance of immunities under the Rome Statute

At a first glance, Art. 27 of the Rome Statute would eliminate the immunity defense before the ICC. Para. 1 lays down that the Statute shall apply “equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as Head of State [...] shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute”. Sudan signed the Rome Statute on 8 September 2000, but has not ratified it yet. It goes without saying that the ICC was established by an international treaty and consequently Art. 27 of the Rome Statute is the result of the negotiations of the state parties that consented to such a provision waiving immunities. The Rome Statute, as any international treaty, must be interpreted in conformity with the customary law principle of *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* as codified in Article 34 of the Vienna Convention of the Law of Treaties.²¹ The application of Art. 27 Rome Statute cannot be extended to third party states.²² The drafters of the Statute were aware of the consensual dependence of the ICC and explicitly provided the possibility for third party states to waive immunities of their state officials in Art. 98 (1) Rome Statute. We conclude that unless Sudan voluntarily yields to the ICC by means of a waiver of immunity, the Rome Statute itself cannot create legal obligations for a third party state, like Sudan.

9) SC Resolution 1564 (2004), at para 12.

10) Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General Pursuant to SC Res. 1564, 18 September 2004, UN Doc S/2005/60, 25 January 2005.

11) Id., paras 489-522.

12) Id., paras 518-520.

13) Id., para 525.

14) The Commission argued that the ICC would have an advantage over the establishment of an ad hoc International Criminal Tribunal or a mixed court as it could be activated immediately without further delay and also due to financial reasons. Cf the reasoning of the Commission at paras 571-582 of the Report.

15) *Situation in Darfur, Sudan*, in the Case of The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”), Warrant of Arrest for Ahmad Harun and Warrant of Arrest for Ali Kushayb,

Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/07, 27 April 2007, available at: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205> (4 April 2009).

16) *Situation in Darfur, Sudan*, in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”), Warrant of Arrest for Omar Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-1, 4 March 2009, available at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf> (4 April 2009).

17) ICC issues a warrant of arrest for Omar Al Bashir, President of Sudan, Press Release, ICC-CPI-20090304-PR394, 4 March 2009; available at: <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/OEF62173-05ED-403A-80C8-F15EE1D25BB3.htm> (4 April 2009). It has to be noted that the Prosecutor is appealing against the PTC I decision not to charge Al Bashir with genocide; see <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/>

[doc/doc706618.pdf](http://www.icc-cpi.int/doc/doc706618.pdf) (20 July 2009).

18) See supra note 4.

19) Id., para 41.

20) Gaeta P., *Official Capacity and Immunities* in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.D.W. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (2002), 975, 991; Cassese A., *International Criminal Law* (2008), 312; Kreicker H., *Der Präsident des Sudan vor dem Internationalen Strafgerichtshof – ein Verstoß gegen das Völkerrecht? Überlegungen zur völkerrechtlichen Immunität von Staatsoberhäuptern anlässlich des Haftbefehlsantrages gegen Omar al-Bashir*, in 21:3 *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* (2008), 157, 162.

21) Waldock Sir H., *Third report on the law of treaties*, 1964 YILC, Vol II, 18.

22) Gaeta, supra note 20, 994.

3.2. *Is there a rule of international customary law eliminating immunities before "certain international criminal courts"?*

International customary law distinguishes between immunity *ratione personae* (personal immunity) and immunity *ratione materiae* (functional immunity). While it seems indisputable that there exists a customary rule lifting immunity *ratione materiae* in relation to international crimes,²³ incumbent heads of state enjoy absolute immunity *ratione personae* under international law from prosecution by the judicial system of other states.²⁴ Immunity *ratione personae* can be deduced from the principle *par in parem non habet imperium*, implying that no state should have jurisdiction over another state. As immunity *ratione personae* is attached to the office it knows no distinction between private and public acts²⁵ and therefore the head of state is shielded from foreign jurisdiction while he holds office. This rule of customary law is based on the understanding that the head of state is seen as a personification of the sovereign state, which needs to be protected.²⁶ The underlying rationale is that states should not be deprived of their ability to discharge their functions, which is even more important than the deterrence of core crimes by criminal prosecutions.²⁷ As soon as the head of state leaves office the absolute immunity *ratione personae* disappears, as he is no longer important for the functioning of the state. A former head of state could "solely" claim immunity *ratione materiae*,²⁸ which does not shield a state official from charges of international crimes either before national or international courts.

In the Arrest Warrant Case the ICJ decided that the issue and the circulation of an arrest warrant by Belgium for an incumbent Minister for Foreign Affairs violated international law.²⁹ Although the Arrest Warrant Case dealt with the immunity of a foreign minister the decision is also valid for incumbent head of states. The court upheld Congo's argument that foreign ministers enjoy immunity, even if charged with crimes against humanity and war crimes by foreign states and that it could not find evidence "that there exists under customary international law any form of exception to the rule".³⁰ However, the Court also mentioned "criminal proceedings before certain international criminal courts, where

they have jurisdiction"³¹ as examples where immunity, either *ratione personae* or *ratione materiae*, would not exist. In this regard the court differentiated between two different types of international tribunals, those established by the Security Council acting under Chapter VII and those established by treaty, like the ICC (the ICJ explicitly quoted Art. 27, para. 2, of the Rome Statute).³² Although the ICJ did not elaborate on this point, some authors came to the conclusion that the immunity defense was solely applicable before foreign criminal courts and that a rule of international customary law exists that lifts immunity *ratione personae* in international criminal proceedings.³³ This argument is not persuasive:

Firstly, the ICJ did not provide further explanations why the immunity defense shall be valid before national courts but not in international criminal proceedings. Simply deducing a customary rule of law lifting immunities in international criminal proceedings from its statement is a far too extensive reading of the Arrest Warrant's judgment and does not take into account the legal basis for such a waiver of immunity. With regard to international criminal courts created by treaty as shown above the ICC obtains its jurisdiction through consent. When referring to international criminal tribunals, both, the ICTR and the ICTY, were established by a Security Council Resolution under Chapter VII.³⁴ Both statutes of the tribunals contain provisions eliminating immunity as a defense³⁵ which are endowed with binding nature by the UN Charter.³⁶ UN member states are obliged to implement Chapter VII resolutions, as they take precedence over other international obligations either contractual or customary.³⁷

Secondly, there is a certain risk attached to such a conclusion, as it is uncertain which features constitute an international court. Two states might easily create an "international criminal court" and thereby circumvent the immunity constraints inflicted by international customary law. The case of *Charles Taylor*,³⁸ at the time of his indictment the serving head of state of Liberia, before the Special Court of Sierra Leone (SCSL) has rightly been criticized in the literature.³⁹ Although a Security Council Resolution⁴⁰ authorized the Secretary General to sign an agreement concerning the establishment of the court with the government of Sierra Leone, no reference has been made to Chapter VII of the UN

23) Cassese, A., *International Criminal Law* (2008), 305.

24) Cf. International Law Commission, *Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Memorandum by the Secretariat*, UN Doc. A/CN.4/596, 31 March 2008, para 141-148.

25) Koller D. S., *Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court*, 20 *American University International Law Review* (2004) 7, 13.

26) Arrest Warrant Case of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium), *Join separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Burgenthal*, ICJ Reports 2002, para 80.

27) Wirth S., *Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute*, 12 *Criminal Law Forum* (2001) 429, 445.

28) *Id.*, 432.

29) Arrest Warrant Case of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002, para 75.

30) *Id.*, para 58.

31) *Id.*, para 61.

32) Article 27, para. 2 Rome Statute runs as follows: "Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person."

33) See supra note 20; Gaeta P., *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?*, in 7 *Journal of International Criminal Justice* (2009) 315, 322.

34) SC Resolution 827 (1993), establishing the ICTY; SC Resolution 955 (1994), establishing the ICTR.

35) Cf Art. 7(2) ICTY Statute; Art. 6(2) ICTR Statute.

36) Koller, supra note 25, 34.

37) De Wet E., *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (2004), 182-3; Schweigman D., *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter* (2001), 196.

38) *Special Court for Sierra Leone (Appeals Chamber), Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Case No SCSL-2003-01-1, Decision on Immunity from Jurisdiction*, 31 May 2004.

39) Cf. Frulli M., *The Question of Charles Taylor's Immunity*, in 2 *Journal of International Criminal Justice* (2004) 1118, 1124; Schmalenbach K., *Immunität von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsorganen*, in 61 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2006) 397, 427 and King H., *Immunities and Bilateral Immunity Agreements: Issues Arising from Articles 27 and 98 of the Rome Statute*, 4 *New Zealand Journal of Public and International Law* (2006) 269, 281.

40) SC Resolution 1315, 14 August 2000.

Charter. However, the Court itself argued that the Security Council established the SCSL as an international court as a measure to establish international peace and security⁴¹ and rejected the immunity defence of Charles Taylor. Since the court was established by a bilateral agreement between the UN and Sierra Leone it resembles a treaty based court rather than the ad hoc tribunals.⁴² Consequently the court violated international law as it would have needed the consent of Liberia to lift the head of state immunity.

There is no customary rule of law lifting immunities *ratione personae* in international criminal proceedings. Either a state consented to a waiver of immunity in relation to a treaty based court, or a binding Security Council resolution eliminates the immunity defence.

3.3. Implicit waiver of immunity through a resolution of the Security Council

According to Art. 13 (b) of the Rome Statute, the ICC may exercise jurisdiction if a “situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations.” Security Council Resolution 1593 (2005) marks a milestone in the young history of the ICC as it is the first time that the Security Council has referred a situation to the court. Although the Security Council itself does not mention Art. 13 (b) of the Rome Statute, it is obvious that the referral falls under this article as all conditions thereunder are fulfilled.⁴³

The Rome Statute does not contain provisions that would lift immunities per se if the Security Council refers a situation in a third party state like Sudan to the ICC. However, PTC I seems to hold that *Al Bashir* does not enjoy immunity due to the fact that through its referral the Security Council has “accepted that the investigation into the said situation, as well as any prosecution arising therefrom, will take place in accordance with the statutory framework provided for in the Statute”.⁴⁴

But let us take a closer look at the Security Council resolution referring the matter to the ICC. In para. 2 of Resolution 1593 (2005) the Security Council “[d]ecides that the Government of Sudan and all other parties to the conflict in Darfur shall cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution”.⁴⁵ Although the Security Council did not explicitly remove immunities from the officials of Sudan it is the wording “shall cooperate fully” with the ICC which includes an implicit waiver of immunity vis-à-vis the court. This position stems from the explicit reference of the Security Council to the report of the International Commission of

Inquiry on violations of international humanitarian law and human rights law in Darfur. In this report the Commission identified governmental officials and members of the militia forces as possible perpetrators.⁴⁶ It is obvious that the Security Council was aware that officials of Sudan were involved in the crimes conducted in Darfur. As Sudan is a member to the United Nations Organization it is obliged to implement Security Council resolutions, according to Article 25 and 48 UN Charter.

Since Sudan is obliged to fully cooperate with the ICC due to the Security Council Resolution 1593 (2005), the head of state immunity cannot shield *Al Bashir* from proceedings before the ICC. As a consequence the Court has not violated international law when issuing the arrest warrant against *Al Bashir*.

4. Legal consequences of the arrest warrant for Sudan and other states

After the issuance of the arrest warrant for *Al Bashir*, the world press speculated that this would mean that the president of Sudan would stop travelling abroad. Richard Dicker, from the NGO Human Rights Watch, applauded the publication, describing the Sudanese President as “a fugitive, a man on a wanted poster held to be responsible for the atrocities of Darfur.”⁴⁷ Yet despite the arrest warrant against him, *Al Bashir* visited Egypt, Eritrea and also attended the Arab League Summit in Doha, Qatar on 30 March 2009.⁴⁸ Amr Moussa, the Secretary-General of the Arab League, announced that the member states would “continue [their] efforts to halt the implementation of the arrest warrant.”⁴⁹

Since the ICC has no executive competences within the member states to execute arrest warrants, the court has to rely on international cooperation⁵⁰ and judicial assistance as described in part 9 of the Rome Statute (Art. 86-102). The legal obligations of Sudan, state parties to the Rome Statute and states which are not, in relation to surrendering⁵¹ *Al Bashir* differ. In the following, their respective duties to cooperate will be analyzed.

4.1. The duty to surrender *Al Bashir* to the ICC from the perspective of Sudan

In light of the wording of Security Council Resolution 1593 (2005) (“cooperate fully”) Sudan cannot shield perpetrators of international crimes from the jurisdiction of the International Criminal Court by claiming immunity. Nevertheless, high ranking officials of Sudan have indicated that they would not accept the arrest warrant. *Abdalmahmood Abdal-haleem*, the Sudanese ambassador to the United Nations, refused to accept the arrest warrant stating that “[i]t amounts to

41) Cf. King supra note 39, 281.

42) Frulli, supra note 39, 1124.

43) For further reading, see Condorelli L. and Villalpando S., Referral and Deferral by the Security Council, in Cassese et al. (eds.), The Rome Statute for an International Criminal Court: A Commentary (2002) 627, 630 et seq.

44) PTC I, supra note 16, para 45.

45) SC Resolution 1593 (2005), para 2 (emphasis added).

46) Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, supra note 10, para 644.

47) International Herald Tribune, 5 March 2009, 1.

48) It has to be noted that none of these countries are state parties to the Rome Statute.

49) New York Times, 31 March 2009, A5.

50) Ciampi A., The Obligation to Cooperate, in Cassese et al. (eds.), The Rome Statute for an International Criminal Court: A Commentary (2002), 1607, 1608.

51) ‘Surrender’ to the ICC is defined within Article 102 of the Rome Statute as “the delivering up of a person by a State to the Court, pursuant to this Statute.” The surrender of a person to the ICC is distinguished from ‘extradition’ which solely refers to the delivering up of a person to another state.

an attempt at regime change. We are not going to be bound by it. We are not going to respect it.”⁵²

Art. 87 (5) Rome Statute deals with this situation when a third party state which is under the obligation to cooperate with the Court by “any other appropriate basis”, such as a Security Council Resolution,⁵³ is not willing to cooperate. In this case the court may refer the matter to the Security Council, which would then have to take the necessary steps, including action under Chapter VII, if the refusal by Sudan to surrender *Al Bashir* can be subsumed as, inter alia, a threat to the peace.

4.2. *The duty to surrender Al Bashir to the ICC from the perspective of state parties to the Rome Statute*

Art. 86 of the Rome Statute stipulates the general obligation of state parties to “cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court.” The request for cooperation shall be “transmitted through the diplomatic channel or any other appropriate channel”.⁵⁴ If a state party fails to comply with a request for cooperation contrary to the provisions of the Rome Statute, “the Court may make a finding to that effect and refer the matter to the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, to the Security Council.”⁵⁵

Concerning the cooperation regime, the Rome Statute is regarded a self-contained regime.⁵⁶ Therefore the grounds for a denial of cooperation are explicitly laid down in the Statute.⁵⁷ Concerning the issue of immunity *ratione personae* of heads of state Art. 98 of the Rome Statute is of relevance, determining, in para. 1, that

“[t]he Court may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person or property of a third State, unless the Court can first obtain the cooperation of that third State for the waiver of the immunity.”

At this stage it is essential to determine the relationship between Art. 27 and Art. 98 of the Rome Statute. Although the drafters of the Rome Statute created Art. 27 to eliminate immunities before the ICC, they were aware that international law obliges states to respect immunities. Art. 98 Rome Statute was introduced so that state parties are not obliged to breach existing obligations under international law when attempting to honour their obligations under the Rome Statute.⁵⁸ This would require the ICC first to obtain a waiver of immunity of Sudan before requesting its member states to arrest *Al Bashir*. However, the wording of Art. 98 Rome Stat-

ute leaves room for debate. The question that needs to be clarified is whether Sudan is indeed a “third state” within the meaning of Art. 98. The Rome Statute usually refers to the wording “States not party” to the treaty when talking about non-member states. But in the international law of treaties a “third state” usually means “a State not party to the treaty in question.”⁵⁹ Although the SC referral has triggered the jurisdiction of the ICC, it cannot be argued that it derogated from Art. 98 (1) Rome Statute.⁶⁰ It certainly did not change Sudan’s position from a “third state” into a state party.⁶¹

PTC I has not yet delivered a satisfactory answer to this problem. If, through its referral, the Security Council has accepted that the Rome Statute is applicable, then this would mean all of its provisions including Article 98 Rome Statute. Yet when applying Article 98 of the Rome Statute, the question arises who shall make the decision if the request for surrender requires the requested state to act inconsistently with its obligations under international law?

According to Art. 87 Rome Statute the court has the authority to make a request for co-operation. Furthermore Art. 119 of the Rome Statute stipulates that “[a]ny dispute concerning the judicial functions of the Court shall be settled by the decision of the Court.” It has been argued that the court has the final say if a State Party challenges the legality of the court’s requests.⁶² Thus it lies within the sole discretion of the court to determine if state parties are obliged to conduct a request for surrender resulting from the arrest warrant.

4.3. *The duty to surrender Al Bashir to the ICC from the perspective of UN member states*

As a treaty cannot oblige third parties, the duty to cooperate with the ICC for UN member states could only stem from a legally binding Security Council resolution. Concerning the obligation to cooperate with the ICC, it has been argued in the literature that “a decision by the Security Council would place all Member States of the UN, whether or not parties to the Statute, in the same position with respect to the Court.”⁶³ This would lead to the conclusion that as soon as the Security Council refers a situation to the ICC, all member states of the UN are under an obligation to cooperate with the court. However this conclusion cannot be drawn since the scope of cooperation duties conforms to the respective Security Council resolution. It is conspicuous that the Security Council used the wording “urges” to cooperate in relation to all other states and explicitly stated something obvious, namely that “States not party to the Rome Statute have no obligation under the Statute”.⁶⁴ Merely “urg[ing]” UN members not party to the Statute to cooperate falls short of providing a binding duty do sur-

52) International Herald Tribune, 5 March 2009, 1.
 53) Condorelli L. and Ciampi A., Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC, in 3 Journal of International Criminal Justice (2005), 590, 593.
 54) Rome Statute, Article 87 (1)(a).
 55) Rome Statute, Article 87 (7).
 56) Sluiter G., The Surrender of War Criminals to the International Criminal Court, in 25 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review (2003), 605, 629.

57) Id.
 58) Id., 631.
 59) King, supra note 39, 285.
 60) See Gaeta, supra note 33, 329.
 61) To the contrary Akande D., The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities, 7 Journal of International Criminal Justice (2009) 333, at 342: “The fact that Sudan is bound by Article 25 of the UN Charter and implicitly by SC Resolu-

tion 1593 to accept the decisions of the ICC puts Sudan in an analogous position to a party to the Statute.”
 62) Swart B., Sluiter G., The International Criminal Court and International Criminal Cooperation, in H. A. M. Von Hebel, J. G. Lammers, and J. Schukking (eds.), Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos (1998) 91, 103.
 63) Ciampi, supra note 50, 1609.
 64) Cf. SC Resolution 1593 (2005), para 2.

Mayerhofer
Österreichisches Strafrecht
Erster Teil: Strafgesetzbuch

6. Auflage, 1248 Seiten, gebunden, 978-3-7046-5322-2, € 250,-

Nach 15 Novellen zum StGB in 9 Jahren erscheint nun die 6. Auflage, die das 2. Gewaltschutzgesetz aus 2009 und das Budgetbegleitgesetz 2009 bereits enthält. Damit liegt die derzeit modernste Darstellung des Stammgesetzes zum materiellen Strafrecht vor. Auch die Judikatur hat in diesen Jahren da und dort neue Wege bestritten, wie zB das „fortgesetzte Verbrechen“ als Rechtsfigur eliminiert.

Das Schwergewicht liegt auf der umfassenden Darstellung der Judikatur, womit dem Anwender ein komplettes Exzerpt der Strafrechtsprechung zur Verfügung steht. Besonderer Wert wurde darauf gelegt, auf den der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hinzuweisen. Anmerkungen sowie Hinweise auf die Rechtsansichten der Generalprokuratur ergänzen das Werk, ein besonders umfangreiches Stichwortverzeichnis erleichtert die Anwendung.

Generalanwalt Prof. Dr. Christoph Mayerhofer, Sektionsleiter im Bundesministerium für Justiz iR



Tel.: 01-680 14-0, Fax: - 140
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at



render *Al Bashir*. The obligation to cooperate with the ICC in the situation of Darfur differs from the obligation of UN member states to cooperate with the ICTY and the ICTR. This is evident when looking at the Security Council resolution establishing the tribunals. In these resolutions the Security Council clearly decided “that all States *shall cooperate fully*” with the tribunals⁶⁵ in contrast to the wording “urges”.

If not obliged to surrender UN member states might be “authorized” to surrender by the SC resolution. This is quite a tempting conclusion since the surrendering state might be disburdened of international responsibility, since it has been argued that also SC authorizations prevail over other international obligations according to Art. 103 UN Charter.⁶⁶ However, the vague wording of the SC resolution clearly shows that it is wishful thinking to allege that the Security Council has acted with such an intention.⁶⁷

Consequently UN member states are neither obliged nor authorized to surrender *Al Bashir* to the ICC.

5. Political implications of the warrant of arrest for *Al Bashir*

The Rome Statute was based on the recognition that grave international crimes threaten the peace, security and well-

being of the world and must not go unpunished. Since the most serious international crimes are of concern to the international community, the international community as a whole – through the ICC – needs to ensure that they do not go unpunished. Where an effective prosecution is not possible on the national level, the international prosecution regime kicks in and asserts criminal jurisdiction over those responsible.⁶⁸ In conflict, transitional and post-conflict situations, however, ensuring accountability and ending impunity sometimes clashes with ending violent conflict. It is here that political considerations need to be included into the legal assessment of a conflict.

The International Crisis Group, renowned for its assessments, concluded that the international pressure on the Sudanese regime, generated by the arrest warrant against its President, might lead it to take “long overdue steps to cease violence and implement genuine and credible measures to resolve the Darfur crisis.” But the problems were very real: “the Prosecutor’s legal strategy poses major risks for the fragile peace and security environment in Sudan, with a real chance of greatly increasing the suffering of very large numbers of its people.”⁶⁹ Should a legal strategy aimed at ending impunity be implemented if there was a substantial risk to

65) Compare SC Resolution 827 (1993), para 4 (for the ICTY) and SC Resolution 955 (1994), para 2 (for the ICTR) (emphasis added).
 66) Cf. Kolb R., Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions

or also to Authorizations Adopted by the Security Council?, 64 Zeitschrift für ausländisches, öffentliches Recht und Völkerrecht (2004) 21, 31.

67) Cf. Akande, supra note 61, 345.

68) Rome Statute, preambular paras. 3-6.

69) International Crisis Group, Crisis in Sudan, <http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=3060&l=1#C3> (25 June 2009).

increase the suffering of those whose suffering was caused by the person indicted?

A political assessment of the future steps to be taken cannot be considered without taking into account the role of the international presence in Sudan. The two international missions present are the United Nations Mission in Sudan (UNMIS), present in the South, which was mandated by Security Council Resolution 1590 of 24 March 2005 to support the implementation of the Comprehensive Peace Agreement signed by the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army on 9 January 2005 and to perform certain functions relating to humanitarian assistance and protection and promotion of human rights. The joint African Union/United Nations Hybrid operation in Darfur (UNAMID) was authorized by Security Council resolution 1769 of 31 July 2007 and charged with taking the necessary action to support the implementation of the Darfur Peace Agreement to protect its personnel and civilians. The effective realization of the mandates of both missions – specifically their humanitarian tasks – cannot be ensured without the cooperation of the government of Sudan.

The United Nations needs to mainstream its activities and to ensure that the ICC is accorded the importance it deserves. The last available report on the human rights situation in Sudan, by the Special Rapporteur Sima Samar, for instance, does not mention the activities of the ICC at all.⁷⁰ The UN also need to ensure that any attack on international humanitarian workers and members of UNMIS and UNAMID is seen as a grave international crime to be prosecuted accordingly.

Further, the role of international organizations friendly to the government of Sudan, namely the African Union (AU) and the League of Arab Nations, needs to be taken into account. The immediate reaction of the AU was to object to the arrest warrant and rally behind *Al Bashir*. On the day following the publication of the arrest warrant, the AU's Peace and Security Council expressed its "deep concern" over the decision "and [its] far reaching consequences" and noted "with regret" that the decision came at a critical moment in the "process to promote lasting peace, reconciliation and democratic governance in the Sudan."⁷¹ The Peace and Security Council also disapproved of the ICC's focus on Africa and organized a meeting "to exchange views on the work of the ICC in relation to Africa, in particular in the light of the processes initiated against African personalities".⁷² During the African Union's summit in Sirte on 3 July 2009, the AU deplored the refusal of the Security Council to consider the request for deferral by the African Union and decided that "in view of the fact that the request by the African Union has never been acted upon, the AU Member States shall not cooperate pursuant to the provisions of Article 98 of the Rome

Statute of the ICC relating to immunities, for the arrest and surrender of President Omar El Bashir of The Sudan."⁷³

But is the ICC indeed prejudiced against Africa? Former UN Secretary-General Kofi Annan criticized what he saw as attempts to denounce and undermine the international court based on the conviction, by some African states, that "international justice as represented by the I.C.C. is an imposition, if not a plot, by the industrialized West."⁷⁴ The Rome Statute, Annan notes, has 30 African state countries that thereby represent the largest regional bloc among the member states. Of the 18 judges, five come from African states. While it is true that all of the four cases referred to the ICC so far concern situations in African states, three situations were referred by the governments themselves (Democratic Republic of Congo, the Central African Republic, Uganda) and the last situation (Darfur) was forwarded by the Security Council. Even though there exists a number of situations of human rights violations that merit investigation by the OTP – and could plausibly result in arrest warrants against sitting heads of state –, arguing that a 'plot' against Africa exists seems implausible. The current investigations are less a reflection of the ICC's post-colonial focus on Africa, but – especially in light of the three referrals – impressive proof of a region fighting impunity.

Instead of painting the role of the ICC with neo-colonial colours, African leaders who are critical of the arrest warrant for reasons of policy should consider the three questions formulated by Kofi Annan: "[W]hy [shouldn't] African leaders [...] celebrate this focus on African victims[?] Do these leaders really want to side with the alleged perpetrators of mass atrocities rather than their victims? Is the court's failure to date to answer the calls of victims outside of Africa really a reason to leave the calls of African victims unheeded?"⁷⁵ Indeed, rather than a neo-colonial act the arrest warrant against *Al Bashir* is hopefully the first in a line of similar decisions against politicians suspected of international crimes irrespective of their position (or nationality).

The Prosecutor of the ICC needs to make it clear to all parts of the international community, which are critical of the court and of the arrest warrant, what contribution his activities can make to the peace of the region. If the international community can agree on the pacifying effect of an arrest of *Al Bashir* and his transfer to The Hague, then states critical of the arrest warrant for ideological reasons (their sovereignty-oriented conception of international law) might change their approach. States which have made considerable investments in Sudan also have the possibility to positively influence the regime and let it be known to the ruling elites that they will not accept further destabilization.

The dynamics of the political processes within the Sudanese government should not be underestimated. There have

70) Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Sudan, Sima Samar, UN Doc. A/HRC/9/13 of 2 September 2008.

71) African Union, Communiqué of the 175th Meeting of the Peace and Security Council, PSC/PR/Comm(CLXXV), 5 March 2009, http://www.iccnw.org/documents/AU-PSC_press_re-

[lease_on_ICC_arrest_warrant_03052009_eng.pdf](http://www.iccnw.org/documents/AU-PSC_press_release_on_ICC_arrest_warrant_03052009_eng.pdf), at 2, 4 (4.8.2009).

72) Id., at 7.

73) AU, Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the ICC, AU Doc. Assembly/AU/Dec.245(XIII), 3 July 2009, at 10.

74) Kofi Annan, Africa and the International Court, New York Times, 29 June 2009, http://www.nytimes.com/2009/06/30/opinion/30iht-edannan.html?_r=1&hpw (4.8.2009).

75) Id.

been substantial tensions within the ruling National Congress Party on how to best proceed with regard to the arrest warrant. The International Crisis Group has also identified the possible declaration of a national state of emergency as a danger to the peace process. The Sudan People's Liberation Movement, which is represented in the government, may decide to discontinue its engagement in the North-South Comprehensive Peace Agreement, if the NCP decides to unilaterally declare a state of emergency and increase its pressure on the opposition.⁷⁶ Then again, the release of a strong *Al Bashir* critic from prison, within days of the issuance of arrest warrant, indicates that the NCP might wish to build a 'united national front' against the attempted "regime change" from the outside.

While support by the international community and regional organizations is very valuable (and sometimes essential), any sustainable political reform leading to an accountable government that embraces its human rights obligations must come from the inside. Rather than an attack on the sovereignty of Sudan, the ICC indictment provides "an opportunity for the Sudanese people to come together, advance the cause of both peace and justice, especially in Darfur, and transform the institutions and policies that have driven decades of conflict in Sudan."⁷⁷ This transformation, however, presupposes fundamental change in Sudan's policies, especially with regard to the role of the NCP.⁷⁸

6. Conclusion

The case of Sudan holds important lessons for the political dimension of international legal processes. Let us sketch some of them, beginning with a summary of conclusions related to international criminal law. In light of the Security Council's referral of the situation in Darfur to the ICC, it is obvious that the court was authorized to issue an arrest warrant against *Al Bashir* even while he still holds office. Sudan itself is legally obliged to "fully cooperate" with the ICC due to SC Resolution 1593 (2005), adopted under Chapter VII. Nevertheless, Sudan's current government has made it clear that it will refuse to surrender its head of state to the ICC. The legal situation for other states in terms of surrender of *Al Bashir* to the ICC by state parties to the Rome Statute, as well as third party states, is less clear. Regrettably, the Security Council did not explicitly lift the immunity of officials of Sudan and also used the cautious wording "urge" when referring to the cooperation of other states than Sudan with the ICC in Resolution 1593 (2005).

When interpreting the Rome Statute in a manner that it is the court that has the final word in a dispute on the legality of a request to surrender, state parties to the Rome Statute might risk being held responsible for the violation of *Al Bashir*'s international immunity if they are asked to surrender him to the ICC. On the other hand, if they choose not to surrender him, they violate their duties under the Rome Statute. In all, the latter seems much more serious. For future cases, it would be

advisable for the Security Council to explicitly lift immunities of national officials so that states would not have to risk violating international law when assisting the ICC.

Half a year after the issuance of the indictment of President *Al Bashir* it remains unclear whether this marks a turning point for the better in Sudan. It can if Sudan's NCP accepts the need for internal political change, if the international community acts strongly and in unison to end violence in Sudan, if Sudan's international backers exercise their economic hold over the state with a view towards enhancing the humanitarian situation on the ground, and if the arrest warrant of the ICC is acted upon. While the government of *Al Bashir* is not the only actor who has exacerbated the conflict, his removal to stand for trial would give Sudan an important opportunity to bring current peace processes to fruition.

The Security Council needs to take further steps to incentivize the surrender of *Al Bashir* to The Hague. These incentives could include lifting existing sanctions and increasing the level of development support. The International Crisis Group argues that holding out the prospect of a deferral under Article 16 of the Rome Statute would be a further incentive in response to genuine change. "If this measure is used to bring about broader accountability measures in Sudan [...] it should be seriously considered."⁷⁹ It remains unclear, however, whether deferring the implementation of the arrest warrant can indeed bring about broader accountability without substantial additional measures on the ground. Should the NCP agree to drop *Al Bashir* and to set up an effective national tribunal (and a Truth and Reconciliation Commission) to ensure accountability of perpetrators for the crimes committed in the civil wars that have ravaged the country in the last two decades, such a deferral might just be considered. Additionally, the Darfur crisis would need to be settled and the Comprehensive Peace Agreement between the North and the South implemented. Calling for the implementation of these steps is a tall order – but the issuance of the first arrest warrant of the ICC against a sitting head of state has given the international community an important leverage. It should use it.

*Mag. Matthias C. Kettemann is research and teaching fellow at the Institute of International Law and International Relations at the University of Graz and graduate student at Harvard Law School 2009-2010. From 2006 to 2009, he was co-editor of *juridikum*; matthias.kettemann@uni-graz.at*

Mag. Thomas Rauter is research fellow at the Institute of International Law and International Relations at the University of Graz and a former coach of the University's ICC Trial Competition Team; rauterth@edu.uni-graz.at

76) International Crisis Group, supra note 2.
77) Id.

78) Cf. International Crisis Group, Sudan: Justice, Peace and the ICC, 17 July 2009, <http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=6226&l=1> (20 July 2009).

79) Id.

Sprint über die Geschlechtergrenze

Claudia Saller

Eine Leichtathletin gewinnt im August 2009 bei der Weltmeisterschaft im 800-Meter-Lauf mit ungewöhnlich großem Vorsprung. Ungewöhnlich scheint auch ihr Äußeres. Caster Semenya entspricht nicht dem gewohnten Bild einer Frau, sie wirkt androgyn und ist noch muskulöser als andere Läuferinnen, die Frisur geschlechtsneutral, herbe Gesichtszüge, ungeschminkt, kaum ein Lächeln für die SportreporterInnen oder das Publikum. Schließlich trägt sie bei ihrem Siegeslauf in Berlin auch als einzige eine etwas längere Laufhose, die eher an die Hosen der männlichen Läufer erinnert. Und dann nimmt sie sich noch eine Freiheit heraus: Sie läuft mit großem Abstand den anderen Bewerberinnen davon und wird Weltmeisterin.

Plötzlich avanciert die Leichtathletik-WM vom Sportteil der Zeitungen zur Aufmachergeschichte: Ist die Läuferin, die so männlich wirkt und eine so männliche Leistung erbringt, überhaupt eine Frau? Das männliche Sexualhormon Testosteron hat eine lange Tradition als Dopingmittel, das Frauen zu Höchstleistungen verhilft – bekanntestes Beispiel sind die Sportlerinnen der ehemaligen DDR. Der Verdacht des Betruges steht also im Raum. Semenya muss sich nun – nach ihrem Sieg – einem Geschlechtstest unterziehen und sich damit auch einer öffentlichen Diskussion über ihre Körpermerkmale, ja sogar über ihre Geschlechtsteile stellen.

Jede/r kann schauen. Was die Geschichte so medientauglich macht: Erstens, jede und jeder kann dazu eine Meinung haben: Ob jemand eine Frau oder ein Mann ist, darüber traut sich jede/r zu urteilen. Zweitens, die Spekulation über die Geschlechtsidentität und damit das intimste Privatleben einer öffentlichen Person wecken ein enormes voyeuristisches Potenzial. Sportliche Bewerbe sind immer auch ein Forum der öffentlichen Fleischschau. Die Läuferinnen stellen in ihren hautengen bauchfreien Dressen und zum Teil

knappen Höschen jeden Muskel ihres Körpers vor der gesamten Weltöffentlichkeit aus.

Auch die englische Popsängerin Lady GaGa erzeugte nur kurze Zeit zuvor großes Aufsehen mit der Behauptung, sie habe einen kleinen Penis, fühle sich aber dennoch als Frau. Auch hier waren die Medien sofort voller Spekulationen: Kann das wahr sein oder ist es nur ein PR-Gag? In diesem Fall ist die Antwort einfach: Es ist völlig egal. Sie ist ein Popstar und alles, was im weitesten Sinn mit Sex zu tun hat, kann als Marketinginstrument verwendet werden.

Soziales Geschlecht existiert nicht. Im Falle Semenyas ist das anders: Sie bewegt sich in einem Umfeld, das nach den strengen Regeln der Bipolarität funktioniert: Es gibt nur Männer oder Frauen im sportlichen Wettbewerb. Die Kategorie „soziales Geschlecht“ existiert nicht. Stellt sich heraus, dass sie als Mann oder als „intersexuell“ eingestuft werden muss, so ist ihr WM-Titel verloren. Nicht nur wäre ihre berufliche Karriere als Spitzensportlerin zu einem schnellen Ende gekommen, sie wäre auch dafür verantwortlich, dass Südafrika diesen Titel verliert, sie würde ihr Land vor den Augen der Weltöffentlichkeit beschämen. Es wäre ein „unfairer“ Wettbewerb gewesen und die Sportlerin als Betrüger/in gebrandmarkt.

Einige Berichte und Kommentare deuten an, Semenya sei bewusst von überehrgeizigen Trainern instrumentalisiert worden, habe gar nicht gewusst, worauf sie sich einlasse. Diskriminiert ist Semenya ohnehin schon durch diese öffentliche Diskussion. Eine weitere Diskriminierung würde es bedeuten, öffentlich nicht mehr als Frau anerkannt zu werden. Nicht nur in sozialer sondern auch in beruflicher Hinsicht.

Falsche Problemverortung. Das scheinbare Problem macht sich an der individuellen Person und der Geschlechtsidentität Semenyas fest. Die

Frage, ob die männlich wirkende Frau tatsächlich eine Frau sein kann, dominiert die öffentliche Diskussion. Andere Fragen werden kaum gestellt: Wie sind die Regeln des Wettbewerbs, die Regeln der Zulassung? Sind intersexuelle Menschen vom sportlichen Wettbewerb generell ausgeschlossen? Wer entscheidet hier nach welchen Kriterien und mit welchen Untersuchungsmethoden über das Geschlecht eines Menschen? Wer definiert die Kategorien männlich und weiblich? Ist Leistungssport nicht vor allem ein Forum, um gesellschaftliche Ideale der Körperlichkeit öffentlich zu inszenieren? An die Grenzen dieser Ideale ist die junge Läuferin mit voller Wucht gestoßen. Aus Südafrika hört man Vorwürfe des Rassismus: Nur weil eine Frau nicht den weißen europäischen Schönheitsidealen entspreche, dürfe sie in Europa nicht gewinnen – diese Argumentation ist durchaus nachvollziehbar.

Was im Pop-Business marketingtauglich ist, funktioniert im Profisport nicht nach denselben Regeln. Zwar ist sowohl für Lady GaGa als auch für Caster Semenya die Geschlechtsidentität Geschäftsgrundlage: Lady GaGa verkauft sich als weibliches Sexobjekt, Caster Semenya läuft als Frau im Bewerb gegen andere Frauen. Während aber bei KünstlerInnen das Transzendieren von Geschlechtergrenzen gerne als Marketinginstrument eingesetzt oder gar als künstlerische Leistung an sich anerkannt wird, so ist eine Übertretung der Geschlechtergrenze im Sport eine gleichsam kriminelle Handlung, die Sanktionen nach sich zieht.

Die beiden Geschichten zeigen jedenfalls, wie rasch die gesellschaftlich gesetzten Grenzen zwischen den Geschlechtern überschritten werden können. Zu hoffen ist, dass an diesen und anderen Beispielen eine sachliche Debatte geführt wird, in Richtung einer Überwindung der alten Rollenklischees von Mann und Frau, in Richtung einer Gesellschaft, in der die Unversehrtheit und die Würde des Individuums im Mittelpunkt stehen. Dies muss insbesondere auch für die „normale“ Arbeitswelt jenseits der medialen Wahrnehmung gelten.

*Mag.^a Claudia Saller ist
Politologin in Wien und Brüssel;
claudia.saller@gmx.at*